

# DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LIX – n. 3-4 – *Luglio-Dicembre 2020*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

## ARTICOLI

- Fausto Capelli* - Dal 1° giugno 2021 trova applicazione il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 sulla Procura europea (Introduzione all'articolo di *Enrico Traversa*) Pag. 487
- Enrico Traversa* - I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea ("EPPO"): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza » 488  
(*The Three Main Institutional Aspects of the European Public Prosecutor Office (EPPO): Applicable Law, Judicial Review and Conflicts of Jurisdiction*)

## COMMENTI

- Gian Franco Simonini* - La Corte di giustizia analizza i dispositivi sul controllo delle emissioni degli autoveicoli alla luce di una interpretazione molto restrittiva offrendo nuove prospettive di lettura del c.d. scandalo *dieselgate* » 567  
(*The Court of Justice of the European Union Analyzes the Devices on the Control of Vehicle Emissions in the Light of a Very Restrictive Interpretation, Offering New Perspectives for Examining the Dieselgate Scandal*)
- Emmanuel Pagano* - Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati come fonte dei diritti fondamentali dell'Ue » 591  
(*The Constitutional Traditions Common to the Member States as Source of Fundamental Rights of European Union*)

<i>Massimo Boschi - L'Organizzazione Mondiale del Commercio applica l'eccezione GATT sulla sicurezza nazionale: il Report del Panel nel caso Russia - Traffic in Transit</i> <i>(The WTO Dispute Settlement Mechanism Interprets the GATT National Security Exception: the Panel Report in the Russia – Traffic in Transit Case)</i>	Pag. 631
<i>Salvatore D'Acunto - Le professioni nel mercato interno dell'Unione europea: bilancio di un ventennio (2000-2020)</i> <i>(Professions in the Internal Market of the EU: a 20-Year Report (2000-2020))</i>	» 687
<i>Francesco Cunsolo - I principi base in materia di liberalizzazione dei servizi e la loro disciplina all'interno del Ceta</i> <i>(The Basic Principles on Trade in Services and their Discipline Inside the Comprehensive Economic and Trade Agreement - Ceta)</i>	» 727
<i>Mario Tuccillo - La circolazione dei beni culturali: quadro normativo e criticità del sistema italiano</i> <i>(The Movement of Cultural Heritage: Legal Framework and Critical Aspects of the Italian System)</i>	» 747

## COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Enrica Laterza - Il ruolo della Corte dei conti nel decreto legislativo n. 175 del 2016 - Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP) ed interrelazioni con il sistema dei controlli interni</i> <i>(The Role of the Corte dei conti in the Legislation on Public Companies (Legislative Decree 175 of 19 August 2016 - TUSP) and Interrelations with the Internal Controls System)</i>	» 789
<i>Giovanni Vezzoso - Sui rapporti fra diritto comunitario e diritto interno</i> <i>(About the Relationship between National and Community laws)</i>	» 799
<i>Fausto Capelli - Per far crescere la democrazia in Italia</i> <i>(The Way to Let Democracy Increase in Italy)</i>	» 807

## GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

### I. SENTENZE E COMMENTI

#### **La Corte di giustizia, il *dieselgate*, le norme sulle emissioni e l'azzardo morale**

Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 in causa n. C-693/18

Procedimento penale a carico di *X*

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

Pag. 565

### II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

#### **Inadempimento di uno Stato membro e condanna al pagamento di una somma forfettaria e di una penalità**

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in causa n. C-549/18

*Commissione europea c. Romania*

» 613

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in causa n. C-550/18

*Commissione europea c. Irlanda*

» 614

Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2021 in causa n. C-658/19

*Commissione europea c. Regno di Spagna*

» 615

#### **La Corte di giustizia si pronuncia sul ricongiungimento familiare di un figlio minore**

Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in cause riunite n. C-133/19, n. C-136/19 e n. C-137/19

*B.M.M.* (C-133/19 e C-136/19), *B.S.* (C-133/19), *B.M.* (C-136/19), *B.M.O.* (C-137/19) c. *Stato belga*

» 618

#### **Interpretazione del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 sulla possibilità per un albergo che utilizza la piattaforma *Booking.com* di citare quest'ultima in giudizio dinanzi a un giudice dello Stato membro in cui l'albergo è stabilito per ottenere la cessazione di un eventuale sfruttamento abusivo di posizione dominante**

Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2020 in causa n. C-59/19

*Wikingerhof GmbH & Co. KG c. Booking.com BV*

» 619

**Autorizzazione preventiva per le attività consistenti nel mettere in contatto tassisti autorizzati, mediante un'applicazione per *smartphone*, con soggetti che intendono spostarsi nell'area urbana**

Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2020 in causa n. C-62/19

*Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General, Consiliul General al Municipiului București*

Pag. 621

**GIURISPRUDENZA  
ITALIANA E STRANIERA**

**La sicurezza nazionale in ambito OMC: tra legittime prerogative sovrane e protezionismo dissimulato**

Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), 5 aprile 2019  
(con commento di *Massimo Boschi*)

» 627

**ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**

**La Commissione europea aggiorna le raccomandazioni di riforma per la disciplina dei servizi professionali**

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa al bilancio e all'aggiornamento delle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali del 2017  
(con contributo di *Salvatore D'Acunto*)

» 665

**Consiglio europeo**

Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020

» 711

Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 1° e 2 ottobre 2020

» 714

Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo, 15 e 16 ottobre 2020

» 716

Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo, 10 e 11 dicembre 2020

» 718

## DOCUMENTAZIONE

### **La disciplina sugli scambi transfrontalieri di servizi nel CETA**

Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una Parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra

(con commento di *Francesco Cunsolo*)

Pag. 721

## RECENSIONI

*William Phelan*, Great Judgments of the European Court of Justice - Rethinking the Landmark Decisions of the Fundamental Period (*Fausto Capelli*)

» 813

**Hanno collaborato a questo numero**

» 819

Indice 2020

» 821

*Di imminente pubblicazione*

---

Fausto CAPELLI

**EVOLUZIONE, SPLENDORI E DECADENZA  
DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE**

**Parte prima**

I DIFETTI DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA  
SULLA PORTATA E SULL'EFFICACIA DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE

**Parte seconda**

L'IMPATTO DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE NEGLI ORDINAMENTI  
DEGLI STATI MEMBRI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA  
DIRETTIVA CE N. 2006/123 RELATIVA AI SERVIZI NEL MERCATO  
INTERNO

**LE PROBLEMATICHE CONCERNENTI LE CONCESSIONI BALNEARI  
E LE POSSIBILI SOLUZIONI**

*L'Autore e l'Editore dedicano questo libro alla memoria del  
PROF. GIUSEPPE TESAURO in segno di riconoscimento e di rin-  
graziamento per i Suoi fondamentali contributi all'approfondi-  
mento del diritto dell'Unione europea, come studioso e Profes-  
sore universitario e alla sua affermazione in Italia e in Europa  
come Avvocato Generale della Corte di giustizia, Presidente  
dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nonché  
come Giudice e Presidente della Corte costituzionale italiana.  
La Sua amicizia della quale ci ha onorato in vita continuerà a  
vivere come duraturo ricordo nella nostra memoria.*

Fausto Capelli

Mario De Dominicis

**Editoriale Scientifica**

## ARTICOLI

---

### **DAL 1° GIUGNO 2021 TROVA APPLICAZIONE IL REGOLAMENTO (UE) N. 2017/1939 SULLA PROCURA EUROPEA**

*Se una società italiana ottenesse un consistente finanziamento dall'Unione europea in modo illecito per l'acquisto di materie prime prodotte da una società tedesca, successivamente fatte trasportare da una società austriaca in Francia dove una società francese dovesse provvedere alla loro trasformazione per la vendita del prodotto finito ad una società con sede in Belgio, ci troveremmo di fronte a un caso di associazione a delinquere alla quale partecipano cinque società con sede in cinque Stati membri diversi. Secondo le vigenti norme di diritto penale e di procedura penale, in ognuno dei menzionati Stati membri la competente Procura penale dovrebbe avviare le necessarie indagini e il competente Tribunale dovrebbe provvedere all'apertura di uno specifico procedimento penale. Possiamo immaginare le difficoltà che i vari procuratori, magistrati ed avvocati coinvolti nei diversi procedimenti finirebbero per incontrare e dovrebbero superare.*

*Orbene, grazie alla normativa sopra richiamata, a partire dal 1° giugno 2021 le procure nazionali dei ventidue Paesi membri aderenti (tra cui l'Italia), sono tenute a trasferire gli atti, relativi ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea, direttamente ai procuratori della neonata Procura europea anti-frode, dando il via a una serie imponente di problematiche di carattere giuridico ed amministrativo destinate ad interessare gli avvocati, i magistrati e i giuristi di tutta Europa.*

*Nell'articolo di seguito riportato queste problematiche sono affrontate e trattate in modo chiaro, efficace ed approfondito da Enrico TRAVERSA che, come direttore al Servizio Giuridico della Commissione europea, ha seguito fin dagli inizi la realizzazione di questo rilevante progetto.*

*La nostra Rivista «Diritto comunitario e degli scambi internazionali» è quindi lieta di offrire ai suoi lettori questo interessante ed importante articolo contribuendo così alla diffusione delle conoscenze di queste tematiche fra i potenziali interessati.*

*Fausto Capelli*

## **I TRE PRINCIPALI ASPETTI ISTITUZIONALI DELL'ATTIVITÀ DELLA PROCURA EUROPEA («EPPO»): LEGGE APPLICABILE, RIMEDI GIURISDIZIONALI E CONFLITTI DI COMPETENZA\***

**Sommario:** **1.** Introduzione - **2.** Il contesto istituzionale del Regolamento EPPO n. 2017/1939: gli artt. 82, 83 e 86 TFUE - **2.1** Limiti istituzionali alla competenza legislativa dell'Unione europea in materia di diritto processuale penale - **2.2** Limiti istituzionali alla competenza legislativa dell'Unione europea in materia di diritto penale sostanziale - **3.** Primo aspetto istituzionale del funzionamento della Procura europea: l'individuazione della legge applicabile - **3.1** L'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO avente ad oggetto i «Principi fondamentali» in materia di rapporti fra le norme del Regolamento stesso ed il diritto nazionale - **3.2** Quale, fra vari diritti nazionali, è applicabile ad un dato procedimento - **3.2.1** L'ampio margine di discrezionalità lasciato alle «camere permanenti» nella scelta dello Stato membro nel quale esercitare l'azione penale - **3.3** Rapporti fra norme del Regolamento EPPO e diritto penale nazionale: classificazione in tre gruppi - **3.3.1** Segue: materie disciplinate, sia dalle norme del Regolamento, sia da norme nazionali: **a.** misure investigative (art. 30) - **b.** indagini transfrontaliere (artt. 31 e 32) - **c.** «Forme semplificate di azione penale» (art. 40) - **3.4** Gli articoli del Regolamento EPPO che rinviano a direttive dell'Unione «quali attuate nel diritto nazionale» - **3.4.1** Il rinvio ex art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO alla direttiva n. 2017/1371 «PIF» avente ad oggetto la tutela penale degli interessi finanziari

\* Il presente articolo è una riproduzione, con alcuni importanti aggiornamenti, dell'articolo pubblicato sulla rivista *Archivio Penale* (versione «on line») n. 3/2019, reperibile sul sito internet <https://archiviopenale.it>.



dell'Unione - **3.4.1.1** *I reati previsti dalla direttiva PIF* - **3.4.1.2** *Il problema dell'individuazione delle norme di diritto nazionale che costituiscono il recepimento della direttiva PIF* - **3.4.1.3** *I problemi di ricostruzione della legge applicabile in caso di incompleta o errata trasposizione della direttiva PIF in diritto nazionale* - **3.4.2** *Il rinvio operato dall'art. 41 del Regolamento EPPO alle direttive dell'Unione aventi ad oggetto i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali* - **3.4.2.1** *Esempi di «effetto diretto» delle direttive dell'Unione che disciplinano i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali* - **3.4.3** *Importanza del principio dell'«interpretazione conforme» della norma nazionale di recepimento, rispetto al testo e allo scopo della direttiva* - **4.** *Secondo aspetto istituzionale del funzionamento della Procura europea: il sistema delle impugnazioni* - **4.1** *Genesi e contesto istituzionale dell'art. 42 del Regolamento EPPO riguardante il «controllo giurisdizionale» sugli atti della Procura europea* - **4.2** *Competenza generale dei giudici nazionali in materia di ricorsi contro gli «atti procedurali» della Procura europea* - **4.3** *Competenze specifiche della Corte di giustizia in materia di ricorsi contro gli atti della Procura europea* - **4.3.1** *Ricorsi contro le decisioni di archiviazione dei procedimenti disciplinate dall'art. 39 del Regolamento EPPO* - **4.3.2** *Ricorsi contro le decisioni della Procura europea che non costituiscono «atti procedurali»* - **4.4** *Competenze della Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato* - **4.4.1** *Le questioni pregiudiziali di validità* - **4.4.2** *Le questioni pregiudiziali di interpretazione* - **5.** *Terzo aspetto istituzionale del funzionamento della Procura europea: le procedure di risoluzione dei conflitti di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri* - **5.1** *I reati di competenza della Procura europea e le modalità di esercizio di tale competenza in relazione a quella delle procure degli Stati membri* - **5.2** *I reati «indissolubilmente connessi» ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea* - **5.3** *Il criterio del «maggior danno» per gli interessi finanziari dell'Unione europea* - **5.4** *Esclusione dei reati comportanti un danno inferiore ai diecimila euro e dei reati in materia di imposte dirette nazionali* - **5.5** *Considerazioni critiche sui criteri di definizione delle competenze della Procura europea* - **5.6** *La procedura di risoluzione dei conflitti di competenza dinanzi all'«autorità nazionale competente» per i conflitti fra procure dello stesso Stato membro* - **5.6.1** *La proposta della Commissione* - **5.6.2** *Disciplina di tale procedura nel testo finale del Regolamento EPPO* - **5.6.2.1** *Considerazioni critiche in ordine alla procedura di risoluzione dei conflitti di competenza così come disciplinata dall'art. 25, par. 6, del Regolamento EPPO* - **5.6.2.2** *Le «autorità nazionali competenti» per risolvere i conflitti fra procure nazionali non sono «giurisdizioni» legittimate a porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia* - **5.7** *La risoluzione dei conflitti di competenza ad opera dei giudici penali degli Stati membri e della Corte di giustizia* - **5.7.1** *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: possibili conseguenze di una sentenza interpretativa* - **6.** *Conclusioni* - **6.1** *Considerazioni critiche conclusive* - **6.2** *Importanza del rispetto del principio di legalità nell'esercizio delle funzioni della Procura europea* - **6.3** *Prospettive di estensione dei poteri di azione della Procura europea.*

## 1. Introduzione

Il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 «relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO)»<sup>1</sup>, adottato dal Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione europea il 12 ottobre 2017, rappresenta una delle più importanti realizzazioni della legislatura europea 2014-2019 nonché un decisivo passo avanti nella costruzione dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» disciplinato dagli artt. 67-89 (Parte terza - Titolo V) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Si tratta di un atto legislativo particolarmente corposo di 120 articoli e 121 punti di motivazione, che ha profondamente modificato ed esteso l'originaria proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013 di 75 articoli<sup>2</sup>. Venti Stati membri, fra i quali l'Italia, hanno deciso di partecipare fin dall'inizio alla «cooperazione rafforzata» che ha portato all'istituzione della Procura europea, la quale potrà esercitare «i compiti di indagine e azione penale ad essa conferiti» a partire da una data successiva al 20 novembre 2020, stabilita dalla Commissione europea su proposta del Procuratore capo europeo<sup>3</sup>. Ai primi venti Stati membri si sono successivamente aggiunti nel corso del 2018 i Paesi Bassi e Malta, che hanno chiesto e ottenuto la partecipazione alla medesima «cooperazione rafforzata»<sup>4</sup>.

Con il Regolamento n. 2017/1939 gli Stati membri partecipanti hanno operato un significativo trasferimento di competenze di natura giudiziaria da organi pubblici nazionali (le procure degli Stati medesimi) ad un'autorità europea, il secondo conferimento di funzioni giudiziarie nella storia dell'Unione europea dopo l'istituzione della Corte di giustizia ad opera del Trattato di Roma del 1957 e l'attribuzione alla medesima Corte della competenza esclusiva in materia di controllo di legittimità degli atti delle Istituzioni europee. L'unico precedente comparabile di un così vasto trasferimento di competenze dal livello nazionale ad un'Istituzione dell'Unione europea

<sup>1</sup> Pubblicato in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, pp. 1-71. «EPPO» è l'acronimo in lingua inglese della denominazione «*European Public Prosecutor's Office*». Sulla genesi e le prospettive della Procura europea, si veda l'articolo di F. DE ANGELIS, uno dei «padri fondatori» di tale progetto, *The European Public Prosecutor Office (EPPO): past, present and future*, in *Eucrim*, Issue 4 (2019) pp. 272-276. Il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 ha formato l'oggetto di un dettagliato commentario articolo per articolo di H. HERRNFELD - D. BRODOWSKI - C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, Baden-Baden, Nomos, 2021.

<sup>2</sup> Doc. Com(2013)534 finale, del 17 luglio 2013.

<sup>3</sup> Art. 120, par. 2, del Regolamento EPPO. La Commissione europea, su proposta del Procuratore capo europeo, ha fissato al 1° giugno 2021 la data di assunzione, da parte dell'EPPO, dei suoi «compiti di indagine e di azione penale». Cfr. la decisione di esecuzione della Commissione n. 2021/856 del 26 maggio 2021, in *Gu-Ue* n. L 188 del 28 maggio 2021, pp. 100-102.

<sup>4</sup> Decisioni di conferma della Commissione n. 2018/1094 dell'1 agosto 2018 (Paesi Bassi) e n. 2018/1103 del 7 agosto 2018 (Malta).

è costituito, sia pure in senso lato, dal Regolamento (Ue) n. 1024/2013<sup>5</sup> che ha disposto il passaggio dalle banche centrali dei diciannove Stati membri della «zona Euro», alla Banca centrale europea, delle funzioni di vigilanza sulle principali banche dei medesimi Stati partecipanti. È vero che in questo secondo caso il legislatore europeo ha operato il trasferimento ad un'Istituzione europea di competenze di natura amministrativa, mentre nel caso della Procura europea il trasferimento avrà ad oggetto funzioni di natura evidentemente giudiziaria, ma ciò non toglie che, come meglio si vedrà in seguito, alcuni dei problemi di natura istituzionale che la Banca centrale europea ha dovuto affrontare già dal 2014, e con essa la Corte di giustizia dell'Unione europea, possano costituire un'utile materia di riflessione al fine di trovare soluzioni a problemi istituzionali in parte analoghi che la Procura europea si troverà certamente ad affrontare a partire dalla sua entrata in funzione alla fine del 2020.

L'oggetto del presente studio è l'analisi di tre essenziali "chiavi di lettura" dei 120 articoli del Regolamento EPPO, vale a dire di tre delicati profili di natura istituzionale attinenti al funzionamento della Procura europea, la cui conoscenza appare indispensabile ai fini della soluzione dei complessi problemi giuridici, per di più in gran parte nuovi ed inediti nella storia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, che porranno certamente l'esercizio delle funzioni investigative e quello dell'azione penale da parte della medesima Procura europea. Tali aspetti istituzionali del funzionamento dell'EPPO riguardano: *a.* la legislazione, penale sostanziale e penale processuale, applicabile; *b.* i rimedi giurisdizionali, ovvero il regime delle impugnazioni degli atti emanati dai procuratori europei nell'esercizio delle funzioni loro conferite dal Regolamento; *c.* il procedimento di risoluzione dei conflitti di competenza che inevitabilmente sorgeranno, per le ragioni che verranno in seguito illustrate, fra Procura europea e procure degli Stati membri.

Nell'analizzare questi tre aspetti istituzionali del Regolamento istitutivo della Procura europea l'Autore si baserà anche sulla sua diretta partecipazione – in veste di direttore dal 2013 al 2017 della sezione «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea – sia all'elaborazione della proposta legislativa della Commissione stessa, sia alle discussioni svoltesi in quegli stessi quattro anni in seno al Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione europea. La ricostruzione della genesi delle principali norme di natura istituzionale del Regolamento EPPO sarà quindi accompagnata da un'evidenziazione sia delle criticità che erano già

<sup>5</sup> Regolamento (Ue) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, «che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi», in *Gu-Ue* n. L 287 del 29 ottobre 2013, pp. 63-89.

presenti nella proposta, presentata dalla Commissione, sia delle criticità che sono state determinate dalle modifiche introdotte dal Consiglio dei Ministri in sede di adozione del testo finale del Regolamento, *in primis* il passaggio da una competenza esclusiva della Procura europea ai fini del perseguimento dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea ad una competenza concorrente fra Procura europea e procure degli Stati membri partecipanti.

## **2. Il contesto istituzionale del Regolamento EPPO n. 2017/1939: gli artt. 82, 83 e 86 TFUE**

### *2.1 Limiti istituzionali alla competenza legislativa dell'Unione europea in materia di diritto processuale penale*

Nel settore della procedura penale l'adozione di una legislazione europea uniforme, vale a dire di un complesso di regolamenti dell'Unione direttamente applicabili, si prospetta impossibile, oltre che per difficoltà pratiche, anche, e soprattutto, per ragioni giuridico-istituzionali.

L'Unione europea ha infatti una competenza legislativa limitata in materia di legislazione processuale penale. Sulla base dell'art. 82, par. 2, del Trattato, il legislatore europeo ordinario (Parlamento europeo e Consiglio) può infatti emanare atti legislativi solo in tre ambiti ben definiti: *a.* ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; *b.* diritti della persona nella procedura penale; *c.* diritti delle vittime dei reati. Il Consiglio dei Ministri può poi aggiungere all'attuale competenza legislativa delle Istituzioni dell'Unione europea, altri eventuali specifici sotto-settori della procedura penale, mediante una decisione adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo (procedura semplificata di revisione del Trattato, prevista dalla lett. *d.* dello stesso art. 82, par. 2). Inoltre, gli atti legislativi che Parlamento europeo e Consiglio possono adottare sulla base del medesimo art. 82, par. 2, del Trattato sono unicamente delle direttive, vale a dire atti che per definizione richiedono una legge di trasposizione in ogni ordinamento giuridico nazionale, e per di più direttive che devono limitarsi a prevedere «norme minime» di tutela, il che comporta che i legislatori nazionali possono, in sede di legge di recepimento, prevedere un «livello più elevato di tutela delle persone» coinvolte in un procedimento penale.

La conseguenza di tale limitato conferimento di poteri al legislatore europeo nell'ambito della procedura penale, è che la futura Procura europea si troverà ad operare in un contesto legislativo costituito al 90% da diritto processuale penale non armonizzato di ciascuno Stato membro e al 10% da leggi, sempre nazionali, di recepimento di direttive dell'Unione. Questo è il fondamentale dato di partenza per comprendere appieno il con-

tenuto, fortemente derogatorio e del tutto eccezionale, dell'art. 86 del Trattato sul quale è basato il Regolamento EPPO del 2017.

L'art. 86, par. 2, TFUE prevede infatti, in primo luogo, che la Procura europea esercita l'azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, «dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri» e quindi non dinanzi alla Corte di giustizia, come si sarebbe dovuto invece verificare in caso di applicazione della regola generale della competenza esclusiva della Corte stessa ex art. 263 del Trattato.

In secondo luogo, lo statuto della Procura europea è stabilito con Regolamento e non con una semplice direttiva di armonizzazione «minima» (art. 86, par. 1). Il Regolamento contiene per definizione una normativa uniforme e direttamente applicabile su tutto il territorio dell'Unione europea, salvo il ricorso a cooperazioni rafforzate come nel caso di specie e comunque con le deroghe previste dai Protocolli n. 21 e n. 22 allegati al Trattato e riguardanti la non-applicazione degli atti legislativi di attuazione del Titolo V del Trattato, che comprende anche l'art. 86, rispettivamente all'Irlanda e alla Danimarca.

Sempre secondo l'art. 86 TFUE, ma al par. 3, il Regolamento istitutivo della Procura europea può disciplinare – ed in effetti ha disciplinato, almeno in parte – settori della procedura penale preclusi alle direttive generali di armonizzazione minima del diritto processuale penale degli Stati membri. Tali settori, nei quali il Consiglio dei Ministri è stato espressamente abilitato dall'art. 86, par. 3, a legiferare al di là degli angusti limiti dell'art. 82, par. 2, del Trattato stesso, sono precisamente: le norme processuali applicabili alle attività della Procura europea, le regole di ammissibilità delle prove e le norme applicabili al controllo giurisdizionale degli atti processuali che la Procura europea avrà il potere di emanare nell'esercizio delle sue funzioni.

In sostanza e come meglio si vedrà in seguito, l'art. 86 del Trattato contempla una facoltà di deroga assolutamente eccezionale al principio della competenza esclusiva della Corte di giustizia in materia di sindacato di legittimità degli atti degli organi dell'Unione. In ultima analisi, l'art. 86 del Trattato prevede una possibilità di deroga, sia pure parziale e limitata, allo stesso principio di supremazia del diritto europeo rispetto ai diritti degli Stati membri, nella misura in cui le norme processuali penali degli Stati membri potranno costituire il parametro di legittimità degli atti del Procuratore europeo. Sarà quindi sulla base del diritto processuale penale di ogni Stato membro – come si è visto, solo in minima parte armonizzato – che i tribunali penali nazionali dovranno decidere sulle impugnazioni proposte contro gli atti adottati dal Procuratore europeo nell'esercizio delle sue funzioni, ed in particolare contro le «misure investigative» previste agli artt. 30-33 del Regolamento n. 2017/1939.

## 2.2 Limiti istituzionali alla competenza legislativa dell'Unione europea in materia di diritto penale sostanziale

Analoghe limitazioni sono poste dal Trattato alla competenza del legislatore dell'Unione europea nell'ambito del diritto penale sostanziale. L'art. 83, par. 1, del Trattato, conferisce infatti al Parlamento europeo e al Consiglio dei Ministri «secondo la procedura legislativa ordinaria» (ovvero in co-decisione) il potere di adottare: *a.* unicamente direttive; *b.* contenenti «norme minime» aventi ad oggetto la definizione dei reati e delle sanzioni; *c.* relativamente a nove forme di criminalità particolarmente gravi, i c.d. «*euoreati*»/«*euocrimes*»<sup>6</sup>. Una estensione della competenza legislativa in ambito penale dell'Unione europea è prevista soltanto nei settori che sono già stati oggetto di direttive di armonizzazione di legislazioni nazionali extra-penali (ad esempio legislazioni sui servizi e sui mercati finanziari). In tali settori, sulla base dello stesso art. 83 TFUE, ma al par. 2, il legislatore europeo ordinario (Consiglio dei Ministri e Parlamento europeo secondo la procedura di co-decisione) può adottare anche qui direttive contenenti «norme minime» relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, se e nella misura in cui un'armonizzazione delle sanzioni penali «si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione» già in precedenza disciplinata con atti legislativi europei di natura extra-penale.

Ed è proprio sulla base dell'art. 83, par. 2, del Trattato, che il Consiglio dei Ministri e il Parlamento europeo hanno adottato, il 5 luglio 2017, vale a dire poche settimane prima dell'adozione del Regolamento EPPO, l'importantissima – ai fini del presente studio – direttiva n. 2017/1371 «relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale»<sup>7</sup>, il cui oggetto è per l'appunto la definizione di «norme minime» in materia di reati e di sanzioni penali relative a frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Anche sotto questo profilo l'art. 86, par. 3, del Trattato prevede una facoltà di deroga molto ampia ai rigidi limiti di competenza legislativa dell'Unione di cui all'art. 83, par. 1 e 2, laddove esso conferisce al Consiglio dei Ministri della Giustizia il potere di stabilire, con Regolamento adottato all'unanimità, «lo statuto della Procura europea» e, soprattutto, «le condizioni di esercizio delle sue funzioni». Se poi il Consiglio dei Ministri, con il Regolamento EPPO n. 2017/1939 non si è avvalso di tale am-

<sup>6</sup> Art. 82, par. 1, TFUE: terrorismo, tratta degli esseri umani, traffico di stupefacenti, traffico di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica, criminalità organizzata.

<sup>7</sup> Pubblicata in *Gu-Ue* n. L 198 del 28 luglio 2017, pp. 29-41.

pio conferimento di poteri legislativi previsto all'art. 86, par. 3, TFUE, questo è stato il frutto – come meglio si chiarirà in seguito – di una deliberata scelta di politica legislativa, peraltro del tutto legittima da un punto di vista strettamente giuridico-istituzionale.

### **3. Primo aspetto istituzionale del funzionamento della Procura europea: l'individuazione della legge applicabile**

#### *3.1 L'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO avente ad oggetto i «Principi fondamentali» in materia di rapporti fra le norme del Regolamento stesso e il diritto nazionale*

Il primo e cruciale problema che la Procura europea, nelle sue varie articolazioni (camere permanenti, procuratori europei e procuratori europei delegati), si troverà ad affrontare sarà quello delle regole di diritto, sostanziale e processuale, da applicare nell'esercizio quotidiano delle proprie funzioni di indagine e di azione penale. Il primo strumento di soluzione dei potenziali conflitti di legge applicabile all'attività della Procura europea si trova all'art. 5, par. 3, del Regolamento n. 2017/1939 («Principi fondamentali delle attività»), che stabilisce tre norme di principio.

In primo luogo: «Le indagini e le azioni penali a nome dell'EPPO sono disciplinate dal presente regolamento», il quale costituisce pertanto la fonte normativa primaria dell'attività della Procura europea. In secondo luogo, l'applicazione della legislazione processuale penale degli Stati membri subentra soltanto in via suppletiva: «Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento» (art. 5, par. 3, seconda frase). Ed infine, nel caso in cui una data categoria di atti sia disciplinata, sia da norme del Regolamento n. 2017/1939, che da disposizioni di diritto processuale penale di uno Stato membro, ed in particolare in caso di conflitto di norme, saranno le disposizioni del Regolamento europeo a prevalere sulle corrispondenti norme nazionali di procedura penale, in applicazione del principio di supremazia del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri<sup>8</sup>: «Qualora un aspetto sia disciplinato sia dal diritto nazionale che dal presente regolamento, prevale quest'ultimo» (art. 5, par. 3, quarta frase).

Una precisazione importante merita di essere formulata su questo punto. L'art. 5, par. 3, del Regolamento, che stabilisce, si noti, dei «principi fondamentali», vale a dire generali, non opera un rinvio a specifiche nor-

<sup>8</sup> Dichiarazione n. 17 «relativa al primato» allegata al Trattato di Lisbona, che si basa su un parere del Servizio giuridico del Consiglio UE, il quale a sua volta rinvia alla nota sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, EU:C:1964:66.

me o atti legislativi di diritto nazionale, quali le leggi degli Stati membri volte a recepire le direttive dell'Unione (su alcuni articoli del Regolamento che rinviano a specifiche direttive «quali attuate nel diritto nazionale», si vedrà più oltre nel presente studio). L'art. 5, par. 3, opera invece una netta ripartizione di legge applicabile fra il Regolamento EPPO e la legislazione processuale penale degli Stati membri, che pertanto si applicherà *iure proprio* nelle aree di attività della Procura europea non regolate dalle prescrizioni del Regolamento stesso. Questo comporta l'importante conseguenza che le norme processuali puramente nazionali disciplinanti numerose categorie di atti della Procura europea andranno interpretate unicamente sulla base della giurisprudenza dei giudici penali degli Stati membri, ed in particolare delle Corti di cassazione o equivalenti giurisdizioni supreme nazionali.

Più precisamente, da un lato, non sarà applicabile alle norme di procedura penale nazionali applicabili *iure proprio* il principio dell'«interpretazione conforme» delle disposizioni di uno Stato membro volte a recepire una direttiva dell'Unione, rispetto all'obiettivo perseguito dalla direttiva stessa<sup>9</sup>. Dall'altro, tali medesime norme processuali nazionali applicabili *iure proprio* non potranno essere considerate disposizioni di «attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51, par. 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con la conseguenza che la loro legittimità non potrà essere contestata sulla base del diritto europeo ed in particolare sulla base degli artt. 47-50 del Titolo VI della Carta stessa («Giustizia»). Tuttavia sussiste un evidente nesso soggettivo fra la Procura europea e la Carta dei diritti fondamentali, che secondo lo stesso art. 51, par. 1, si applica a tutte le Istituzioni e a tutti gli organi dell'Unione, anche nel caso, del tutto inedito nella storia costituzionale europea, in cui un organo dell'Unione si trova ad applicare, ed in misura preponderante, prescrizioni di diritto puramente nazionale non armonizzate a livello europeo<sup>10</sup>.

Questa circostanza spiega la pertinenza del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali contenuto all'art. 5, par. 1, del Regolamento: «L'EPPO garantisce che le sue attività rispettino i principi sanciti dalla Carta». Ne consegue che tutti gli organi dell'EPPO, ed in particolare i procuratori delegati incaricati delle indagini, dovranno assicurare, in forza del vincolo

<sup>9</sup> Giurisprudenza costante, inaugurata con le sentenze *Marleasing* del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, EU:C:1990:395, e *Faccini Dori*, del 14 luglio 1992 in causa n. C-91/92, EU:C:1994:292.

<sup>10</sup> Questa è un'opinione dello scrivente, che peraltro condivide pienamente l'analisi molto dettagliata effettuata da V. MITSILEGAS e da F. GIUFFRIDA in *The European Public Prosecutor's Office and human rights*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018, The Hague, T.M.C. Asser Press, p. 59, pp. 64-65.



soggettivo che discende espressamente dall'art. 5, par. 1, del Regolamento, tutte le garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali anche nei frequenti casi in cui si troveranno ad applicare disposizioni puramente nazionali di procedura penale. *Quid* in caso di conflitto fra una di tali norme nazionali applicabili *iure proprio* e una prescrizione della Carta, ad esempio l'art. 48, par. 2, riguardante «il rispetto dei diritti della difesa»? In termini di puro diritto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non si applica, come si è visto, a legislazioni degli Stati membri che non costituiscono attuazione del diritto dell'Unione. Tuttavia un elementare buon senso giuridico porta ad escludere la situazione assurda di organi dell'Unione, quali una camera permanente o più frequentemente un procuratore delegato dell'EPPO, che fossero costretti a dare applicazione ad una norma della procedura penale di uno Stato membro in violazione di un diritto fondamentale dell'imputato garantito dalla Carta.

Ne consegue che in tale ipotesi di conflitto di norme, un procuratore europeo delegato, sulla base dell'art. 5, par. 1 del Regolamento, che è in quanto tale direttamente applicabile in tutti gli Stati membri partecipanti e prevale su qualsiasi disposizione legislativa nazionale incompatibile, dovrebbe astenersi dall'applicare una norma processuale del proprio Stato membro che risultasse in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta, senza incorrere per questo in alcuna responsabilità disciplinare<sup>11</sup>. In caso di dubbio interpretativo, il procuratore delegato potrebbe sempre prospettare al giudice nazionale competente per la supervisione dell'indagine o al giudice del processo, l'opportunità di porre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia avente ad oggetto in particolare il campo di applicazione, oggettivo e soprattutto soggettivo, dell'art. 5, par.1, del Regolamento EPPO in rapporto all'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali.

Lo stesso art. 5, par. 3, terza frase, contiene poi un'altra norma di principio che richiede tuttavia una chiara distinzione fra due ordini di problemi di legge applicabile nell'esercizio dell'attività della Procura europea: «Salvo disposizione contraria del presente regolamento, il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro il cui procuratore europeo delegato è incaricato del caso ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1». Il rinvio all'art. 13, par. 1, del medesimo Regolamento EPPO risulta poco chiaro, in quanto tale norma, inserita nella sezione riguardante lo «Status e struttura dell'EPPO», ha un carattere estremamente generale e si limita ad enunciare i

<sup>11</sup> Grazie alla provvidenziale disposizione di garanzia di cui all'art. 17, par. 4, del Regolamento EPPO: «Uno Stato membro non può rimuovere dall'incarico un procuratore europeo delegato o adottare provvedimenti disciplinari nei suoi confronti per motivi connessi alle responsabilità che gli derivano dal presente regolamento, senza il consenso del procuratore capo europeo».

poteri di cui dispongono i procuratori delegati e gli obblighi ai quali gli stessi sono soggetti. Era certamente più comprensibile la disposizione che figurava nel corrispondente articolo della proposta della Commissione europea (art. 11, par. 3), che si riferiva esplicitamente al diritto dello Stato membro nel quale il procuratore delegato incaricato del caso svolge l'indagine o esercita l'azione penale, Stato membro che nel testo finale del Regolamento adottato nel 2017 deve essere individuato sulla base rispettivamente, dell'art. 26, par. 4 e 5, (avvio delle indagini) e 36, par. 3 e 4, (esercizio dell'azione penale).

Da questa prima lettura dell'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO, appare evidente come il problema della legge applicabile si ponga a due distinti livelli. In primo luogo, i vari organi della Procura europea, ed in particolare i suoi procuratori delegati che effettuano materialmente le indagini e, se del caso, esercitano l'azione penale, dovranno individuare quali disposizioni del Regolamento disciplinano direttamente le loro attività e quale spazio residua all'applicazione del diritto processuale penale nazionale e, se risultano applicabili norme di diritto nazionale, dovranno valutare in che misura queste ultime sono compatibili con le prescrizioni del Regolamento dell'Unione. In caso di incompatibilità, o anche soltanto di sovrapposizione di norme disciplinanti la stessa materia, i procuratori delegati saranno inoltre tenuti, sulla base del principio di supremazia del diritto europeo enunciato all'art. 5, par. 3, ultima frase, a dare applicazione alle norme del Regolamento e a lasciare inapplicate le disposizioni di diritto nazionale aventi ad oggetto i medesimi atti procedimentali.

In secondo luogo, la Procura europea, ed in particolare le camere permanenti nel caso di ipotesi di reati transnazionali, dovranno decidere in quale Stato membro concentrare le indagini e l'eventuale successiva azione penale, e quindi quale, fra vari diritti nazionali, sarà applicabile.

Appare altresì evidente che la prima decisione in ordine alla legge applicabile (norme del Regolamento EPPO rispetto alle norme processuali nazionali, in un rapporto per così dire "verticale" di gerarchia) si situa a monte della seconda decisione che avrà per oggetto la scelta, nel caso di ipotesi di reati transnazionali, di quale diritto nazionale applicare, in un rapporto di alternatività per così dire "orizzontale", come conseguenza, o della scelta dello Stato membro in cui avviare l'indagine (art. 26, par. 4 e 5), o della scelta dello Stato membro in cui esercitare l'azione penale (art. 36, par. 3, che rinvia in parte all'art. 26, par. 4 e 5). Tali scelte non sembrano porre problemi di natura istituzionale, tranne uno, bensì delicate questioni di interpretazione delle precitate disposizioni del Regolamento n. 2017/1939.

### 3.2 *Quale, fra vari diritti nazionali, è applicabile ad un dato procedimento*

Più in particolare, per quanto riguarda la scelta dello Stato membro in cui avviare le indagini, l'art. 26, par. 4, utilizza criteri molto generali quali «lo Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa» oppure, «se sono stati commessi più reati connessi di competenza dell'EPPO (...) lo Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati». Nulla è precisato nel Regolamento, inclusa la motivazione, in ordine ai criteri in base ai quali individuare il «centro dell'attività criminosa»<sup>12</sup> o la «maggior parte dei reati»<sup>13</sup>. Il procuratore delegato dovrà applicare unicamente criteri quantitativi (il livello delle sanzioni e/o il numero di infrazioni), o unicamente criteri qualitativi (la natura dei reati, lo *status* degli imputati, l'importanza degli atti preparatori, l'estensione dell'eventuale organizzazione criminale alla quale è riconducibile il complesso delle frodi ai danni del bilancio dell'Unione), o un *mix* di entrambi i tipi di parametri?<sup>14</sup> La camera permanente competente può poi derogare a tali criteri ed assegnare il procedimento ad un procuratore delegato di un altro Stato membro, che potrà essere, in ordine di priorità, quello del «luogo di residenza abituale dell'imputato», o lo Stato membro del quale l'imputato ha la nazionalità, o lo Stato membro del «luogo in cui si è verificato il danno principale», senza che della nozione di «danno principale» sia data alcuna definizione (art. 26, par. 4). La camera permanente competente può inoltre «nell'interesse generale della giustizia», «a) riassegnare il caso ad un procuratore di un altro Stato membro; b) riunire o separare i casi e, per ogni caso, scegliere il procuratore europeo delegato che ne è incaricato» (art. 26, par. 5). Per fortuna il punto 68 della motivazione del Regolamento EPPO fornisce alcuni esempi concreti di quello in cui può consistere «l'interesse generale della giustizia» che solo può giustificare la riassegnazione, la riunione o la separazione dei procedimenti nella fase che precede l'esercizio dell'azione penale<sup>15</sup> e che si traduce in pratica «nell'interesse dell'efficienza delle indagini»<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> In inglese, che è la lingua nella quale è stata redatta e negoziata la proposta di Regolamento EPPO, l'espressione equivalente è «*focus of the criminal activity*».

<sup>13</sup> Cfr. inglese «*the bulk of offences*».

<sup>14</sup> M. LUCHTMAN, *Forum choice and judicial review under the EPPO's legislative framework*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, cit. supra, nota 10, p. 155, pp. 157-158.

<sup>15</sup> «Finché non sia deciso di esercitare l'azione penale (...)» (frase introduttiva dell'art. 26, par. 5, del Regolamento EPPO).

<sup>16</sup> «Se più procuratori europei delegati hanno avviato indagini in relazione allo stesso reato, la camera permanente dovrebbe se del caso, riunire tali indagini. La camera permanente può decidere di non riunire o di separare successivamente tali procedimenti qualora ciò sia nell'interesse dell'efficienza delle indagini, ad esempio se un procedimento nei confronti di un indagato o di un imputato può essere chiuso in una fase più precoce, mentre i procedimenti nei

Quanto poi all'individuazione dello Stato membro nel quale il procuratore delegato eserciterà l'azione penale nei casi in cui i tribunali penali di più Stati abbiano giurisdizione, l'art. 36, par. 3, stabilisce una regola generale secondo la quale «la camera permanente, in linea di principio, decide che l'azione penale è esercitata nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso», vale a dire lo Stato membro del procuratore delegato che ha condotto l'indagine. Tuttavia, gli stessi motivi di cui all'art. 26, par. 4 e 5, testé esaminati, che possono giustificare lo spostamento di una indagine da uno Stato membro all'altro (i tre criteri sopracitati in ordine di priorità, «l'interesse generale della giustizia», ecc.), possono egualmente legittimare la decisione della camera permanente di esercitare l'azione penale in uno Stato diverso da quello nel quale è stata svolta l'indagine stessa e di affidare di conseguenza il processo ad un procuratore delegato di questo altro Stato.

La camera permanente può anche decidere, in forza del par. 4 dello stesso art. 36, «di riunire vari procedimenti, qualora diversi procuratori europei delegati abbiano condotto indagini nei confronti della stessa o delle stesse persone, affinché l'azione penale sia esercitata dinanzi agli organi giurisdizionali di un unico Stato membro che, in conformità del suo diritto, ha giurisdizione per ciascuno di detti procedimenti». *Quid* nel caso contrario in cui non fosse possibile per un unico procuratore delegato esercitare l'azione penale dinanzi al giudice di un unico Stato membro in quanto tale Stato, sulla base della propria legislazione, sarebbe carente di giurisdizione su uno o alcuni dei procedimenti avviati da diversi procuratori delegati nei confronti di uno o più imputati in altri Stati membri? Non resterebbe alla camera permanente competente che dare istruzione a più procuratori delegati di iniziare processi dinanzi ai giudici di diversi Stati membri contro lo stesso o gli stessi imputati. I punti 77 e 78 della motivazione del Regolamento EPPO non forniscono infatti strumenti interpretativi utili a comprendere meglio i criteri in base ai quali la camera permanente, su proposta del procuratore delegato incaricato del caso, dovrebbe effettuare la scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere in queste fattispecie tutt'altro che teoriche di indagini su ipotesi di reati transnazionali.

confronti degli altri indagati o imputati devono ancora proseguire, o se la separazione del caso può abbreviare il periodo di detenzione preventiva di uno degli indagati (...)» (punto 68 della motivazione del Regolamento EPPO).

### 3.2.1 L'ampio margine di discrezionalità lasciato alle «camere permanenti» nella scelta dello Stato membro nel quale esercitare l'azione penale

Questa grande latitudine lasciata alle camere permanenti nell'assegnazione, trasferimento, riunione o separazione e riassegnazione di procedimenti da uno Stato membro ad un altro Stato membro, sia nella fase delle indagini sia nella fase dell'esercizio dell'azione penale, pone tuttavia un serio problema istituzionale di compatibilità degli artt. 26 e 36 del Regolamento EPPO, o quantomeno della loro applicazione nei singoli procedimenti, con l'art. 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in forza del quale «Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato». Non va dimenticato infatti che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei Trattati»<sup>17</sup> e quindi ha un rango costituzionale, e quindi superiore, rispetto agli atti legislativi dell'Unione. Come acutamente osservato in uno dei primi commenti a queste importanti norme del Regolamento EPPO<sup>18</sup>, ogni cambiamento di Stato membro incide profondamente ed in modo fortemente pregiudizievole sulla strategia difensiva dell'imputato.

Volendo fare un esempio pratico estremamente "parlante", si può prospettare il caso di una indagine avviata nello Stato membro A, ad esempio l'Italia, poi trasferita dalla camera permanente, in applicazione dell'art. 26, par. 2., lett. b., del Regolamento, ad un procuratore delegato dello Stato membro B in cui l'imputato ha la propria residenza abituale, ad esempio la Bulgaria. Alla fine dell'indagine, la stessa camera permanente decide, in applicazione dell'art. 36, par. 3, vale a dire per «motivi sufficientemente giustificati» (che la camera permanente si dovrà inventare *ex nihilo*, visto il silenzio della disposizione del Regolamento su questo punto), di esercitare l'azione penale dinanzi al tribunale penale di Atene (Stato membro C: la Grecia). Nel corso di questo procedimento penale transnazionale l'imputato vedrà applicate ai propri comportamenti suscettibili di costituire un reato, tre legislazioni penali diverse, in tre diverse lingue, scritte in tre diversi alfabeti e dovrà affidare la propria difesa a tre diversi avvocati, con ciascuno dei quali dovrà elaborare per tre volte una nuova strategia difensiva ripartendo da zero, visto il radicale mutamento di regole che ogni riassegnazione o trasferimento del procedimento comporta<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE).

<sup>18</sup> F. GIUFFRIDA, *Cross-border crimes and the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucrim*, Issue 3 (2017), pp. 149-156.

<sup>19</sup> A. BARLETTA, *Pubblico ministero europeo: il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa*, in *Giurisprudenza penale Web*, 12/2020, pp. 1-8, in particolare p. 4.

Alla luce di queste considerazioni, l'unico modo per la Procura europea di evitare una pronuncia di annullamento di tutto il processo per violazione dei diritti della difesa, da parte del giudice dello Stato membro dinanzi al quale il procuratore delegato ha esercitato l'azione penale in rapporto a un caso, tutt'altro che infrequente, di reato transnazionale, è quello di utilizzare soltanto in circostanze eccezionali e sulla base di un'accurata motivazione, le facoltà di riassegnazione o trasferimento di procedimenti da uno Stato membro all'altro conferite alla Procura stessa dagli artt. 26 e 36 del Regolamento EPPO. In altri termini, la migliore garanzia del pieno rispetto dei diritti della difesa è che la camera permanente operi una scelta molto ben meditata, sulla base dei criteri dell'art. 26, par. 3 e 4, dello Stato membro nel quale designare il procuratore delegato responsabile, sia delle indagini – di tutte le indagini – sia dell'esercizio dell'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali «nello [stesso] Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso», applicando quindi rigidamente la regola generale di cui all'art. 36, par. 3<sup>20</sup>.

### *3.3 Rapporti fra norme del Regolamento EPPO e diritto penale nazionale: classificazione in tre gruppi*

Le tre norme di principio, sopra ricordate, che il legislatore europeo ha enunciato all'art. 5, par. 3, in ordine ai rapporti fra il Regolamento n. 2017/1939 e il diritto nazionale, consentono di classificare in tre gruppi le disposizioni contenute nei 120 articoli del Regolamento stesso. Il primo gruppo è costituito da quelle norme del Regolamento che disciplinano in modo esaustivo una data attività della Procura europea o una data categoria dei suoi atti procedurali. Esempi di questo primo gruppo di disposizioni sono i 43 articoli (artt. 47-89) del Regolamento che riguardano il trattamento e la protezione dei dati personali acquisiti dalla Procura europea nel corso delle proprie indagini, nonché gli artt. 43-46 aventi ad oggetto il sistema automatico di gestione dei fascicoli dell'EPPO. Fra le attività più propriamente operative della Procura europea, esempi di una normativa «*self standing*» dell'Unione si possono individuare nel «Diritto di avocazione» di procedimenti ad opera della Procura europea nei casi in cui tale facoltà di avocazione è consentita (art. 27) e probabilmente nella disciplina dei sette motivi di archiviazione di un procedimento penale contenu-

<sup>20</sup> F. GIUFFRIDA, *Cross-border crimes*, cit. supra, nota 18, p. 153, il quale lamenta peraltro la carenza di un controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia, sia della decisione della camera permanente, ex art. 26, par. 4 e 5, avente ad oggetto la scelta dello Stato membro nel quale trasferire l'indagine, sia della decisione della stessa camera permanente, ex art. 36, par. 3, di esercitare l'azione penale dinanzi ai giudici di uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui è stata svolta l'indagine.

ta all'art. 39 («Archiviazione del caso»), come si potrebbe dedurre dalla riserva di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia in caso di contestazione delle decisioni di archiviazione emanate dalle camere permanenti (art. 42, par. 3, del Regolamento, v. *infra*). In tutti questi casi, i vari organi competenti della Procura europea applicheranno esclusivamente le norme del Regolamento, che prevarranno su eventuali norme nazionali che per ipotesi regolassero la medesima materia o le medesime categorie di atti (art. 5, par. 3, quarta frase, sopracitato).

All'estremo opposto, si può configurare un secondo gruppo di disposizioni del Regolamento che rinviano *in toto* al diritto nazionale e questo, per la semplice ragione che l'esecuzione di certi atti investigativi non può che essere interamente affidata ai pubblici ministeri ed alle polizie giudiziarie degli Stati membri. Un chiaro esempio di tale applicazione esclusiva del diritto nazionale (più precisamente: il diritto dello Stato membro nel quale il procuratore delegato svolge l'indagine) è dato dall'art. 33, par. 1, del Regolamento, riguardante «l'arresto preventivo» dell'imputato, che il procuratore delegato potrà «disporre o chiedere», nella sua veste di pubblico ministero di uno Stato membro, «in conformità del diritto nazionale applicabile in casi nazionali analoghi». Per le medesime ragioni, sarà esclusivamente sulla base del diritto dello Stato membro nel quale si svolge l'indagine, che «le autorità nazionali competenti adottano (...) le misure urgenti necessarie per garantire l'efficacia delle indagini, anche quando non agiscono specificamente su istruzione del procuratore europeo delegato incaricato del caso» (art. 28, par. 2, del Regolamento EPPO). Le misure urgenti restano pertanto interamente disciplinate dal diritto processuale penale dello Stato membro, o dei vari Stati membri, in cui vengono condotte le indagini (e il Regolamento non contiene altre menzioni delle stesse, oltre al precitato art. 28, par. 2), a prescindere dalla circostanza che tali misure urgenti siano richieste alle «autorità nazionali competenti» (ad esempio ad un pubblico ministero puramente nazionale, o alla polizia giudiziaria dello Stato in cui devono essere eseguite) dal procuratore europeo delegato, o siano disposte d'iniziativa da queste medesime autorità.

I problemi interpretativi più delicati e complessi sorgono, e sorgeranno ancora di più, dopo il 1° giugno 2021, data a partire dalla quale la Procura europea è diventata operativa, laddove una data categoria di atti investigativi o processuali è regolata in parte dal diritto dell'Unione e in parte dal diritto nazionale. A monte infatti dei problemi inerenti al controllo giurisdizionale di tali atti per così dire "misti", controllo di cui si tratterà *infra*, saranno i vari organi della Procura europea responsabili dell'avvio e della gestione di un procedimento, in particolare i procuratori europei delegati, che dovranno preventivamente interpretare tutte le norme del Rego-

lamento che disciplinano determinati atti investigativi, in parallelo con le norme di diritto nazionale disciplinanti gli stessi atti, e decidere fino a che punto essi (procuratori delegati) saranno tenuti ad applicare il diritto dell'Unione e a partire da quale punto i presupposti, le modalità di esecuzione e le conseguenze giuridiche di un dato atto resteranno regolati dal diritto dello Stato membro nel quale si svolge l'indagine. Questo è pertanto il terzo gruppo di articoli del Regolamento, individuato sulla base della suesposta classificazione degli articoli stessi dal punto di vista della legge applicabile. Qualche esempio pratico può dare un'idea più precisa dei delicati problemi di legge applicabile che questo terzo gruppo di articoli del Regolamento, certamente il più numeroso, porrà alla Procura europea.

### 3.3.1 *Segue*: Materie disciplinate, sia dalle norme del Regolamento, che da norme nazionali

#### *a.* misure investigative (art. 30)

L'importantissimo art. 30 del Regolamento impone agli Stati membri di assicurare che nei rispettivi codici di procedura penale sia previsto, «almeno nei casi in cui il reato oggetto dell'indagine è punibile con una pena massima di almeno quattro anni» un «nucleo minimo di misure investigative»<sup>21</sup> enumerate al par. 1: *a.* perquisizione; *b.* produzione di oggetti e documenti; *c.* produzione di dati informatici; *d.* sequestro degli strumenti o dei proventi del reato; *e.* intercettazione delle comunicazioni elettroniche; *f.* tracciamento di un oggetto mediante mezzi tecnici. Tutte queste sei misure investigative obbligatoriamente previste dalle legislazioni nazionali possono essere assoggettate, dal diritto nazionale applicabile al procedimento, unicamente a «restrizioni specifiche che si applicano con riguardo a categorie specifiche di persone o di professionisti giuridicamente vincolati ad un obbligo di riservatezza» (art. 30, par. 2). Dal raffronto fra la regola generale di cui al par. 1 e l'eccezione prevista al par. 2 deriva la conseguenza che un procuratore europeo delegato potrà disapplicare, in forza del principio di prevalenza delle prescrizioni del Regolamento di cui al precitato art. 5, par. 3, le restrizioni di diritto nazionale diverse da quelle espressamente menzionate al par. 2 dell'art. 30, ad esempio restrizioni alle misure investigative che non riguardano categorie specifiche di persone o di professionisti giuridicamente vincolati ad un obbligo di riservatezza.

Il par. 3 dello stesso art. 30 consente tuttavia alle legislazioni degli Stati membri di assoggettare l'impiego delle misure investigative di cui alle lett. *c.* (produzione di dati informatici), *e.* (intercettazioni) e *f.* (trac-

<sup>21</sup> Punto 70 della motivazione.



ciamento di oggetti) ad «ulteriori condizioni, comprese limitazioni», senza tuttavia precisarle e lasciando in tal modo ai legislatori nazionali un margine illimitato di discrezionalità. «In particolare [prosegue il par. 3 per complicare ancora di più la ricostruzione del quadro della legge applicabile] gli Stati membri possono limitare l'applicazione del paragrafo 1, lettere e) e f) del presente articolo a specifici reati gravi», il cui elenco dovrà essere notificato alla Procura europea dal Ministro della giustizia dello Stato membro che intende avvalersi di tale facoltà.

In conclusione, ogni procuratore europeo delegato che svolge una indagine penale su un'ipotesi di reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione potrà raccogliere prove sulla base di un mosaico di regole "a geometria variabile" in funzione delle maggiori o minori limitazioni previste dalla propria legislazione nazionale e consentite dall'art. 30, par. 2, esaminando tuttavia preventivamente per ognuna delle sei categorie di misure investigative enumerate al par. 1, se il proprio legislatore nazionale si è avvalso delle più ampie facoltà di limitazione accordate dal par. 3 dello stesso art. 30. Il par. 4 dell'art. 30 abilita, infine, i procuratori delegati «a chiedere o a disporre, oltre alle misure di cui al par. 1, qualsiasi altra misura del loro Stato membro che il diritto nazionale mette a disposizione dei procuratori in casi nazionali analoghi», il che rappresenta un ulteriore elemento di complicazione perché tutte queste altre misure investigative restano disciplinate esclusivamente dal diritto nazionale con le conseguenze di natura istituzionale, sopra descritte, in ordine all'applicabilità della sola giurisprudenza nazionale e alla difficoltà di applicazione della Carta dei diritti fondamentali.

#### *b. indagini transfrontaliere (artt. 31 e 32)*

E questo, senza contare le ulteriori difficoltà di ricostruzione della legge applicabile da un punto di vista "orizzontale" (scelte di norme applicabili fra vari diritti nazionali) quando un procuratore delegato richiede, sulla base dell'art. 31 del Regolamento, la collaborazione di un procuratore delegato di un altro Stato membro per eseguirvi «qualsiasi misura (investigativa) a sua disposizione conformemente all'art. 30» (pertanto: sia le sei previste all'art. 30, par. 1, sia quelle di puro diritto nazionale ex par. 4). In tal caso le misure investigative richieste dal procuratore delegato incaricato del caso «sono eseguite conformemente al presente regolamento e al diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza» (art. 32, prima frase). D'altra parte, sempre in sede di esecuzione delle misure investigative, quest'ultimo procuratore delegato dovrà osservare «le formalità e le procedure espressamente indicate dal

procuratore europeo incaricato del caso, a meno che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza» (art. 32, seconda frase).

Ecco quindi delineato dallo stesso legislatore europeo un conflitto "orizzontale" di legge applicabile, che spetterà probabilmente alla camera permanente competente risolvere in forza del generale conferimento di poteri previsto all'art. 31, par. 8, del Regolamento in materia di conflitti fra procuratori delegati nell'ambito di indagini transfrontaliere. Il compito della camera permanente competente si prospetta tuttavia alquanto arduo, in quanto il Regolamento non specifica secondo quali regole e quali criteri la camera stessa dovrebbe risolvere questo tipo di conflitti e se eventualmente essa potrebbe ordinare al procuratore delegato incaricato di prestare assistenza, di eseguire comunque la misura investigativa richiesta dal procuratore delegato incaricato del caso<sup>22</sup>, il che peraltro appare poco probabile essendo in gioco, nella fattispecie, i «principi fondamentali» dell'ordinamento di uno Stato membro.

c. «Forme semplificate di azione penale» (art. 40)

Un altro esempio assai significativo di applicazione concorrente delle norme del Regolamento EPPO e delle legislazioni nazionali disciplinanti la stessa categoria di atti, è dato dall'art. 40 avente ad oggetto le «Procedure semplificate di azione penale»<sup>23</sup>. Il corrispondente punto 82 della motivazione del Regolamento chiarisce molto bene che, laddove in una legislazione nazionale sono previste «forme di patteggiamento» della pena con l'imputato, ad un procuratore europeo delegato è conferito il potere di avvalersene «alle condizioni previste dal diritto nazionale e nelle situazioni previste dal presente regolamento». La delimitazione degli ambiti di applicazione delle due leggi applicabili è quindi chiara: in primo luogo queste forme semplificate di azione penale devono essere previste nel codice di procedura penale dello Stato membro in cui è stata condotta l'inda-

<sup>22</sup> L'ipotesi di conflitto di leggi nazionali delineata all'art. 32 del Regolamento potrebbe rientrare nell'ipotesi di conflitto fra procuratori delegati prevista all'art. 31, par. 5, lett. d.: «la misura assegnata (...) non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro» (lo Stato del procuratore al quale viene richiesta l'assistenza). Sui complessi problemi di acquisizione transfrontaliera di prove, si veda anche lo studio di A. CSÜRI, *Towards an inconsistent regime of cross border evidence: the EPPO and the European Investigation Order*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives*, cit. supra, nota 10, pp. 141-153.

<sup>23</sup> L'art. 29 della proposta di Regolamento della Commissione aveva in inglese il titolo molto più esplicito di «*Transaction*».

gine<sup>24</sup>. Se sussistono i presupposti di diritto nazionale per applicare una di queste procedure semplificate, il procuratore delegato incaricato del caso può, sulla base di una sua prima valutazione, proporre alla camera permanente l'adozione di una decisione di avvio di tale medesima procedura semplificata.

La camera permanente decide sulla proposta di «procedura semplificata» formulata dal procuratore delegato sulla base dei tre motivi tassativamente enumerati all'art. 40, par. 2, del Regolamento, ad esclusione di qualsiasi altro criterio eventualmente previsto dalla legislazione penale nazionale: *a.* la gravità del reato e in particolare la circostanza che «il danno finale causato dal reato, al netto di un eventuale recupero di un importo corrispondente a tale danno, non sia rilevante»<sup>25</sup>; *b.* la volontà dell'imputato di riparare il danno causato dalla sua condotta illecita; *c.* la coerenza della proposta di decisione con gli obiettivi generali stabiliti dal collegio dei procuratori europei in materia di applicazione di «procedure semplificate di esercizio dell'azione penale». Se la camera permanente approva, esclusivamente sulla base della precitata norma di diritto dell'Unione, la proposta di procedere ad un «patteggiamento» con l'imputato, il procuratore delegato può riprendere il procedimento applicando nuovamente il proprio diritto nazionale<sup>26</sup> ed emana un «provvedimento definitivo» che pone termine al procedimento nel sistema automatico di gestione dei fascicoli dell'EPPO (art. 40, par. 3, del Regolamento).

### 3.4 *Gli articoli del Regolamento EPPO che rinviano a direttive dell'Unione «quali attuate nel diritto nazionale»*

Un esame a parte e più specifico meritano due articoli del Regolamento che presentano un'importanza essenziale per l'attività della Procura europea e che rinviano a direttive dell'Unione «quali attuate dal diritto nazionale». Il primo di tali articoli è l'art. 22, par. 1, avente ad oggetto niente di meno che la «Competenza materiale dell'EPPO». Secondo questa disposizione: «L'EPPO è competente per i reati che ledono gli interessi fi-

<sup>24</sup> La Commissione aveva invece proposto una procedura di «transazione penale» indipendente dal diritto degli Stati membri e disciplinata in modo esaustivo dall'art. 29 della proposta di Regolamento. Il fatto che le legislazioni penali di molti Stati membri non contemplassero tali forme di «patteggiamento» ha reso impossibile il raggiungimento di un accordo unanime in seno al Consiglio dei Ministri su questo importante aspetto dell'attività della Procura europea, aspetto tanto più importante e opportuno in quanto la competenza della Procura riguarda, per il momento, unicamente reati finanziari rispetto ai quali forme di «transazione penale» si prospettano più frequenti (v. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, 2017, n. 3, pp. 1-61, 33).

<sup>25</sup> Punto 82 della motivazione del Regolamento EPPO.

<sup>26</sup> Ivi incluso il consenso del giudice nazionale competente.

nanziari dell'Unione di cui alla direttiva (UE) 2017/1371<sup>27</sup>, quale attuata nel diritto nazionale»<sup>28</sup>.

Vi è poi l'art. 41 del Regolamento che disciplina la «Portata dei diritti degli indagati e degli imputati» e che prevede un «triplice livello di garanzie»<sup>29</sup> per gli imputati: in primo luogo le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, «in particolare il diritto ad un giudice imparziale e i diritti della difesa» (art. 41, par. 1). In secondo luogo, le garanzie procedurali e processuali previste dalla legislazione europea ed in particolare dalle direttive dell'Unione «relative ai diritti degli indagati e degli imputati nel quadro di un processo penale, quali attuate dal diritto nazionale», di cui il par. 2 dello stesso art. 41 ne menziona espressamente cinque, aventi rispettivamente ad oggetto: *a.* il diritto all'interpretazione e alla traduzione<sup>30</sup>; *b.* il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine<sup>31</sup>; *c.* il diritto di accesso ad un difensore e il diritto di informare terzi in caso di detenzione<sup>32</sup>; *d.* il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza<sup>33</sup>; *e.* il diritto al patrocinio a spese dello Stato<sup>34</sup>. Ed infine «l'indagato, imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO godono di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'EPPO ottenga tali misure per conto della difesa» (art. 41, par. 3), dove per «diritto nazionale applicabile» si intendono tutte le disposizioni di procedura penale di uno Stato membro che non costituiscono attuazione di direttive dell'Unione.

Questo riferimento alle prescrizioni di direttive europee «quali attuate dal diritto nazionale», e quindi alle leggi nazionali di recepimento di tali medesime direttive non è una novità nella recente produzione legislativa dell'Unione. Anche il precitato Regolamento n. 1024/2013, nel conferire alla Banca centrale europea delicate funzioni di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi, ha previsto, al suo art. 4, par. 3, che «la BCE applica tutto

<sup>27</sup> Direttiva (Ue) n. 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, «relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale», in *Gu-Ue* n. L 198 del 28 luglio 2017, p. 29.

<sup>28</sup> E questo «(...) indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale» (stesso art. 22, par.1, del Regolamento).

<sup>29</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO! cit. supra*, nota 24, p. 34.

<sup>30</sup> Direttiva n. 2010/64/UE del 20 ottobre 2010, in *Gu-Ue* n. L 280 del 26 ottobre 2010, p. 1.

<sup>31</sup> Direttiva n. 2012/13/UE del 22 maggio 2012, in *Gu-Ue* n. L 142 dell'1 giugno 2012, p. 1.

<sup>32</sup> Direttiva n. 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, in *Gu-Ue* n. L 294 del 6 novembre 2013, p. 1.

<sup>33</sup> Direttiva n. 2016/343/UE del 9 marzo 2016, in *Gu-Ue* n. L 65 dell'11 marzo 2016, p. 1.

<sup>34</sup> Direttiva n. 2016/1919/UE del 26 ottobre 2016, in *Gu-Ue* n. L 297 del 4 novembre 2016, p. 1.

il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive». È pertanto la seconda volta in quattro anni che il legislatore dell'Unione assoggetta l'attività e gli atti di un'autorità europea, non soltanto alle norme di un Regolamento, ma anche alle disposizioni di leggi nazionali, nella misura in cui tali disposizioni di diritto degli Stati membri costituiscono attuazione di direttive dell'Unione. Questo precedente si prospetta particolarmente utile, sia in quanto la BCE ha già adottato atti amministrativi sulla base anche di legislazioni nazionali che hanno recepito direttive europee, sia e soprattutto perché alcuni di tali atti sono stati impugnati – e altri saranno verosimilmente impugnati in futuro – dinanzi alla Corte di giustizia, e più precisamente dinanzi al Tribunale di primo grado<sup>35</sup>, ciò che potrebbe dar luogo ad un'importante giurisprudenza di principio su questa "terra incognita" rappresentata da atti di un'Istituzione dell'Unione il cui parametro di legittimità è costituito, almeno in parte, da norme legislative di uno Stato membro.

#### 3.4.1 Il rinvio ex art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO alla direttiva n. 2017/1371 «PIF» avente ad oggetto la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione

Nell'ambito del Regolamento EPPO, il rinvio alla direttiva precitata n. 2017/1371 sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione (denominata, nel gergo degli specialisti, «direttiva PIF») assume un'importanza cruciale perché è sulla base di questa stessa direttiva «quale attuata nel diritto nazionale» che deve essere individuata la «competenza materiale» della Procura europea di cui all'art. 22. La soluzione adottata dal legislatore dell'Unione su questo punto pone delicati ed inediti problemi istituzionali che avrebbero potuto essere evitati se il medesimo legislatore avesse compiutamente disciplinato nel Regolamento stesso i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione in ordine ai quali «L'EPPO è compe-

<sup>35</sup> Si tratta delle cause n. T-712/15, n. T-52/16 e (riunite) nn. T-133-136/16. Le relative sentenze sono state pronunciate, rispettivamente, in data 13 dicembre 2017 (EU:T:2017:900 e EU:T:2017:902) e 24 aprile 2018 (EU:T:2018:219), ma il Tribunale non ha preso posizione su alcune delicate e nuove questioni istituzionali. La sentenza emanata dal Tribunale nella causa n. T-712/15 è stata poi impugnata per cassazione dinanzi alla Corte di giustizia e la relativa causa n. C-152/18 P è stata decisa dalla Corte stessa con sentenza del 2 ottobre 2019 (EU:C:2019:810).

Sulla problematica riguardante l'applicazione di norme di diritto nazionale da parte della BCE e il successivo controllo da parte della Corte di giustizia, si veda l'accurato studio di V. DI BUCCI, *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel sur le mécanisme de surveillance unique*, in AA. VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 316-331.

tente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori (...)»<sup>36</sup>. La Commissione ha ritenuto invece, sin dalla presentazione della relativa proposta legislativa (art. 12), che tale soluzione, ottimale dal punto di vista strettamente giuridico della certezza del diritto, non avrebbe avuto alcuna probabilità di ricevere l'approvazione unanime del Consiglio dei Ministri ed ha quindi optato per la suesposta definizione *per relationem* dei reati di competenza della Procura europea, di cui al precitato art. 22, par. 1. Il rinvio operato dall'art. 22 del Regolamento EPPO alla direttiva n. 2017/1371 ha invece come conseguenza che vi saranno inevitabilmente differenze nelle leggi nazionali di recepimento della direttiva stessa e quindi la competenza materiale della Procura europea, componente fondamentale di tale organo dell'Unione, sarà una competenza "a geometria (parzialmente) variabile" a seconda degli Stati membri partecipanti, il che mal si concilia evidentemente, sia con la natura sovranazionale della Procura stessa, sia con il principio della certezza del diritto sopra ricordato<sup>37</sup>.

#### 3.4.1.1 I reati previsti dalla direttiva PIF

Va inoltre rilevato che la direttiva n. 2017/1371 prevede «norme minime» aventi ad oggetto la definizione di reati, e delle relative sanzioni, costituiti da frodi ed altre condotte illecite che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, sia dal lato delle entrate, sia dal lato delle spese del bilancio dell'Unione stessa (art. 1 e punto 4 della motivazione). I reati che formano l'oggetto di questa armonizzazione «minima» sono definiti agli artt. 3 e 4 della direttiva PIF, che operano una suddivisione fra comportamenti costituenti una «frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione» e «altri reati». Fra i primi rientrano, in estrema sintesi, l'uso di dichiarazioni o di documenti falsi, la mancata comunicazione di informazioni in violazione di un obbligo specifico e la distrazione di fondi per fini diversi da quelli per cui questi erano stati concessi, in materia di: *a.* sovvenzioni, *b.* appalti, *c.* entrate diverse dall'IVA (ad esempio i diritti doganali) e *d.* entrate derivanti dall'IVA (art. 4). Fra i comportamenti illeciti diversi dalle frodi, rientrano invece il riciclaggio di denaro riguardante beni provenienti dai reati armonizzati dalla direttiva, la corruzione passiva e la corruzione attiva di «funzionari pubblici», sia di un'Istituzione europea, sia di uno Stato membro, e l'appropriazione indebita commessa dagli stessi (art. 4). Gli Stati membri sono infine tenuti a prevedere come reati nel proprio or-

<sup>36</sup> Regolamento EPPO, art. 4.

<sup>37</sup> Concorda con questa conclusione C. DI FRANCESCO MAESA, *Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law: a missed goal?*, in *European papers*, n. 3/2018, pp. 1455-1469.

dinamento anche «l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso» nella commissione dei summenzionati reati di frode e assimilati (art. 5).

Una menzione particolare meritano le frodi IVA in quanto l'espressa previsione dei «reati gravi contro il sistema comune dell'IVA», sia nella direttiva PIF, all'art. 2, par. 2, sia nel Regolamento EPPO, all'art. 22, par. 1, seconda frase, ha richiesto anni di estenuanti negoziati in seno al Consiglio dei Ministri e fra Consiglio e Parlamento europeo, negoziati contrassegnati anche da un deciso intervento della Corte di giustizia, che nella nota sentenza *Taricco*<sup>38</sup> ha pienamente confermato la sua precedente giurisprudenza secondo la quale le risorse proprie provenienti dalla frazione della base imponibile IVA di ogni Stato membro costituiscono entrate a pieno titolo del bilancio dell'Unione e come tali meritevoli di una tutela penale nei casi più gravi di frode e questo, sulla base dell'art. 325 del Trattato. L'esito di tale lungo negoziato è stato pertanto, da un lato, l'inserimento nella direttiva PIF dei reati di false dichiarazioni IVA o di omissioni di comunicazioni obbligatorie relative all'IVA qualora queste «siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo di almeno 10.000.000 di euro» (art. 2.2). Dall'altro, è stata finalmente inserita un'esplicita attribuzione alla Procura europea della competenza ad indagare su tali reati ed a esercitare, se del caso, la relativa azione penale (art. 22.1 del Regolamento EPPO).

Il punto 4 della motivazione della direttiva PIF n. 2017/1371 chiarisce poi che l'espressione «danno complessivo si riferisce al danno stimato che derivi dall'intero sistema fraudolento, sia per gli interessi finanziari degli Stati membri interessati, sia per l'Unione, escludendo interessi e sanzioni»<sup>39</sup>. Nessuna disposizione della direttiva o del Regolamento precisa invece che cosa ricomprenda la nozione di «danno complessivo» dal punto di vista delle categorie di imposte evase, oltre all'IVA, ad opera di un unico disegno fraudolento<sup>40</sup>. Concorrono al calcolo del raggiungimento della soglia dei 10 milioni di euro (si pensi ad un grande traffico clandestino di

<sup>38</sup> Sentenza dell'8 settembre 2015 in causa n. C-105/14, EU:C:2015:555. L'importanza e il "tempismo" della sentenza *Taricco* nel corso del complicato negoziato avente ad oggetto l'inserimento delle frodi IVA nel campo di applicazione della direttiva PIF e nell'ambito delle competenze della Procura europea è stata esaminata da R. SICURELLA, *A blunt weapon for the EPPO? Taking the edge off the proposed PIF Directive*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives*, cit. supra, nota 10, pp. 99-127, p. 108 ss.

<sup>39</sup> Le difficoltà pratiche di applicazione di tale soglia di 10 milioni di euro sono evocate da R. SICURELLA nel suo capitolo *A blunt weapon*, loc. cit., p. 118 e p. 121, che pone in particolare evidenza come la competenza della Procura europea in materia di frodi IVA dipenderà in gran parte dalle valutazioni del "danno complessivo" effettuate dalle amministrazioni o dalle polizie tributarie nazionali.

<sup>40</sup> Vuoto normativo rilevato anche da C. DI FRANCESCO MAESA, in *Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud*, cit. supra, nota 37, pp. 1463.

prodotti petroliferi in provenienza da un Paese terzo) anche i dazi doganali evasi, le accise evase, il mancato gettito delle imposte sui redditi d'impresa? In questo caso, come meglio si vedrà in seguito, al problema dell'individuazione della legge applicabile si sovrappone il problema, non meno delicato, della delimitazione delle competenze rispettive delle procure degli Stati membri (nella fattispecie: per reati il cui «danno complessivo» si situa al di sotto della soglia dei 10 milioni di euro) e della Procura europea (sempre nel caso specifico delle frodi IVA: nel caso in cui «danno complessivo» sia superiore ai 10 milioni di euro).

#### 3.4.1.2 Il problema dell'individuazione delle norme di diritto nazionale che costituiscono recepimento della direttiva PIF

Il rinvio operato dall'art. 22, par. 1, del Regolamento n. 2017/1939 ai reati previsti dalla direttiva n. 2017/1371 «quale attuata dal diritto nazionale» pone ai vari organi della Procura europea, ed in particolare ai procuratori delegati, un primo e difficile problema, ovvero quello dell'individuazione delle norme di diritto penale nazionale che costituiscono il recepimento della suddetta direttiva PIF. In primo luogo, è assai probabile che tutti, o gran parte, dei reati sopra menzionati che hanno formato l'oggetto di un'armonizzazione a livello dell'Unione europea (si pensi alla corruzione di pubblici funzionari, all'uso di documenti falsi per ottenere sovvenzioni pubbliche, all'evasione di dazi doganali e dell'imposta sul valore aggiunto, al riciclaggio, ecc.), fossero già previsti come tali dai codici penali di molti, o verosimilmente tutti, gli Stati membri partecipanti alla scadenza del termine di recepimento della direttiva in diritto nazionale. In questo caso, il governo di uno Stato membro potrebbe ritenere a ragione di non essere tenuto a presentare al proprio Parlamento un disegno di legge di recepimento della direttiva n. 2017/1371 in quanto la legislazione penale sarebbe già conforme alla direttiva stessa. Sempre in questo caso, mancherebbe, in tutto o in parte, al procuratore europeo delegato un importante punto di riferimento "formale" (la legge di recepimento) per individuare le norme penali che danno attuazione alla direttiva PIF.

Sarà quindi lo stesso procuratore delegato che dovrà ricostruire, nell'ambito della propria legislazione penale già in vigore alla data di trasposizione obbligatoria della direttiva (6 luglio 2019)<sup>41</sup>, il mosaico delle norme che costituiscono attuazione della direttiva medesima. In questo compito il procuratore delegato sarà aiutato, ma non certamente vincolato, dall'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 17, par. 2, della direttiva

<sup>41</sup> Art. 17, par. 1, della direttiva n. 2017/1371, *cit. supra*, nota 27.



stessa, di comunicare alla Commissione europea «il testo delle disposizioni fondamentali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva». Il procuratore europeo delegato dovrà infatti ricostruire la disciplina complessiva del reato per il quale intende procedere, e dovrà quindi valutare in che misura tale reato rientra nella competenza della Procura europea, non soltanto sulla base delle disposizioni "fondamentali" di diritto penale nazionale, ma anche sulla base di norme penali che non si possono fregiare della qualifica di «fondamentali» e che tuttavia, in quanto strettamente connesse a queste ultime (ad esempio certe specifiche circostanze aggravanti), condizionano la sua competenza ad agire.

Non va poi dimenticato che la direttiva PIF contiene, per suo espresso disposto<sup>42</sup>, «norme minime» di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri. Se la nozione di «norme minime» è di immediata comprensione laddove si tratta di livelli minimi di sanzioni, lo stesso concetto appare più difficile da applicare alla definizione dei comportamenti illeciti che la direttiva impone ai legislatori Stati membri di qualificare come reato. Rientrano sicuramente nel campo di applicazione della direttiva «quale attuata dal diritto nazionale», e quindi fra le competenze materiali della Procura europea, quelle fattispecie di reato per le quali uno Stato membro ha esercitato un'opzione espressamente prevista dal legislatore europeo, al fine precisamente di andare oltre il contenuto minimo delle norme di armonizzazione<sup>43</sup>.

Un chiaro esempio di una simile opzione si può rinvenire all'art. 11, par. 3, della direttiva, in forza del quale gli Stati membri hanno la facoltà di estendere la propria giurisdizione penale ai reati commessi fuori del loro territorio nelle tre situazioni espressamente previste nella medesima disposizione<sup>44</sup>. Qualora uno Stato membro eserciti questa opzione in una delle tre predette situazioni, la Procura europea potrà avviare indagini ed esercitare l'azione penale anche per reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione commessi fuori del territorio di detto Stato membro, ad esempio commessi nel territorio di un Paese terzo da un proprio funzionario o da un proprio residente abituale non cittadino.

<sup>42</sup> Art. 1 della direttiva n. 2017/1371, *cit. supra*, nota 27.

<sup>43</sup> Argomentiamo per analogia rispetto a quanto esposto, con riferimento alle competenze della Banca centrale europea, da V. DI BUCCI in *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel*, *cit. supra*, nota 35, p. 327.

<sup>44</sup> Art. 11, par. 3, della direttiva n. 2017/1371, *loc. cit.*: «(...) a) l'autore del reato risiede abitualmente nel proprio territorio; b) il reato sia commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel proprio territorio; oppure c) l'autore del reato sia uno dei propri funzionari che agisce nelle sue funzioni ufficiali».

Ad una conclusione opposta, vale a dire l'incompetenza ad agire della Procura europea, si dovrebbe invece pervenire qualora un legislatore nazionale avesse colto l'occasione dell'adozione della legge di trasposizione della direttiva PIF per qualificare come reato delle fattispecie manifestamente non rientranti fra quelle oggetto dell'armonizzazione a livello dell'Unione, previste agli artt. 3, 4 e 5 della direttiva stessa sopra descritti. Si pensi ad esempio all'utilizzo di documenti falsi per ottenere indebitamente sovvenzioni erogate con fondi puramente nazionali o per alterare l'esito di gare d'appalto di enti pubblici puramente nazionali.

#### 3.4.1.3 I problemi di ricostruzione della legge applicabile in caso di incompleta o errata trasposizione della direttiva PIF in diritto nazionale

I problemi di ricostruzione della legge applicabile da parte degli organi della Procura europea per stabilire la competenza materiale della Procura stessa appaiono poi ben più delicati qualora la direttiva PIF n. 2017/1371 «quale attuata dal diritto nazionale», cui rinvia l'art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO, sia stata recepita da uno Stato membro in modo incompleto o non corretto. In altri termini, come si deve comportare un procuratore europeo delegato qualora si trovi ad applicare una legislazione penale sostanziale del proprio Stato membro che non ha pienamente trasposto la direttiva n. 2017/1371 o l'ha trasposta in modo errato? Una prima ipotesi di incompatibilità si verifica quando un comportamento qualificato come reato dalla direttiva PIF non è, o non è più, previsto come reato dalla legislazione penale nazionale. La situazione in cui le norme di una direttiva vengono invocate nei confronti di un determinato soggetto da un'autorità nazionale, e segnatamente da un pubblico ministero, nell'ambito di un procedimento penale, è già stata sottoposta al giudizio della Corte di giustizia fin dal 1986<sup>45</sup> e con una giurisprudenza assolutamente costante la stessa Corte ha categoricamente escluso, in forza del «Principio di legalità dei reati e delle pene» oggi sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che «una direttiva possa avere per effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni [della direttiva]»<sup>46</sup>. Ne consegue che in tali e deplorabili casi l'azione di

<sup>45</sup> Sentenze 11 giugno 1987 in causa n. 14/86, *Pretore di Salò*, EU:C:1987:275, e 8 ottobre 1987 in causa n. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, EU:C:1987:431.

<sup>46</sup> Sentenze 26 settembre 1996 in causa n. C-168/95, *Arcaro*, EU:C:1996:363, punto 36 e 3 maggio 2005 in causa n. C-387/02 e altre, *Berlusconi I*, EU:C:2005:270, punto 74.

un procuratore europeo delegato risulterà paralizzata fino all'adozione, da parte del Parlamento dello Stato membro nel quale egli intenderebbe avviare le indagini, di una legge che costituisca la puntuale e completa trasposizione della direttiva PIF sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione.

L'unico strumento a disposizione della Procura europea per indurre uno Stato membro a rimediare a questa situazione di conflitto di norme penali applicabili è, come per ogni cittadino dell'Unione, la possibilità di trasmettere una denuncia di tale violazione della direttiva PIF alla Commissione europea affinché essa avvii al più presto un procedimento di infrazione ex art. 258 TFUE contro lo Stato membro interessato, procedimento che, come noto, può concludersi con l'emanazione di una sentenza della Corte di giustizia, di accertamento costitutivo della violazione della direttiva n. 2017/1371. Merita di essere rilevato a questo riguardo che il potere conferito dall'art. 258 del Trattato alla Commissione europea, di controllare in ogni momento la conformità delle legislazioni nazionali con il diritto dell'Unione presenta un'importanza cruciale nel settore del diritto penale, sostanziale e processuale. E questo, in quanto, da un lato, la corretta ed integrale trasposizione della direttiva PIF condiziona in modo determinante, come sopra evidenziato, il concreto esercizio delle competenze conferite alla Procura europea dall'art. 22 del Regolamento EPPO ed in quanto, dall'altro, la corretta e integrale trasposizione delle direttive dell'Unione relative ai diritti degli indagati e degli imputati alle quali rinvia l'art. 41 del Regolamento EPPO summenzionato, rappresenta l'indispensabile garanzia e contrappeso istituzionale rispetto al carattere sovranazionale dei poteri di indagine conferiti alla Procura europea<sup>47</sup>.

Tutte le suesposte considerazioni possono essere applicate alla seconda ipotesi di incompatibilità di una legislazione penale nazionale rispetto alla direttiva n. 2017/1371, vale a dire il caso in cui una norma della direttiva è stata trasposta in diritto nazionale, ma in modo errato. Si pensi, ad esempio, ad una norma penale di uno Stato membro che contenga per ipotesi una definizione eccessivamente restrittiva della nozione di «funzionario pubblico», prevista all'art. 4, par. 4, della direttiva, di modo che il perseguimento del reato di corruzione attiva o passiva di cui al par. 2 dello stesso art. 4 ne risulti gravemente ostacolato. Anche in questo caso di conflitto fra due norme in astratto applicabili, ma parzialmente incompatibili, la Procura europea non potrà far valere direttamente la disposizione della direttiva nei confronti di un soggetto indagato o imputato, e disapplicare di

<sup>47</sup> V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office and human rights*, cit. *supra*, nota 10, pp. 59-93, pp. 68-69.

conseguenza la norma nazionale non conforme, in quanto a questo si oppone radicalmente la costante giurisprudenza della Corte sopra ricordata, che ha affermato la prevalenza del principio fondamentale della legalità dei reati e delle pene, oggi sancito all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

### 3.4.2 Il rinvio operato dall'art. 41 del Regolamento EPPO alle direttive dell'Unione aventi ad oggetto i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali

Diversa si presenta invece la problematica relativa alla ricostruzione della legge applicabile in materia di «diritti degli indagati e degli imputati», che, come sopra rilevato, è costituita dalle cinque direttive espressamente menzionate all'art. 41, par. 2, del Regolamento EPPO, «quali attuate dal diritto nazionale». In questo caso si tratta infatti di direttive che, al contrario della direttiva PIF che comporta unicamente divieti penalmente sanzionati, e quindi obblighi, per i responsabili di determinati comportamenti illeciti, conferiscono invece diritti alle persone sottoposte ad un procedimento penale, diritti che per definizione gli interessati possono far valere nei confronti dello Stato membro – impersonato dall'autorità giudiziaria procedente – nel quale si svolge il procedimento stesso. Non vi è quindi dubbio che, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di c.d. effetto diretto delle prescrizioni delle direttive che conferiscono diritti ai singoli e appaiono, dal punto di vista del loro contenuto, sufficientemente precise ed incondizionate<sup>48</sup>, un imputato possa invocare, nei confronti di un pubblico ministero o di un giudice penale nazionale, l'una o l'altra delle suddette prescrizioni delle cinque direttive dell'Unione aventi ad oggetto le garanzie procedurali nell'ambito di un procedimento penale, per opporsi all'applicazione di una norma nazionale incompatibile con le direttive stesse.

Per un procuratore europeo delegato i problemi sorgono per l'appunto quando, come nelle due ipotesi sopra delineate con riferimento alla direttiva PIF n. 2017/1371, la legislazione di uno Stato membro non ha recepito integralmente, o ha recepito in modo errato, l'una o l'altra di tali direttive dell'Unione. Può in tali casi un organo della Procura europea procedere direttamente alla disapplicazione della norma processuale nazionale incompatibile e applicare direttamente la norma della direttiva dell'Unione disciplinante la medesima materia e questo, ancora prima che l'imputato o il suo avvocato invocino la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'effetto diretto delle prescrizioni «precise e incondizionate» delle direttive?

<sup>48</sup> Sentenza 19 gennaio 1981 in causa 8/81, *Ursula Becker*, EU:C:1982:7.

Vari argomenti giuridici militano a favore di una risposta positiva a tale interrogativo<sup>49</sup>. In primo luogo, si può senz'altro ritenere che quando il Regolamento EPPO ha previsto, al suo art. 41, par. 2, un rinvio alle direttive dell'Unione «quali attuate dal diritto nazionale», il legislatore europeo si è riferito alla situazione fisiologica in cui una direttiva è stata correttamente ed integralmente recepita nel diritto processuale penale di uno Stato membro e non certamente alla situazione patologica contraria, costituita dalla trasposizione incompleta o errata della direttiva stessa. In secondo luogo, essendo la Procura europea un organo dell'Unione dotato di propria e distinta personalità giuridica di diritto europeo<sup>50</sup>, essa non può in alcun modo essere assimilata ad una procura nazionale, ovvero ad un organo dello Stato membro in infrazione, alla quale potrebbe essere opposto il principio «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*»<sup>51</sup> per precluderle l'esecuzione dell'obbligo di disapplicazione della norma nazionale incompatibile. In terzo luogo sarebbe semplicemente assurdo, e comunque contrario al precitato art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO<sup>52</sup>, se nell'esercizio delle sue delicate funzioni di pubblico ministero dell'Unione europea, vale a dire di garante del rispetto della legalità europea nei confronti dei presunti autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, la Procura europea fosse costretta ad applicare norme nazionali illegittime, e per di più nel settore della procedura penale, in quanto per ipotesi queste sarebbero in contraddizione con le prescrizioni di direttive dell'Unione poste specificamente a garanzia dei diritti delle persone indagate o imputate. Ed infine, trattandosi, come sopra rilevato, di direttive che conferiscono diritti alle persone nei confronti delle quali è stata avviata una indagine penale, non è applicabile a tali medesime direttive la costante giurisprudenza della Corte secondo la quale «una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo»<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> V. DI BUCCI perviene alla medesima conclusione positiva nel suo *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel*, cit. *supra*, nota 35, p. 327, con riferimento alle direttive dell'Unione e alle relative leggi nazionali di recepimento che è tenuta ad applicare la Banca centrale europea nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza bancaria.

<sup>50</sup> Art. 1, par. 1 e 2, del Regolamento EPPO n. 2017/1939.

<sup>51</sup> «(...) è opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario», sentenza 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, *Marshall*, EÜ:C:1986:84, punto 49.

<sup>52</sup> «Le indagini e le azioni penali a nome dell'EPPO sono disciplinate dal presente regolamento», incluso quindi anche l'art. 41 in esame, avente ad oggetto «La portata dei diritti degli indagati e degli imputati».

<sup>53</sup> Sentenza 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, cit. *supra*, nota 9, punto 20, che conferma la sentenza *Marshall* in causa n. 152/84, cit. *supra*, nota 51, punto 48.

### 3.4.2.1 Esempi di «effetto diretto» delle direttive dell'Unione che disciplinano i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali

Due esempi pratici possono meglio illustrare le conseguenze concrete di tale lettura dell'art. 41 del Regolamento EPPO. L'art. 7, par. 1, della direttiva n. 2012/13 precitata avente ad oggetto il «diritto all'informazione nei procedimenti penali» impone agli Stati membri, in pratica ai pubblici ministeri e/o ai giudici penali nazionali, di mettere a disposizione delle persone arrestate e dei loro avvocati «i documenti (...) essenziali per impugnare effettivamente (...) la legittimità dell'arresto o della detenzione». I due successivi par. 2 e 3 precisano quali sono questi documenti e quando l'accesso a tale documentazione deve essere garantito alla difesa dell'imputato detenuto. Il par. 4 dello stesso art. 7 prevede poi alcune limitate e tassativamente giustificate facoltà di deroga al diritto di accesso al materiale probatorio in possesso dell'autorità nazionale inquirente. Nella deprecabile ipotesi che la legislazione penale di uno Stato membro avesse introdotto una facoltà di deroga del tutto generale e largamente rimessa alla discrezione del pubblico ministero e/o del giudice competente per l'eventuale impugnazione del diniego di accesso, è molto probabile che la Procura europea, ed in particolare il procuratore europeo incaricato del caso, dovrebbe lasciare inapplicata la disposizione di diritto nazionale contenente tale facoltà di deroga del tutto arbitraria al «Diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine» da parte della difesa dell'imputato detenuto e dare invece piena applicazione all'art. 7 della direttiva.

Inoltre, la direttiva n. 2010/64 avente ad oggetto il «diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali», pure precitata, impone agli Stati membri l'obbligo di assicurare che «gli imputati che non comprendono la lingua del procedimento penale in questione siano assistiti senza indugio da un interprete, nei procedimenti penali dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogatori di polizia, e in tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari» (art. 2). Analogamente, questi stessi imputati hanno il diritto di ricevere «(...) una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa (...)» ed in particolare «le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze» (art. 3, par. 1 e 2). Qualora il codice di procedura penale di uno Stato membro non prevedesse tali essenziali garanzie per un imputato che non è in grado di comprendere la lingua del procedimento penale in questione (ad esempio: non garantisce l'assistenza di un interprete fin dai primi interrogatori del pubblico ministero o

la traduzione dell'atto contenente i capi d'imputazione), il procuratore europeo delegato incaricato del caso sarebbe tenuto, in applicazione del principio di supremazia del diritto dell'Unione sulle disposizioni incompatibili di diritto nazionale, ad applicare correttamente gli artt. 2 e 3 precitati della direttiva n. 2010/64 e ad assicurare in tal modo l'integrale rispetto dei diritti della difesa sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ed espressamente menzionati all'art. 41, par. 1, del Regolamento EPPO, norma – va sempre ricordato – in quanto tale direttamente applicabile in tutti gli Stati membri<sup>54</sup>.

### 3.4.3 Importanza del principio dell'«interpretazione conforme» della norma nazionale di recepimento, rispetto al testo e allo scopo della direttiva

Resta infine da evidenziare la particolare importanza che presenta, nell'esercizio delle funzioni della Procura europea, il principio generale dell'ordinamento dell'Unione denominato «dell'interpretazione conforme». In base a tale principio, enunciato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Marleasing*<sup>55</sup>, «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (...)»<sup>56</sup>. È vero che la Procura europea non è un giudice, ma va d'altra parte ricordato che nella sua nota sentenza *Fratelli Costanzo*<sup>57</sup> la Corte ha statuito che anche le amministrazioni degli Stati membri sono tenute ad applicare le norme di una direttiva e a disapplicare, se necessario, le norme nazionali ad esse non conformi.

Da questa importante precisazione della Corte si deduce *a fortiori*, in primo luogo, che le stesse amministrazioni degli Stati membri sono tenute, al pari dei giudici e prima di procedere alla loro disapplicazione, ad interpretare le norme nazionali di recepimento di una direttiva in tutta la misura del possibile in modo conforme al testo e agli obiettivi della direttiva stessa. In secondo luogo, se le amministrazioni degli Stati membri sono anch'esse vincolate dal principio dell'«interpretazione conforme», a maggior ragione un organo dell'Unione come la Procura europea dovrà inter-

<sup>54</sup> Come ricordano anche V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA in *The European Public Prosecutor's Office and human rights*, cit. supra, nota 10, p. 68.

<sup>55</sup> Sentenza 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, *Marleasing*, cit. supra, nota 9, punto 8.

<sup>56</sup> Sentenza in causa n. C-91/92, *Faccini Dori*, cit. supra, nota 9, punto 26.

<sup>57</sup> Sentenza 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Costanzo*, EU:C:1989:256, punti 31 e 33.

pretare le leggi nazionali di recepimento della direttiva PIF n. 2017/1371 e delle cinque direttive aventi ad oggetto i diritti degli imputati, alle quali rinviano rispettivamente gli artt. 22 e 41 del Regolamento EPPO, in modo coerente con gli obiettivi perseguiti dalle direttive stesse e con il contenuto precettivo delle disposizioni in esse contenute. In altri termini, spetterà alla Procura europea, e soprattutto ai procuratori europei delegati che avvieranno le indagini nei loro rispettivi Stati membri, interpretare le leggi penali nazionali in modo conforme alle direttive di cui tali medesime leggi rappresentano la trasposizione. Questo obbligo di applicare d'ufficio il principio dell'«interpretazione conforme» sorge, a nostro avviso, in capo alla Procura europea anche prima dell'intervento del giudice che esercita il controllo giurisdizionale sugli atti dei procuratori europei delegati e quindi anche indipendentemente da tale eventuale intervento del giudice<sup>58</sup>.

*Quid se* la giurisprudenza dei giudici penali nazionali avente ad oggetto le norme nazionali di recepimento di una direttiva cui rinvia il Regolamento EPPO appare in contrasto con «la lettera e lo scopo» della direttiva stessa? La risposta a tale interrogativo si può dedurre dalla sentenza *Olimpiclub*<sup>59</sup> con la quale la Corte di giustizia ha dichiarato contraria al diritto dell'Unione, e segnatamente alla legislazione europea in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) e al principio di effettività dei rimedi giurisdizionali di diritto nazionale, una giurisprudenza della Sezione Unite civili della Corte di cassazione italiana ed ha indicato alla Sezione tributaria della medesima Corte di cassazione una diversa interpretazione, opposta a quella delle Sezioni Unite, della norma italiana avente ad oggetto l'autorità di cosa giudicata nei processi riguardanti l'IVA. Ne consegue che i procuratori europei delegati, nell'interpretazione delle leggi nazionali costituenti recepimento delle direttive dell'Unione alle quali rinvia il Regolamento EPPO, dovranno tener conto in via prioritaria della giurisprudenza della Corte di giustizia avente ad oggetto tali medesime direttive e i principi generali dell'ordinamento dell'Unione. Gli stessi procuratori delegati non saranno quindi vincolati dalla giurisprudenza delle giurisdizioni penali del loro Stato membro, ivi inclusa quella della Corte suprema di quel medesimo Stato membro, che apparisse per ipotesi contraria alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Essi potranno in ogni caso richiedere al giudice per le indagini preliminari o al giudice di merito di porre alla Corte di giustizia dei quesiti interpretativi del tipo di quelli che la Sezione tributaria

<sup>58</sup> Questa è pure l'opinione di V. DI BUCCI in *Quelques questions concernant le contrôle juridictionnel*, cit. *supra*, nota 35, p. 327. L'analogia con i problemi istituzionali che si trova ad affrontare la Banca centra europea nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza bancaria appare, ancora una volta, evidente e assai significativa.

<sup>59</sup> Sentenza 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08, *Olimpiclub*, EU:C:2009:506.



della Corte di cassazione italiana ha posto alla Corte di giustizia nella summenzionata causa *Olimpiclub*, affinché sia la Corte di giustizia a decidere sul conflitto fra le due possibili interpretazioni di una disposizione di una direttiva dell'Unione e della corrispondente norma nazionale di recepimento.

#### **4. Secondo aspetto istituzionale del funzionamento della Procura europea: il sistema delle impugnazioni**

##### *4.1 Genesi e contesto istituzionale dell'art. 42 del Regolamento EPPO riguardante il «controllo giurisdizionale» sugli atti della Procura europea*

Il «controllo giurisdizionale» sugli «atti procedurali» della Procura europea è disciplinato dal lungo art. 42 del Regolamento n. 2017/1939, che, come ricordato da uno dei primi commentatori del Regolamento stesso<sup>60</sup>, ha formato l'oggetto di un lungo e intenso negoziato in seno al Consiglio dei Ministri della giustizia. Questi non avevano infatti accolto favorevolmente il laconico art. 36 della proposta della Commissione<sup>61</sup> che, da un lato, non menzionava minimamente la Corte di giustizia e le sue competenze e, dall'altro, sembrava affidare alle giurisdizioni penali degli Stati membri la totalità dei controlli sugli atti della Procura europea.

In realtà, l'esito degli approfonditi dibattiti in seno al Consiglio dei Ministri ha confermato «la sostanza dell'approccio iniziale della Commissione»<sup>62</sup>, ma ha aggiunto all'art. 42 avente ad oggetto il controllo giurisdizionale, una serie di disposizioni che richiamano espressamente, senza peraltro modificarle, le principali competenze conferite alla Corte di giustizia direttamente dal Trattato. Va ricordato infatti che il margine di manovra del legislatore secondario dell'Unione in materia di regime delle impugnazioni degli atti della Procura europea era fin dall'inizio fortemente condizionato da due decisive limitazioni derivanti dagli artt. 82, 83 e 86 del Trattato esaminati al precedente capitolo 2 del presente studio. Da un lato, infatti, l'art. 86, par. 2, obbliga la Procura europea ad esercitare l'azione penale «dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri». D'altro lato, come si è visto, gli artt. 82 e 83 del Trattato limitano ad alcuni specifici settori la competenza legislativa dell'Unione europea in materia di diritto penale sostanziale e processuale. Da queste due premesse

<sup>60</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO! cit. supra*, nota 24, p. 34 ss.

<sup>61</sup> Art. 36, par. 1 della proposta di Regolamento presentata dalla Commissione: «Quando adotta atti procedurali nell'esercizio delle sue funzioni, la Procura europea è considerata un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale».

<sup>62</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO!, loc. cit.*

è scaturita la constatazione, formulata al punto 87 della motivazione del Regolamento EPPO, in base alla quale: «Gli atti predisposti dall'EPPO nel corso delle indagini sono strettamente collegati all'azione penale che ne può conseguire e pertanto producono i loro effetti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri».

Se quindi la Procura europea si troverà ad operare in un contesto di regole contenute quasi interamente – ad eccezione delle norme dello stesso Regolamento EPPO – in leggi nazionali solo in minima parte armonizzate a livello dell'Unione, niente di più logico che il controllo sulla legittimità degli atti della Procura medesima relativi ai procedimenti penali sia stato attribuito dal legislatore europeo ai giudici degli Stati membri, come stabilito nell'importantissima disposizione di cui all'art. 42, par. 1, prima frase, del Regolamento, in forza della quale: «Gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure ed ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale».

Si tratta di una deroga del tutto eccezionale al principio generale dell'ordinamento europeo secondo il quale «(...) spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva sul controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE (...) statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dall'istituzione dell'Unione di cui trattasi (...)»<sup>63</sup>, deroga peraltro espressamente prevista, come già rilevato, dall'art. 86, par. 3, del Trattato, laddove questo abilita il Consiglio dei Ministri ad adottare regolamenti contenenti anche «(...) le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni». È evidente che con questa opzione il legislatore europeo ha aggiunto un rischio a quello già derivante dall'applicazione di ventidue legislazioni penali diverse, vale a dire il rischio di ventidue giurisprudenze nazionali diverse, o addirittura divergenti, rispetto agli stessi atti della Procura europea, quali ad esempio le misure investigative di cui all'art. 30 del Regolamento (perquisizioni, intercettazioni telefoniche ed altre, v. *supra*).

<sup>63</sup> Sentenza 19 dicembre 2018 in causa n. C-219/17, *Berlusconi 2*, EU:C:2018:1023, con la quale la Grande sezione della Corte di giustizia ha confermato la propria precedente e consolidata giurisprudenza relativa alla propria competenza esclusiva in questa materia. La causa che ha dato origine a questa recente ed importante sentenza aveva ad oggetto – guarda caso – la competenza della Corte a statuire sui ricorsi proposti contro certe categorie di atti della BCE. Dal punto di vista del controllo giurisdizionale, la giurisprudenza della Corte in materia di atti della BCE è da leggere *a contrario* rispetto alla futura giurisprudenza della Corte avente ad oggetto atti della Procura europea, dato che, con riferimento agli atti della BCE, il legislatore dell'Unione non disponeva di alcuna facoltà di deroga al principio generale della competenza esclusiva della Corte di giustizia enunciato all'art. 263 TFUE.

Tuttavia appare francamente eccessivo arrivare ad affermare<sup>64</sup> che questa esclusione della competenza della Corte di giustizia dal controllo di legittimità degli atti procedurali della Procura europea configurerebbe addirittura un attacco alla *rule of law* dell'Unione europea e una violazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione stessa avente ad oggetto il «Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale». Avrebbe portato a conseguenze ben più negative per la *rule of law* dell'Unione europea un'ulteriore (dopo quella conseguente al conferimento alla BCE della vigilanza bancaria sulle 200 principali istituzioni finanziarie della «Zona euro») attribuzione di competenze di controllo giurisdizionale alla Corte di giustizia sugli atti procedurali della Procura europea, con un ulteriore e notevole aggravio di lavoro per i giudici della Corte stessa ed il rischio reale di un allungamento eccessivo dei tempi dei processi dinanzi alla Corte di giustizia nella fase dell'indagine, e dinanzi ai giudici penali degli Stati membri nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale. Non va infatti persa di vista la fondamentale ragion d'essere della Procura europea, che è quella enunciata al punto 3 della motivazione del Regolamento EPPO: «(...) attualmente le autorità giudiziarie penali nazionali non sempre svolgono indagini e esercitano l'azione penale in merito a questi reati [quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea] in misura sufficiente», dove per «in misura sufficiente» si deve intendere evidentemente anche: in misura sufficientemente rapida ed efficiente.

In conclusione su questo punto, i giudici penali degli Stati membri, che come tutti i giudici nazionali hanno competenza ad applicare sia il loro diritto nazionale, sia il diritto dell'Unione, dovranno utilizzare come parametri del loro giudizio di legittimità sugli atti procedurali della Procura europea, in primo luogo le norme del Regolamento n. 2017/1939 e, in secondo luogo, per tutti gli aspetti non disciplinati dal suddetto Regolamento, il loro diritto processuale nazionale. Il punto 88 della motivazione ricorda opportunamente che le legislazioni processuali nazionali che i giudici penali degli Stati membri applicheranno nell'esercizio delle loro funzioni di controllo giurisdizionale sugli atti procedurali della Procura europea dovranno assicurare il rispetto dei due principi generali dell'ordinamento dell'Unione elaborati dalla giurisprudenza della Corte, denominati rispettivamente principio di equivalenza e principio di effettività. In forza di questi due principi, da un lato, le modalità procedurali nazionali disciplinanti i ricorsi intesi a tutelare i diritti conferiti ai soggetti interessati

<sup>64</sup> V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in *CEPS Policy insights*, n. 2017-39 del 30 novembre 2017, p. 13.

dal diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle previste per i ricorsi analoghi di carattere puramente interno, e dall'altro, queste stesse modalità procedurali nazionali non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione<sup>65</sup>.

#### 4.2 *Competenza generale dei giudici nazionali in materia di ricorsi diretti contro gli «atti procedurali» della Procura europea*

Alla luce di queste considerazioni di carattere generale, si possono ora esaminare con migliore cognizione di causa le singole disposizioni del lungo art. 42 del Regolamento EPPO. Iniziamo dai ricorsi diretti contro gli atti della Procura europea. È vero che secondo il disposto del primo paragrafo tali atti sono impugnabili dinanzi ai giudici penali degli Stati membri «conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale». Va notato tuttavia che il legislatore dell'Unione, nel rinviare alle regole della procedura penale di ogni Stato membro, ha introdotto in questa importantissima disposizione del Regolamento due precisazioni di puro diritto europeo: gli atti impugnabili della Procura europea devono essere «atti procedurali» e devono essere «destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi». Ecco quindi un altro caso in cui, sia gli avvocati della difesa, sia il procuratore europeo delegato incaricato del procedimento, sia soprattutto il giudice penale nazionale adito, dovranno procedere ad un sapiente *collage* di norme processuali europee e nazionali.

Il significato dell'espressione «atti procedurali» si può dedurre, sia dal punto 87 della motivazione del Regolamento EPPO, che si riferisce espressamente ad «atti adottati prima dell'imputazione» quali ad esempio, le più volte ricordate misure investigative di cui all'art. 30, sia *a contrario* dal punto 89 della medesima motivazione, che si riferisce più esplicitamente alle decisioni della Procura europea «adottate nell'esercizio delle sue funzioni, volte a svolgere indagini, esercitare l'azione penale o portare casi in giudizio». Il concetto giuridico di «atto destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi» riproduce testualmente un'espressione utilizzata dal Trattato<sup>66</sup> e sembra costituire pertanto una nozione autonoma di diritto

<sup>65</sup> Fra le pronunce della Corte di giustizia più recenti in materia di principi di equivalenza ed effettività, si veda la sentenza 7 novembre 2018 in causa n. C-380/17, *K e B*, EU:C:2018:877, punti 56-58.

<sup>66</sup> Art. 263, par. 1, seconda frase TFUE: «(La Corte di giustizia) Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi».

dell'Unione<sup>67</sup>, che in quanto tale è indipendente da analoghe nozioni di atto impugnabile di diritto nazionale e deve quindi essere interpretata in modo uniforme in tutto il territorio dell'Unione<sup>68</sup>. In base ad una giurisprudenza della Corte risalente al 1981, un atto è destinato a produrre effetti giuridici ed è quindi impugnabile, a pena di inammissibilità del ricorso, quando «è destinato a produrre effetti giuridici obbligatori», i quali a loro volta devono essere «idonei ad incidere sugli interessi del ricorrente»<sup>69</sup>. Ne consegue che gli Stati membri non sono tenuti a prevedere un controllo giurisdizionale sugli atti procedurali che non sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi «come la nomina di esperti o il rimborso delle spese sostenute da testimoni»<sup>70</sup>. Il punto 87 della motivazione aggiunge tuttavia che, se la legislazione di uno Stato membro prevede già un controllo giurisdizionale sugli atti procedurali non destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, dal Regolamento n. 2017/1939 non deriva alcun obbligo di sopprimere tale possibilità di impugnazione. Quanto all'identificazione dei «terzi» ai quali fa riferimento l'art. 42, par. 1, lo stesso punto 87 della motivazione del Regolamento EPPO precisa che si tratta di «una categoria che comprende l'indagato, la vittima e altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati da tali atti (procedurali)».

È da notare infine che il medesimo e lunghissimo punto 87 della motivazione contiene una sorta di «interpretazione autentica» dell'art. 42, par. 1, laddove esso specifica, da un lato, che sono da qualificare come atti procedurali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, gli atti aventi ad oggetto «la scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere», scelta che dovrà essere operata sulla base dei criteri di cui al precitato art. 36, par. 3 e 4, riguardante l'«Esercizio dell'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali». D'altro lato, questi medesimi atti della Procura europea dovranno «essere assoggettati al controllo degli organi giurisdizionali nazionali al più tardi nella fase processuale». Si può tuttavia dubitare che tale affermazione sia riferibile anche alla richiesta di rinvio a giudizio formulata da un procuratore europeo delegato, in considerazione della natura di tale atto, che è un'istanza

<sup>67</sup> Concorda M. LUCHTMAN *Forum choice and judicial review under the EPPO's legislative framework*, cit. supra, nota 14, pp. 155-170, p. 165.

<sup>68</sup> Argomentando per analogia dalla sentenza 24 maggio 2016 in causa n. C-108/16 PPU, *Pawel Dworzecki*, EU:C:2016:346, punti 28-30, che interpreta alcuni concetti giuridici contenuti nella decisione-quadro n. 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo.

<sup>69</sup> Sentenza 11 novembre 1981 in causa n. 60/81, *IBM c. Commissione*, EU:C:1981:264, punto 9.

<sup>70</sup> Questa utile esemplificazione di atti non impugnabili è formulata al punto 87 *in fine*, precitato, della motivazione del Regolamento EPPO.

presentata ad un giudice al quale spetta la decisione di merito<sup>71</sup>. A questo riguardo non si può che deplorare, dal punto di vista della tecnica legislativa, che precisazioni così importanti per l'individuazione dei rimedi giurisdizionali concessi agli imputati siano contenute nella motivazione del Regolamento e non in un articolo dello stesso. Questa constatazione vale per molte altre disposizioni del Regolamento n. 2017/1939, la cui portata sarà pienamente comprensibile all'interprete soltanto dopo l'individuazione (esercizio non sempre facile) dei punti della motivazione che si riferiscono a quella specifica norma e che spesso la completano su alcuni aspetti estremamente significativi, come nell'esempio appena esaminato.

#### 4.3 *Competenze specifiche della Corte di giustizia in materia di ricorsi contro gli atti della Procura europea*

Restano da esaminare le impugnazioni di atti della Procura europea che l'art. 42 del Regolamento EPPO attribuisce alla competenza esclusiva della Corte di giustizia, in applicazione della regola generalissima dell'ordinamento dell'Unione europea enunciata al precitato art. 263 del Trattato. Questi atti si possono suddividere in due categorie: atti relativi al procedimento, della stessa natura di quelli disciplinati al par. 1 dell'art. 42, e atti non procedurali.

##### 4.3.1 Ricorsi contro le decisioni di archiviazione dei procedimenti disciplinate dall'art. 39 del Regolamento EPPO

Quanto ai primi, va rilevato che il par. 3 dell'art. 42 introduce un'espressa deroga alla regola della competenza dei giudici penali degli Stati membri introdotta dal par. 1, per quanto riguarda le impugnazioni delle decisioni di archiviazione di un procedimento disciplinate dall'art. 39 del Regolamento. Tali decisioni saranno soggette al controllo giurisdizionale della sola Corte di giustizia, ma soltanto «nella misura in cui siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione». Questa medesima espressione si ritrova anche al par. 2, lett. a., dell'art. 42 del Regolamento, laddove il legislatore dell'Unione ricorda la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla «validità degli atti procedurali dell'EPPO nella misura in cui tale questione di validità sia sollevata di-

<sup>71</sup> In diritto italiano, ad esempio, il decreto del giudice dell'udienza preliminare che dispone il giudizio, previsto all'art. 429 c.p.p., non è impugnabile, come si può dedurre dalla regola generale enunciata all'art. 568 dello stesso c.p.p. sul "numero chiuso" dei provvedimenti del giudice soggetti ad impugnazione. *A fortiori*, pertanto, non sarà impugnabile la richiesta di rinvio a giudizio, di cui all'art. 417 c.p.p., depositata dal pubblico ministero nella cancelleria del giudice dell'udienza preliminare.

nanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione». Il significato di questa espressione non è di immediata evidenza, mentre è evidente, e anche logico, il parallelismo che il legislatore dell'Unione ha istituito fra la competenza della Corte<sup>72</sup> a conoscere dei ricorsi contro le decisioni di archiviazione di un procedimento e la competenza della Corte<sup>73</sup> a pronunciarsi in via pregiudiziale su eventuali questioni di validità di atti procedurali della Procura europea, sollevate da giudici penali nazionali.

Una prima spiegazione circa la portata dell'espressione «direttamente sulla base del diritto dell'Unione» si trova al punto 88 della motivazione del Regolamento, laddove viene precisato che: «gli organi giurisdizionali nazionali non possono deferire alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali sulla validità degli atti procedurali dell'EPPO per quanto riguarda il diritto processuale nazionale o le disposizioni nazionali di recepimento di direttive, anche se il presente regolamento vi fa riferimento». Dal che si deduce faticosamente *a contrario* che, sia i ricorsi diretti contro le decisioni di archiviazione ex art. 42, par. 3, sia le questioni pregiudiziali di validità ex art. 42, par. 2, lett. a., aventi ad oggetto in generale atti procedurali della Procura europea dovranno essere entrambi fondati su disposizioni *self standing* del Regolamento EPPO, vale a dire norme che non richiedono un'integrazione di regole di diritto processuale nazionale per essere concretamente applicate dal giudice in un dato processo e/o che non rinviano a prescrizioni di direttive dell'Unione «quali attuate dal diritto nazionale» (v. *supra*), ovvero a leggi nazionali di recepimento delle direttive stesse.

Chiarita per quanto possibile la portata dell'espressione «direttamente sulla base del diritto nazionale», si può ora ritornare all'analisi della deroga prevista al par. 3 dell'art. 42 del Regolamento, che attribuisce alla Corte di giustizia, e non ai giudici penali nazionali, la competenza a decidere i ricorsi aventi ad oggetto le decisioni di archiviazione di un procedimento, le quali, a loro volta sono disciplinate dall'art. 39. In base a quali specifiche disposizioni *self standing* o *self executing* del lungo art. 39 del Regolamento, un soggetto interessato, ad esempio la persona offesa dal reato, potrà adire la Corte di giustizia per impugnare una decisione della camera permanente di archiviare un procedimento? Il par. 1 dell'art. 39 prevede che «Se l'esercizio dell'azione penale è divenuto impossibile sulla base del diritto dello Stato membro del procuratore europeo incaricato del caso,

<sup>72</sup> Competenza del Tribunale di primo grado con facoltà di impugnazione della relativa sentenza dinanzi alla Corte di giustizia «per soli motivi di diritto» (art. 256, par. 1, secondo comma, TFUE).

<sup>73</sup> Competenza della sola Corte in prima ed unica istanza (art. 267, primo comma, TFUE).

la camera permanente decide (...) di archiviare il caso nei confronti di una persona per uno dei motivi seguenti (...)». Seguono sette motivi che soli possono legittimare la decisione di archiviazione: morte dell'imputato, infermità mentale, amnistia, immunità, prescrizione, *ne bis in idem*, insufficienza di prove. Il provvidenziale punto 81 della motivazione precisa a questo riguardo che «I motivi di archiviazione di un caso sono stabiliti in modo esaustivo nel presente regolamento». Da questa lettura incrociata dell'art. 39, par. 1, e del punto 81 della motivazione, si può dedurre che la Corte di giustizia è senz'altro competente per decidere un ricorso diretto contro una decisione di archiviazione che per ipotesi fosse fondata su un motivo che non rientra fra i sette «stabiliti in modo esaustivo» dall'art. 39 del Regolamento e questo in quanto la disciplina dei sette motivi di archiviazione prevista al par. 1 dell'art. 39 è da ritenersi in sé completa e prevalente su qualsiasi diversa disposizione di diritto nazionale ex art. 5, par. 3, del Regolamento, precitato. Si pensi ad esempio ad un'archiviazione sulla base di una legge di uno Stato membro che escluda la punibilità per certi reati commessi da determinati soggetti in un certo periodo di tempo, legge sulla non punibilità che non si possa in alcuno modo ricondurre ad un'amnistia ex art. 42, par.1, lett. c., del Regolamento EPPO<sup>74</sup>. Questa interpretazione dell'art. 39 del Regolamento quale norma contenente una disciplina completa ed esaustiva delle decisioni di archiviazione dei procedimenti si basa in primo luogo sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale esercitata dalla Procura europea come risulta in particolare dai punti 66<sup>75</sup> e 81<sup>76</sup> della motivazione. Inoltre, la circostanza che tale disciplina completa ed esaustiva delle decisioni di archiviazione dei procedimenti ad opera delle camere permanenti si trovi in un Regolamento, atto legislativo dell'Unione per definizione direttamente applicabile, rende possibile, sulla base del principio generale sancito all'art. 5.3, della prevalenza del medesimo Regolamento EPPO in ordine alla disciplina delle indagini della Pro-

<sup>74</sup> Si allude, a titolo d'esempio, all'esclusione della punibilità per certi reati tributari disposta dal legislatore italiano in occasione dell'emanazione di leggi di condono fiscale come: *a.* la legge n. 289/2002 sul c.d. "condono tombale", duramente condannato dalla Corte di giustizia nella sua sentenza *Commissione c. Italia* del 17 luglio 2008 in causa n. C-132/06, EU:C:2008:412, e *b.* il d.l. n. 78/2009 sul c.d. "scudo fiscale", volto ad incentivare il rimpatrio in Italia di capitali esportati all'estero.

<sup>75</sup> «Al fine di garantire la certezza del diritto e combattere efficacemente i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, è opportuno che le attività di indagine e relative all'azione penale dell'EPPO siano informate al principio di legalità, per cui l'EPPO applica rigorosamente le norme stabilite nel presente regolamento riguardanti in particolare la competenza e il suo esercizio (...)».

<sup>76</sup> «Tenuto conto del principio di legalità (...) le indagini dell'EPPO dovrebbero di norma comportare l'azione penale dinanzi all'organo giurisdizionale competente. I motivi di archiviazione di un caso sono stabiliti in modo esaustivo nel presente regolamento».



cura europea, la disapplicazione di ogni disposizione di legge nazionale che prevedesse per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione motivi di archiviazione dei procedimenti diversi dai sette tassativamente previsti dall'art. 39 del Regolamento (ad esempio: una causa di non punibilità per le frodi IVA transnazionali superiori ai dieci milioni di euro). Trattandosi in tale ipotesi dell'applicazione diretta della norma di un Regolamento sarebbe infatti del tutto inapplicabile la giurisprudenza della Corte di giustizia, ricordata in precedenza, riguardante l'assenza di effetto diretto in materia penale delle disposizioni, per quanto «precise e incondizionate», contenute in direttive dell'Unione.

D'altra parte, il par. 1 dell'art. 39 inizia come si è visto con l'affermazione che l'esercizio dell'azione penale è diventato impossibile «a norma del diritto nazionale» e si possono facilmente immaginare casi in cui una parte interessata intende contestare, non la circostanza che una decisione di archiviazione è stata adottata sulla base di un ottavo motivo non ricompreso fra i sette tassativamente previsti dall'art. 39, par. 1, ma che uno dei sette motivi espressamente previsti dallo stesso par. 1 è da ritenersi non sussistente «a norma del diritto nazionale». Un facile esempio di questo tipo di controversia è dato da una contestazione sul decorso, o meno, di un termine di prescrizione, istituito che, per quanto riguarda i reati di competenza della Procura europea, è regolato in parte dalle disposizioni assai generali dell'art. 12 della direttiva PIF n. 2017/1371 ed è disciplinato, per il resto, dalla legge nazionale di recepimento del medesimo art. 12, con un ampio margine discrezionale lasciato dalla direttiva al legislatore di ogni Stato membro, con il solo limite di un periodo di «almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso» per le indagini, azione penale, processo e decisione giudiziaria «per i reati (...) punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione». Si può ancora sostenere in questo caso che il motivo di archiviazione di un procedimento penale di cui alla lett. e.<sup>77</sup> dell'art. 39, par. 1, è disciplinato da una norma *self standing* del Regolamento EPPO e può pertanto essere contestato «direttamente sulla base del diritto dell'Unione» e quindi esclusivamente dinanzi alla Corte di giustizia ex art. 42, par. 3, e non dinanzi ad un giudice nazionale? La risposta, anche in questi casi, può essere ancora positiva se si considera l'importanza che presentano tanto la previsione, all'art. 39, dei sette motivi tassativi di archiviazione dei procedimenti, quanto la disciplina, anch'essa *self standing*, della procedura di adozione delle decisioni di archiviazione da parte della camera permanente e delle modalità di esecuzione delle decisioni stesse nelle varie fattispecie previste ai quattro paragrafi dello stes-

<sup>77</sup> «e) scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale».

so art. 39. Va piuttosto rilevato che il riferimento al «diritto dello Stato membro del procuratore europeo incaricato del caso» comporterà come conseguenza che la Corte di giustizia, in caso di ricorso, dovrà valutare la legittimità della decisione di archiviazione della camera permanente, sia sulla base del diritto dell'Unione – costituito non soltanto dal Regolamento EPPO, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali e dai principi generali dell'ordinamento europeo – sia sulla base del diritto nazionale del procuratore delegato che ha condotto l'indagine, cui rinvia il par. 1 dell'art. 39 del Regolamento stesso<sup>78</sup>. Come già rilevato (v. *supra*, par. 3.4) non è la prima volta che il legislatore dell'Unione ha previsto che un'istituzione europea debba applicare anche le norme di diritto di uno Stato membro e che di conseguenza la Corte di giustizia è tenuta a verificare se la decisione impugnata non sia viziata da un'errata applicazione tanto del diritto dell'Unione, quanto di norme legislative nazionali. E si è già in precedenza rilevato come nelle sue prime sentenze aventi ad oggetto impugnative di decisioni della Banca centrale europea in materia di vigilanza bancaria, la Corte di giustizia non sembra avere avuto problemi di principio ad interpretare, oltre al diritto dell'Unione, anche le disposizioni della legge nazionale<sup>79</sup>. Va tuttavia ricordato che, contrariamente all'attività di vigilanza bancaria della BCE, l'attività di indagine della Procura europea è – e resterà a lungo – disciplinata in misura preponderante dal diritto processuale penale degli Stati membri e pertanto il giudizio della Corte sulla legittimità delle decisioni di archiviazione dei procedimenti dovrà utilizzare come parametro non soltanto il lungo art. 39 del Regolamento EPPO, ma anche – e largamente – le norme legislative nazionali disciplinanti in dettaglio i sette motivi di archiviazione dei procedimenti penali, cui il par. 1 dello stesso art. 39 fa espresso riferimento.

#### 4.3.2 Ricorsi contro le decisioni della Procura europea che non costituiscono «atti procedurali»

Il par. 8 dell'art. 42 del Regolamento EPPO chiarisce poi opportunamente, sempre con riferimento ai ricorsi diretti, che la deroga al principio generale dell'ordinamento europeo costituito dalla competenza esclusiva della Corte di giustizia in materia di controllo di legittimità sugli atti delle Istituzioni e organi dell'Unione europea, non si estende alle decisioni della

<sup>78</sup> Concorda con tale conclusione H. HERRNFELD, in *European Public Prosecutor's Office*, cit. *supra*, nota 1, p. 433.

<sup>79</sup> V. DI BUCCI, *Procedural and judicial implications of composite procedures in the Banking Union*, in CH. ZILIOLI – K.-PH. WOJCIK, *Judicial review in the European Banking Union*, Cheltenham, Elgar Edward, 2021, pp. 114-129.

Procura europea che non sono «atti procedurali» ai sensi del par. 1 dello stesso art. 42 e sono pertanto da qualificare come normali «decisioni amministrative», soggette come tali al regime generale delle impugnazioni istituito dall'art. 263 del Trattato. Dopo aver ricordato che tali decisioni della Procura europea devono comunque essere atti «che incidono sui diritti degli interessati», il par. 8 menziona espressamente alcune categorie di decisioni che restano soggette al controllo di legittimità della Corte di giustizia, quali ad esempio le decisioni in materia di trattamento dei dati personali (artt. 47-89 del Regolamento), le decisioni riguardanti il diritto di accesso del pubblico ai documenti della Procura europea diversi dai fascicoli dei procedimenti (art. 109), le decisioni di rimozione dei procuratori europei delegati (art. 17, par. 3).

I paragrafi da 4 a 7 dell'art. 42 si limitano infine a enumerare le competenze conferite alla Corte di giustizia da norme del Trattato diverse dall'art. 263 precitato, che non sono minimamente modificate dall'attribuzione ai giudici nazionali della competenza a decidere sulle impugnazioni degli atti procedurali della Procura europea relativi ai procedimenti penali: controversie in materia di risarcimento dei danni causati dall'EPPO (art. 268 TFUE), clausole compromissorie contenute nei contratti conclusi dall'EPPO (art. 272 TFUE), controversie relative al personale della Procura (art. 270 TFUE), competenze alle quali va aggiunta quella avente ad oggetto la rimozione del procuratore capo europeo o dei procuratori europei (artt. 14 e 16 del Regolamento).

#### *4.4 Competenze della Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato*

Il Regolamento n. 2017/1939 non contiene alcuna deroga all'art. 267 TFUE che disciplina il procedimento di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte dei giudici degli Stati membri. Ne consegue che tutte le disposizioni dell'art. 267 TFUE e tutta la vasta giurisprudenza interpretativa di tale fondamentale articolo del Trattato si applicheranno pienamente, sia ai giudici penali nazionali competenti per la supervisione delle indagini della Procura europea, sia a quelli dinanzi ai quali la Procura medesima eserciterà l'azione penale<sup>80</sup>. Il par. 2 dell'art. 42 del Regolamento costituisce pertanto, da un punto di vista strettamente giuridico, un semplice richiamo alla disposizione di cui al primo comma dell'art. 267 del Tratta-

<sup>80</sup> Questo è il senso della frase introduttiva del par. 2 dell'art. 42 del Regolamento: «Conformemente all'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale (...)».

to, ma in più il legislatore europeo ha colto l'occasione per introdurre in questa norma alcune utili precisazioni sull'oggetto di eventuali rinvii pregiudiziali, i cui destinatari non possono che essere «le giurisdizioni degli Stati membri», uniche abilitate dal medesimo art. 267 a porre questioni interpretative e di validità alla Corte di giustizia. L'obiettivo sottinteso a tale *vademecum* sul ricorso all'art. 267 del Trattato ad uso dei giudici nazionali contenuto al par. 2 dell'art. 42 del Trattato è verosimilmente quello di incoraggiare i giudici penali degli Stati membri ad avvalersi senza esitazione della procedura di rinvio pregiudiziale, in quanto essa rappresenta l'unico rimedio al reale pericolo, sopra ricordato, dello svilupparsi di ventidue giurisprudenze nazionali divergenti, aventi ad oggetto le medesime categorie di atti della Procura europea, *in primis* le misure investigative di cui all'art. 30 del Regolamento, in particolare nel quadro delle indagini transfrontaliere di cui al successivo art. 31. Va inoltre ricordato che in certi casi i giudici penali degli Stati membri hanno, non semplicemente la facoltà, ma un vero e proprio obbligo di deferire questioni pregiudiziali al giudizio della Corte di giustizia: *a.* quando il processo è pendente «davanti ad una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso nazionale di diritto interno», espressione che ricomprende sia le giurisdizioni supreme o di ultima istanza, come una Corte di cassazione, sia le giurisdizioni in unica istanza<sup>81</sup>; *b.* quando in un processo nazionale è sollevata una questione di validità di un atto di un'istituzione o di un organo dell'Unione, secondo il principio enunciato dalla Corte di giustizia nella sua sentenza *Foto-Frost*<sup>82</sup>, alla quale allude peraltro anche il punto 88 della motivazione del Regolamento EPPO<sup>83</sup>.

#### 4.4.1 Le questioni pregiudiziali di validità

Il par. 2, lett. *a.*, dell'art. 42, ricorda che la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla «validità degli atti procedurali dell'EPPO nella misura in cui una tale questione di validità sia sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione». Come spiegato in precedenza

<sup>81</sup> Un caso di giurisdizione italiana di unica istanza è stato sottoposto al giudizio della Corte: si tratta della Corte d'appello (civile) in sede di giudizio di omologazione degli statuti delle società, sentenza 11 dicembre 1997 in causa n. C-55/96, *Job Centre*, EU:C:1997:603. Un altro caso di giurisdizione italiana di unica istanza è quello relativo alla risoluzione dei conflitti di competenza fra giudici penali, disciplinato dall'art. 32 c.p.p., conflitti per i quali è competente la Corte di cassazione.

<sup>82</sup> Sentenza 22 ottobre 1987 in causa n. 314/85, EU:C:1987:452.

<sup>83</sup> «(...) è opportuno che gli organi giurisdizionali nazionali sottopongano sempre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia qualora nutrano dubbi sulla validità di tali atti [gli atti procedurali dell'EPPO] rispetto al diritto dell'Unione».

con riferimento ai ricorsi diretti contro atti procedurali della Procura europea, l'espressione «direttamente sulla base del diritto dell'Unione» mira ad escludere che parametro del giudizio sulla validità di un atto della Procura stessa sia una norma di diritto processuale nazionale, ivi incluse le disposizioni di leggi di recepimento di direttive dell'Unione alle quali il Regolamento fa riferimento<sup>84</sup>. Ne consegue che i dubbi sulla validità di un atto procedurale della Procura europea dovranno esse fondati su norme *self standing*, vale a dire in sé complete e direttamente applicabili senza necessità di integrazioni da parte di norme di diritto nazionale, contenute nel Regolamento EPPO o in altri Regolamenti dell'Unione, nei Trattati FUE e UE e nella Carta dei diritti fondamentali e, forse, in disposizioni «chiare, precise ed incondizionate» di direttive, qualora la norma nazionale di recepimento appaia incompatibile con la corrispondente disposizione della direttiva.

La lett. *b.* dello stesso art. 42, par. 2, ricorda inoltre che oggetto di una questione pregiudiziale di validità possono essere più in generale tutte le «disposizioni di diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento». Il punto 88 della motivazione aggiunge alle disposizioni del Regolamento EPPO anche quelle delle «direttive applicabili», ovvero delle direttive alle quali gli articoli del Regolamento rinviano espressamente, fra le quali, come sopra osservato, un'importanza particolare presentano le cinque direttive dell'Unione in materia di tutela degli imputati e degli indagati espressamente menzionate all'art. 41 del medesimo Regolamento EPPO. Oggetto di questioni pregiudiziali di validità potranno essere inoltre, in considerazione della formulazione molto generale della lett. *b.* dell'art. 42, par. 2, che peraltro, come sopra rilevato, non intende derogare all'art. 267 TFUE, le prescrizioni dei regolamenti che la Procura europea dovrà essa stessa adottare sulla base di specifici conferimenti di autonomo potere normativo contenuti in vari articoli del Regolamento n. 2017/1939. Si allude in primo luogo al Regolamento interno della Procura europea, che il collegio dei procuratori europei ha adottato sulla base dell'art. 21 del Regolamento EPPO, a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti<sup>85</sup>, al quale vanno aggiunti gli altri regolamenti ad oggetto più specifico che lo stesso collegio dei procuratori europei è tenuto ad emanare sulla base dell'art. 114 del Regolamento EPPO, fra i quali un'importanza particolare presenta quello che disciplina «la condizioni di impiego, i criteri di rendimento, l'in-

<sup>84</sup> Punto 88 della motivazione del Regolamento, sopra citato.

<sup>85</sup> Art. 9, par. 1, del Regolamento n. 2017/1939: «Il collegio dell'EPPO è composto dal procuratore capo europeo e da un procuratore europeo per Stato membro», quindi, dato che gli Stati membri partecipanti sono attualmente ventidue, il collegio conterà ventitré membri. Cfr. Decisione del Collegio della Procura europea n. 3/2020 del 12 ottobre 2020, in *Gu-Ue* n. C 22 del 22 gennaio 2021, pp. 3-31.

sufficienza professionale, i diritti e gli obblighi dei procuratori europei delegati, comprese le norme per la prevenzione e la gestione dei conflitti di interesse» (decisione del Collegio n. 1/2020).

Va infine segnalata, sempre in ordine alle questioni di validità, una precisazione contenuta nell'ultima frase del punto 88 della motivazione del Regolamento n. 2017/1939 secondo la quale «il presente regolamento non esclude la possibilità che gli organi giurisdizionali nazionali verifichino la validità degli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, in relazione al principio di proporzionalità sancito dal diritto nazionale». Non è chiaro lo scopo di tale affermazione e se essa si riferisce piuttosto ai ricorsi diretti e ancora meno è chiaro quale disposizione del Regolamento EPPO questa frase intende motivare. Forse l'art. 30, par. 5, prima frase, «(...) qualora non sia disponibile alcuna misura (investigativa) meno intrusiva che consenta di conseguire lo stesso obiettivo»? Ma in forza della seconda frase dello stesso art. 30, par. 5: «Le procedure e le modalità per l'adozione delle misure (investigative) sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile». In ogni caso, visto che gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sono soggetti, sulla base dell'art. 42, par. 1, al controllo degli organi giurisdizionali nazionali «conformemente alle procedure ed ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale», l'affermazione sopra citata risulta superflua e forse giuridicamente inesatta, qualora nel diritto processuale penale di uno Stato membro non esista un principio generale di proporzionalità applicabile agli atti dei pubblici ministeri nazionali<sup>86</sup>, principio che non può essere certamente introdotto nell'ordinamento penale di uno Stato membro soltanto per dare applicazione ad una frase della motivazione di un Regolamento dell'Unione.

#### 4.4.2 Le questioni pregiudiziali di interpretazione

Le lett. *b.* e *c.* dell'art. 42, par. 2, del Regolamento EPPO, ricordano poi che la Corte di giustizia, sempre in applicazione dell'art. 267 TFUE, è competente a pronunciarsi su questioni di interpretazione di qualsiasi disposizione di diritto dell'Unione, qualunque sia l'atto nel quale si trova la disposizione stessa: Trattati, Carta dei diritti fondamentali, regolamenti («compreso il presente regolamento») EPPO e i regolamenti di esecuzione sopra ricordati, adottati dalla Procura europea nell'esercizio del proprio autonomo potere normativo), direttive (le «direttive applicabili» sopra

<sup>86</sup> In diritto italiano si veda: M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3-4/2014, pp. 143-163.

menzionate a proposito della questioni di validità) e decisioni delle Istituzioni europee.

Va piuttosto rilevata, alla lett. c. dell'art. 42, par. 2, una precisazione del tutto insolita nella legislazione dell'Unione, che indica *a priori* l'oggetto di eventuali futuri quesiti interpretativi che saranno rivolti da giudici penali nazionali alla Corte di giustizia: «gli articoli 22 e 25 del presente regolamento relativamente ad eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali competenti». La finalità di questo richiamo alla procedura di rinvio pregiudiziale sembra sia stata quella di raccomandare ai giudici nazionali di deferire alla Corte di giustizia i casi di conflitto di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri, in modo da «scongiurare il rischio (...) di applicazioni giurisprudenziali divergenti da Stato a Stato in funzione della maggiore o minore propensione delle locali autorità giudiziarie a risolvere in favore dell'una o delle altre le controversie su alcune cruciali questioni di riparto di competenza»<sup>87</sup>. Per chiarezza di esposizione, l'analisi degli artt. 22 e 25 del Regolamento EPPO, espressamente richiamati all'art. 42, par. 2, lett. c., e la descrizione delle due procedure di soluzione dei conflitti di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri previste nel Regolamento medesimo, saranno trattate congiuntamente nel capitolo seguente del presente studio.

## **5. Terzo aspetto istituzionale del funzionamento della Procura europea: le procedure di risoluzione dei conflitti di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri**

### *5.1 I reati di competenza della Procura europea e le modalità di esercizio di tale competenza in relazione a quella delle procure degli Stati membri*

Per ricostruire il complesso quadro delle competenze della Procura europea, è necessario procedere ad una lettura congiunta degli artt. 22 e 25 del Regolamento n. 2017/1939 e dei punti della motivazione che si riferiscono a tali due articoli. Nel passaggio dalla proposta della Commissione al testo finale del Regolamento EPPO adottato dal Consiglio dei Ministri, il quadro normativo che disciplina le competenze della Procura europea si è straordinariamente complicato in quanto la Commissione aveva proposto una competenza esclusiva della Procura europea per tutti i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e per i reati ad essi «indissolubilmente collegati»<sup>88</sup>. Il Consiglio dei Ministri, invece, al termine di un serrato nego-

<sup>87</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO!*, cit. *supra*, nota 24, p. 35.

<sup>88</sup> Artt. 12 e 13 della proposta di Regolamento della Commissione.

ziato proprio su questo aspetto cruciale della proposta della Commissione<sup>89</sup>, ha deciso in favore di una competenza concorrente<sup>90</sup> fra Procura europea e procure nazionali, come è esplicitamente affermato al punto 13 della motivazione del testo finale del Regolamento, secondo cui «Il presente regolamento prevede un sistema di competenze concorrenti tra l'EPPO e le autorità nazionali (...) basato sul diritto di avocazione dell'EPPO», e come è precisato ai punti 30 e 58 della medesima motivazione, ove è chiarito che la competenza della Procura europea a perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione «prevale di norma», e pertanto non sempre e sistematicamente, sulle competenze delle procure nazionali.

L'art. 22 del Regolamento n. 2017/1939, avente ad oggetto la «Competenza materiale dell'EPPO», inizia con il par. 1 che, come si è visto, rinvia integralmente alla direttiva n. 2017/1371 relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, «quale attuata dal diritto nazionale» e alle fattispecie di reato in essa definite (le frodi consistenti nell'uso di dichiarazioni e di documenti falsi, comprese le frodi IVA transfrontaliere comportanti un danno superiore ai dieci milioni di euro, il riciclaggio dei proventi delle medesime frodi, la corruzione attiva e passiva di pubblici funzionari e l'appropriazione indebita commessa dagli stessi nonché l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso nella commissione dei suddetti reati). L'analisi dettagliata di questa importante disposizione è già stata effettuata nel precedente capitolo del presente studio riguardante la ricostruzione della legge applicabile da parte della Procura europea, nel caso di norme del Regolamento che, come l'art. 22, par. 1, rinviano a direttive dell'Unione e alle corrispondenti leggi nazionali di recepimento.

I par. 2 e 3 dell'art. 22 ampliano poi le competenze della Procura europea in una duplice direzione. In primo luogo, la Procura europea può perseguire anche i reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale, se l'attività di quest'ultima ha come obiettivo principale la commissione delle frodi e degli altri reati previsti dalla direttiva PIF<sup>91</sup>. I reati consistenti nella partecipazione in varie forme ad un'organizzazione criminale sono quelli definiti nella decisione quadro n. 2008/841/GAI<sup>92</sup> e

<sup>89</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO!*, cit. supra, nota 24, p. 18.

<sup>90</sup> P. CSONKA - A. JUSZCZAK - E. SASON, *The establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucrim* n. 3/2017, pp. 125-135, 128, ove si parla di «*shared competence*». V. MITSILEGAS - F. GIUFFRIDA, in *Raising the bar? Thoughts about the establishment of the EPPO*, cit. supra, nota 64, preferiscono la definizione di «*priority competence*».

<sup>91</sup> A. VENEGONI - M. MINÍ, *I nodi irrisolti della nuova Procura europea*, in *Giurisprudenza penale Web*, n. 2/2017, pp. 1-18. Gli autori rilevano acutamente che «(...) pur essendo il reato associativo, nella generalità dei sistemi, più grave del reato EPPO, la competenza di quest'ultimo prevale e attrae il primo», (p. 9).

<sup>92</sup> Decisione quadro del Consiglio e del Parlamento del 24 ottobre 2008 «relativa alla lotta contro la criminalità organizzata», in *Gu-Ue* n. L 300 dell'11 novembre 2008, p. 42.



possono andare, come riporta utilmente a titolo d'esempio il punto 57 della motivazione del Regolamento EPPO, dalla semplice appartenenza a tale organizzazione, alla direzione della stessa.

### 5.2 I reati «indissolubilmente connessi» ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea

Il par. 3 dell'art. 22, da un lato, estende la competenza della Procura europea ai reati «indissolubilmente connessi» a quelli previsti dalla direttiva precitata n. 2017/1371, che rappresentano la competenza principale dell'EPPO<sup>93</sup>, ma, dall'altro, non contiene alcuna definizione di tale connessione «indissolubile». La chiave d'interpretazione di questo importantissimo elemento della competenza materiale della Procura europea si trova al punto 54 della motivazione del Regolamento, che rinvia esplicitamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al principio del *ne bis in idem*. La motivazione del Regolamento ricorda a questo riguardo che le sentenze della Corte hanno costantemente adottato come criterio di connessione fra due reati, «l'identità dei fatti materiali (...) intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio»<sup>94</sup>. Ne consegue che, se una stessa condotta costituisce allo stesso tempo una violazione di una norma della legge nazionale di recepimento della direttiva PIF e una violazione di un'altra norma penale nazionale non armonizzata (ad esempio: un utilizzo di fatture e documenti falsi al fine di evadere l'IVA dovuta su un vasto insieme di operazioni imponibili e la falsificazione di un bilancio di società di capitali), la Procura europea disporrà della competenza a perseguire il primo reato, a titolo principale ed il secondo, in quanto reato «indissolubilmente connesso» al primo.

La seconda frase del medesimo par. 3 specifica tuttavia che la Procura europea potrà esercitare la propria competenza con riguardo ai reati indissolubilmente connessi ai reati previsti dalla direttiva PIF, soltanto «in conformità dell'articolo 25, paragrafo 3» del Regolamento. Questa disposizione del Regolamento è stata integralmente aggiunta dal Consiglio all'originaria proposta della Commissione e rappresenta la più evidente espressione dell'orientamento preso dai Ministri della giustizia dell'Unione europea a favore di una competenza concorrente della Procura europea

<sup>93</sup> Opportunamente l'art. 13 della proposta della Commissione, che disciplinava i reati «indissolubilmente collegati» ai reati PIF, recava come titolo «Competenza accessoria».

<sup>94</sup> Fra le ultime pronunce della Corte di giustizia aventi ad oggetto il principio del *ne bis in idem*, segnaliamo due recenti sentenze del 20 marzo 2018 su rinvio di giudici italiani: *Garlsson*, causa n. C-537/16, EU:C:2018:193, punto 37 e *Menci*, causa n. C-524/15, EU:C:2018:197, punto 35.

e delle procure nazionali, opzione che si è tradotta nell'adozione di criteri fortemente restrittivi per l'esercizio dell'azione penale da parte della Procura stessa. L'art. 25, par. 3, prevede infatti due ipotesi in cui la Procura europea è obbligata ad «astenersi» dall'esercitare l'azione penale, ovvero in cui le è precluso l'esercizio della propria competenza rispetto ai reati indissolubilmente connessi ai reati "tipici" di cui alla direttiva PIF.

Il primo caso (lett. *a.*) è quello in cui la sanzione massima prevista in diritto nazionale per un reato "tipico" che lede direttamente gli interessi finanziari dell'Unione, è equivalente o inferiore rispetto alla sanzione massima prevista per il reato indissolubilmente connesso al primo. In altri termini, in caso di concorso di reati, la Procura europea potrà esercitare la propria competenza soltanto qualora la gravità del reato direttamente lesivo degli interessi finanziari dell'Unione – gravità riflessa nella sanzione massima che può essere irrogata – sia prevalente rispetto alla gravità del reato connesso<sup>95</sup>. Nel caso inverso (sanzione massima prevista per il reato connesso più severa di quella massima stabilita per il reato di cui alla direttiva PIF), l'azione penale potrà essere esercitata soltanto dal pubblico ministero dello Stato membro competente per territorio.

A complicare ancora di più la ricostruzione del quadro complessivo delle competenze dell'EPPO, contribuisce poi una "contro-eccezione" a tale deroga alla regola generale stabilita all'art. 22, par. 1, della competenza della Procura europea per i reati PIF. Infatti, secondo quanto previsto alla fine della lett. *a.* dell'art. 25, par. 3, in esame, la Procura europea potrà esercitare l'azione penale anche nei casi in cui, da un lato, il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione non sia prevalente in termini di livello delle sanzioni, ma, dall'altro, il reato indissolubilmente connesso risulti «strumentale» rispetto alla commissione del reato PIF "tipico". Il punto 56 della motivazione del Regolamento precisa, a questo riguardo, che rientrano in questa "contro-eccezione" a favore della competenza della Procura europea, i reati «strettamente finalizzati a procurarsi i mezzi materiali o giuridici per commettere il reato che lede gli interessi dell'Unione o per assicurarsi il relativo profitto o prodotto». Si pensi, ad esempio, ad un furto aggravato di mezzi di trasporto al fine di introdurre merci di contrabbando nel territorio doganale dell'Unione, in evasione di dazi doganali e di IVA all'importazione, entrambe risorse proprie del bilancio dell'Unione.

<sup>95</sup> Spiegazione dedotta dal punto 55 della motivazione del Regolamento EPPO, che risulta molto più comprensibile dell'art. 25, par. 3, lett. *a.*, del Regolamento stesso.

### 5.3 Il criterio del «maggior danno» per gli interessi finanziari dell'Unione europea

La seconda ipotesi, prevista all'art. 25, par. 3, lett. *b.*, in cui la Procura europea sarà tenuta ad «astenersi» dall'esercitare l'azione penale è quella in cui «vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale causato da un reato di cui all'art. 22, non sia superiore al danno reale o potenziale causato ad un'altra vittima». Questa disposizione va posta in relazione con quelle di cui all'art. 24, par. 3 e 4, del Regolamento, in forza delle quali, se un pubblico ministero di uno Stato membro avvia una indagine e sulla base di un primo esame dei fatti ritiene che il reato su cui sta indagando rientri nell'ipotesi di astensione obbligatoria prevista all'art. 25, par. 3, questo stesso pubblico ministero nazionale deve immediatamente informare la Procura europea della condotta criminosa oggetto dell'indagine, fornendo in particolare «una valutazione del danno reale o potenziale, la possibile qualificazione giuridica (dei fatti) e qualsiasi informazione disponibile riguardo alle potenziali vittime, agli indagati e a qualsiasi altra persona coinvolta». Questo obbligo specifico di segnalazione imposto all'autorità giudiziaria inquirente di ogni Stato membro partecipante ha lo scopo evidente di consentire alla Procura europea, in primo luogo, di effettuare a sua volta una propria valutazione del «danno reale o potenziale» causato dall'ipotesi di reato oggetto delle indagini e successivamente, nel caso di diversa e maggiore valutazione del danno per gli interessi finanziari dell'Unione, esercitare il proprio diritto di avocazione del procedimento sulla base dell'art. 27 del Regolamento.

Quanto all'identificazione della possibile «altra vittima» del danno arrecato dai presunti autori del reato oggetto dell'indagine, è stato opportunamente notato che in molti casi, e precisamente quelli di co-finanziamento di progetti da parte della Commissione e di un'autorità nazionale, tale altro soggetto sarà rappresentato da uno Stato membro<sup>96</sup>. Pertanto, in tutte le ipotesi di cui all'art. 25, par. 3, lett. *b.*, la Procura europea dovrà effettuare un rapido<sup>97</sup> raffronto del danno rispettivamente arrecato agli interessi finanziari dell'Unione e a quelli delle altre vittime della condotta criminosa oggetto delle indagini, *in primis* gli Stati membri, al fine di decidere se esercitare o meno la propria competenza, o avviando una indagine, se questa non è stata ancora iniziata da un pubblico ministero nazionale, o

<sup>96</sup> P. CSONKA - A. JUSZCZK - E. SASON, *The establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit. *supra*, nota 90, p. 128.

<sup>97</sup> Rapido, in quanto il diritto di avocazione deve essere esercitato dalla Procura europea entro cinque giorni dal ricevimento delle informazioni da parte dell'autorità giudiziaria o di polizia nazionali (art. 27, par. 1, del Regolamento EPPO).

avvalendosi del diritto di avocazione ad essa conferito dall'importante art. 27 del Regolamento. Si può già rilevare che la valutazione del danno che dovrà effettuare in questi casi la Procura europea non si prospetta affatto agevole, non soltanto a causa della sopra ricordata dipendenza dell'EPPO, almeno nella prima fase delle indagini, dalle informazioni trasmesse dalle polizie giudiziarie e/o dai pubblici ministeri degli Stati membri, ma anche per l'indeterminatezza dei concetti utilizzati dal legislatore, di danno «potenziale» che «vi è motivo di presumere», i quali rendono tale medesima valutazione alquanto aleatoria e quindi soggetta a contestazioni.

Un ulteriore fattore di complicazione della faticosa opera di ricostruzione dei poteri d'azione dell'EPPO è costituito poi dalla circostanza che la deroga alla competenza della Procura europea prevista all'art. 25, par. 3, lett. *b.*, presenta due "contro-eccezioni", vale a dire due ipotesi nelle quali, nonostante il maggior danno arrecato dagli autori del reato agli interessi finanziari di un'altra vittima del reato stesso, la Procura europea conserva comunque la propria competenza ad agire. La prima ipotesi riguarda tre delle quattro fattispecie di reato previste dall'art. 3, par. 2, della direttiva n. 2017/1371, ovvero: l'uso di dichiarazioni o documenti falsi in materia di sovvenzioni dell'Unione (lett. *a.*), in materia di appalti (lett. *b.*) e, fortunatamente, in materia di risorse proprie del bilancio dell'Unione derivanti dall'IVA (lett. *d.*), disposizione riguardante, come si è visto, le frodi IVA transfrontaliere di valore superiore ai dieci milioni di euro). Il criterio del maggior danno resta pertanto applicabile al reato di cui alla lett. *c.* dell'art. 3, par. 2, della direttiva PIF, che consiste nell'uso di dichiarazioni o documenti falsi per evadere risorse proprie del bilancio dell'Unione diverse dall'IVA, vale a dire essenzialmente i diritti doganali che costituiscono, a differenza dell'IVA, interamente risorse proprie del bilancio dell'Unione. Vi è da rilevare tuttavia che per la quasi totalità dei prodotti, a cominciare da quelli soggetti ad accise armonizzate come gli alcool e i prodotti petroliferi, l'aliquota dei dazi doganali è sempre molto inferiore (4-10%) alle aliquote dell'IVA all'importazione (20-25%) e delle eventuali accise (30-40%)<sup>98</sup>. Ne consegue che nella grande maggioranza dei casi di frodi doganali, un'amministrazione o una procura nazionali potranno facilmente invocare il criterio del «maggior danno» di cui all'art. 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento per rifiutarsi di trasferire l'indagine penale alla Procura europea. Il rimedio a questo effetto perverso di tale disposizione potrebbe consistere in una dichiarazione di invalidità della Corte di giustizia, su

<sup>98</sup> Uno dei rarissimi casi in cui verosimilmente il danno derivante da una frode doganale sarebbe maggiore per l'Unione europea è quello del contrabbando di sigarette, dato che tale prodotto è soggetto a dazi doganali UE all'importazione di ben il 57,6% del valore del prodotto stesso.

rinvio pregiudiziale di validità di un giudice nazionale, per violazione dell'art. 86, par. 2, del Trattato. L'attribuzione all'EPPO della competenza in materia di reati doganali risulta infatti completamente paralizzata dal criterio del «maggior danno» introdotto dall'art. 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento. La Procura europea potrebbe a tal fine chiedere alla Corte di giustizia di fare un'applicazione *a fortiori*, più ancora che per analogia, della propria costante giurisprudenza relativa alla salvaguardia dell'«effetto utile» delle disposizioni di diritto dell'Unione (v. *infra*). Tale giurisprudenza è stata concepita ed applicata fino ad oggi come criterio di interpretazione delle norme contenute in atti legislativi europei, ma essa ben potrebbe essere trasposta all'ipotesi aberrante in cui è lo stesso legislatore dell'Unione che mediante l'introduzione di una norma di deroga quale l'art. 25, par. 3, lett. *b.*, ha svuotato di qualsiasi contenuto "operativo" l'attribuzione alla Procura europea delle competenze investigative in materia di reati doganali prevista dall'art. 22 del Regolamento EPPO al fine di dare attuazione ad una norma di rango superiore quale per l'appunto l'art. 86 del Trattato, che pertanto costituisce il parametro di validità – o di invalidità – della disposizione di deroga di cui al suddetto art. 25, par. 3, lett. *b.*

La seconda "contro-eccezione" rispetto alla deroga alla competenza della Procura europea introdotta dall'art. 25, par. 3, lett. *b.*, del Regolamento, si trova al par. 4 dello stesso art. 25. In base a tale norma, la Procura europea può recuperare la propria competenza ad agire quando ricorrono due presupposti: *a.* «qualora appaia che l'EPPO sia in una posizione migliore per svolgere indagini o esercitare l'azione penale»; e *b.* se le «autorità nazionali competenti», ovvero la procura dello Stato membro, nel quale si trova l'altra vittima del reato che ha subito un danno più grave rispetto a quello subito dal bilancio dell'Unione (e che sarà spesso, come sopra rilevato, il bilancio del medesimo Stato membro), hanno dato il proprio consenso all'effettuazione delle indagini e all'esercizio dell'azione penale da parte della Procura europea. Se quest'ultima condizione è facile da verificare (il consenso della procura nazionale, altrimenti competente, c'è o non c'è), stabilire se la Procura europea si trova in una "posizione migliore" per perseguire un reato, ad esempio, di frode doganale (art. 3, par. 2, lett. *c.*, della direttiva PIF) o di corruzione di pubblico funzionario (art. 4 della stessa direttiva) presenta ben altre difficoltà. Fortunatamente soccorre l'interprete in questo difficile compito il punto 60 della motivazione, laddove lo stesso legislatore dell'Unione chiarisce che l'EPPO appare in una "posizione migliore" qualora la sua azione risulti più efficace rispetto a quella di una procura nazionale, in quanto – segue una serie di utili esempi – i reati da perseguire hanno «una natura e una portata transnazionali», oppure questi stessi reati «vedono coinvolte organizzazio-

ni criminali», o quando un certo reato può costituire «una grave minaccia per gli interessi finanziari dell'Unione o per la reputazione delle istituzioni dell'Unione o per la fiducia dei cittadini dell'Unione».

#### *5.4 Esclusione dei reati comportanti un danno inferiore ai diecimila euro e dei reati in materia di imposte dirette nazionali*

L'analisi degli importanti artt. 22 e 25 del Regolamento n. 2017/1939 aventi ad oggetto la definizione dell'area dei poteri d'azione della Procura europea, va infine completata con altre due ipotesi di riserva di competenza a favore delle procure degli Stati membri. La prima, disciplinata dall'art. 25, par. 2, riguarda i casi in cui i reati per i quali viene avviata l'indagine penale comportano, per gli interessi finanziari dell'Unione, un danno inferiore a diecimila euro. La conduzione delle indagini e l'esercizio dell'azione penale rispetto a questi reati di minore gravità rientrerà di regola fra le competenze delle procure degli Stati membri. La Procura europea potrà esercitare la propria competenza a titolo eccezionale e unicamente in due ipotesi: *a.* «il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione» per le ragioni esposte al punto 59 della motivazione del Regolamento, che riproducono testualmente i tre esempi riportati al punto 60, sopra menzionati, della motivazione medesima; oppure *b.* qualora sospettati di aver commesso il reato siano funzionari, altri agenti o addirittura membri (commissari, deputati, giudici ed altri) delle Istituzioni dell'Unione.

Un altro ed ultimo caso di espressa esclusione della competenza della Procura europea si trova invece all'art. 22, par. 4, che riserva alle procure degli Stati membri «i reati in materia di imposte dirette nazionali, ivi inclusi i reati ad essi indissolubilmente legati». Questo par. 4 dell'art. 22 è stato, per così dire, il prezzo da pagare, in termini di scelte legislative, per l'inclusione estremamente significativa (e oggetto, come sopra ricordato, di un acceso dibattito in seno al Consiglio dei Ministri dell'Unione) delle frodi IVA transfrontaliere di valore superiore ai dieci milioni di euro fra le competenze primarie della Procura europea di cui al par. 1 dello stesso art. 22. La circostanza che tale esclusione sia prevista dall'art. 22 del Regolamento esclude in radice che la Procura europea possa recuperare la propria competenza ad agire sulla base dell'art. 25, ed in particolare del suo par. 3, lett. *b.* (criterio del maggior danno), che disciplina unicamente l'esercizio della competenza dell'EPPO e che quindi presuppone che un dato reato rientri nel campo di applicazione materiale dell'art. 22. Partendo dalla constatazione che spesso un'ipotesi di reato di evasione dell'IVA, ad esempio mediante l'uso di fatture per prestazioni inesistenti al fine di aumentare l'importo dell'IVA detraibile a monte, comporta anche una parallela evasione dell'imposta sul reddito dell'impresa in questione; partico-

larmente insidiosa si presenta, per la competenza della Procura europea a perseguire le frodi IVA, l'aggiunta, accanto alla menzione dei reati in materia di imposte dirette, dei «reati ad essi indissolubilmente legati». Questo potrebbe comportare che, qualora un'amministrazione finanziaria, nel corso dei propri accertamenti, scoprisse un disegno criminoso che avesse causato una perdita di gettito di IVA superiore ai dieci milioni di euro, sarà sufficiente che nel corso della stessa ispezione venga accertata una possibile evasione dell'imposta sul reddito delle società di un importo anche largamente inferiore alla soglia dei dieci milioni di euro, perché quella stessa amministrazione finanziaria sia tenuta a trasmettere tutto il fascicolo relativo a tale doppia ipotesi di reato, non alla Procura europea, in applicazione della regola generale di cui al par. 1 dell'art. 22, bensì alla procura nazionale, in forza dell'eccezione di cui al par. 4. È auspicabile che la Corte di giustizia intervenga rapidamente per impedire questa possibile interpretazione aberrante dell'estensione ai «reati ad essi indissolubilmente legati» dell'esclusione dalla competenza dell'EPPO dei «reati in materia di imposte dirette nazionali» e questo, in quanto un'interpretazione letterale e/o estensiva del par. 4 dell'art. 22 rischierebbe di svuotare di buona parte del loro contenuto le competenze conferite alla Procura europea dal par. 1 dello stesso art. 22. Basterebbe alla Corte fare nuovamente applicazione del noto principio dell'«effetto utile» delle norme di diritto dell'Unione in un caso come quello in esame, in cui un'interpretazione letterale e/o estensiva di una disposizione di deroga specifica quale l'art. 22, par. 4 del Regolamento EPPO, rischierebbe di ridurre in misura esorbitante l'ampia attribuzione di competenze disposta a favore della Procura europea dalla norma generale di cui all'art. 22, par. 1<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Fra le tante sentenze aventi ad oggetto il principio dell'«effetto utile» delle norme contenute in atti legislativi dell'Unione, si veda la nota sentenza in causa n. C-341/05, *Laval*, EU:C:2007:809, punto 80, confermata dalla sentenza in causa n. C-346/06, *Rüffert*, EU:C:2008:189, punto 33, nella quale la Corte di giustizia ha respinto il tentativo di due Stati membri di interpretare ed applicare una disposizione eccezionale di deroga di una direttiva – la direttiva n. 96/71/Ce avente ad oggetto il distacco di lavoratori da uno Stato membro ad un altro – in una misura così estesa da frustrare l'obiettivo della norma generale della direttiva stessa, che era quello di facilitare tali distacchi. Si vedano anche le sentenze riguardanti l'interpretazione delle norme della direttiva IVA n. 2006/112/Ce in materia di esenzioni e l'esigenza di non privare tali norme del loro effetto, fra le più recenti la sentenza 4 maggio 2017 in causa n. C-699/15, *Brockenhurst College*, EU:C:2017:344, punto 23. Merita infine di essere segnalata anche la recente sentenza in causa n. C-414/18, *Iccrea*, EU:C:2019:1036, punto 60, laddove la Corte di giustizia ha affermato che né un'amministrazione nazionale, né un giudice nazionale possono validamente adottare proprie decisioni che privano in pratica dei loro effetti le decisioni di un'istituzione dell'Unione (nella fattispecie: il Single Resolution Board – SRB).

### 5.5 Considerazioni critiche sui criteri di definizione delle competenze della Procura europea

Al termine di questa non facile analisi degli importanti artt. 22 e 25 del Regolamento n. 2017/1939 è possibile formulare alcune considerazioni critiche sul complesso delle norme che regolano le competenze rispettive della Procura europea e delle procure degli Stati membri partecipanti<sup>100</sup>. In primo luogo, risulta evidente, come più volte sopra rilevato, che nel passaggio dalla proposta della Commissione al testo finale del Regolamento EPPO, adottato dal Consiglio dei Ministri necessariamente all'unanimità ex art. 86, par. 1, del Trattato, si è verificata una consistente erosione della competenza della Procura europea. Il complesso di norme sopra esaminate, limitative dei poteri di azione della Procura europea, come acutamente osservato<sup>101</sup>, non è che un effetto della diffidenza dei Ministri della giustizia degli Stati membri nei confronti dell'intervento di un organo dell'Unione in procedimenti penali che si svolgono sul loro territorio e questo, nonostante il "valore aggiunto" in termini di efficienza amministrativa di cui hanno dato prova le Istituzioni dell'Unione nel governo di eventi che superano, e di gran lunga, la piccola dimensione di un singolo Stato. Si pensi, a titolo di esempio, all'attività di controllo sull'applicazione delle regole di concorrenza esercitata fin dalla creazione della prima Comunità europea nel 1958, dalla Direzione generale della Concorrenza della Commissione e ai poteri di vigilanza bancaria, sopra ricordati, conferiti alla Banca centrale europea nel 2013.

In secondo luogo, il rifiuto del Consiglio dei Ministri di conferire alla Procura europea una competenza esclusiva per perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, così come proposto dalla Commissione, e l'opzione del Consiglio stesso per una competenza concorrente fra Procura europea e procure nazionali ha fatto sì che gli articoli del Regolamento aventi a specifico oggetto la ripartizione di attribuzioni fra questi due livelli di autorità inquirenti siano diventati di un'estrema complessità. Tale complessità deriva non soltanto dall'interazione continua, sopra descritta, fra regole generali, eccezioni e contro-eccezioni rispetto alla competenza della Procura europea, ma anche dall'uso, da parte del legislatore dell'Unione, di concetti giuridici vaghi, suscettibili delle più varie inter-

<sup>100</sup> Norme sulla competenza della Procura europea e sul suo esercizio sono contenute anche negli artt. 23 («Competenza territoriale e personale dell'EPPO») e 27 («Diritto di avocazione»), i quali tuttavia incidono in minor misura degli artt. 22 e 25 sul concreto esercizio dei poteri di azione della Procura stessa ed inoltre presentano meno problemi di interpretazione e di applicazione.

<sup>101</sup> L. SALAZAR, *Habemus EPPO!*, cit. *supra*, nota 24, p. 26.



pretazioni e valutazioni e per questo, e purtroppo, sicura fonte di conflitti fra autorità inquirenti europee e autorità nazionali. Si pensi, a titolo di esempio, ad espressioni come «reato indissolubilmente connesso» (art. 22, par. 3), attività di un'organizzazione criminale «incentrata sulla commissione di uno dei reati [principali] di cui al paragrafo 1» (art. 22, par. 2), procedimento con «ripercussioni a livello dell'Unione» (art. 25, par. 2), «reato strumentale» alla commissione di un reato PIF (art. 25, par. 3, lett. a.), «danno reale o potenziale», che per di più si può anche «presumere» (art. 25, par. 3, lett. b.), la «posizione migliore» dell'EPPO per svolgere indagini o esercitare l'azione penale (art. 25, par. 4). In queste condizioni, è facile prevedere che l'applicazione concreta di molti criteri di attribuzione di poteri di azione alla Procura europea o alle procure nazionali si rivelerà alquanto difficile e di conseguenza l'assegnazione di un caso all'una (europea) o all'altra (nazionale) procura sarà spesso incerta e quindi difficilmente prevedibile *a priori* e, quel che è più grave, soggetta a contestazioni da parte dell'una o dell'altra procura.

A questo riguardo, è d'altra parte giusto rilevare che, come strumento preventivo mirante proprio a prevenire i probabili conflitti di competenza fra i due livelli di autorità inquirenti, Il legislatore dell'Unione ha predisposto numerose norme del Regolamento che fanno obbligo alla Procura europea e alle procure nazionali di comunicarsi a vicenda informazioni sui procedimenti da avviare o già avviati, di procedere a reciproche consultazioni e più in generale di collaborare strettamente al fine di scoprire, perseguire e rinviare a giudizio in maniera più efficace gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Merita di essere rilevato che lo stesso art. 5 del Regolamento n. 2017/1939, che enuncia i «Principi fondamentali delle attività» della Procura europea, stabilisce al par. 6 che: «Le autorità nazionali competenti assistono attivamente e prestano sostegno alle indagini e alle azioni penali dell'EPPO». Il principio generale di «leale collaborazione» di cui all'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea è inoltre espressamente richiamato nel Regolamento, sia al punto 14 della motivazione<sup>102</sup>, che allo stesso art. 5, par. 6<sup>103</sup>. Una concreta e positiva applicazione di tale principio si trova poi all'art. 24 del Regolamento EPPO («Comunicazione, registrazione e verifica delle informazioni»), che consta di ben dieci paragrafi aventi tutti ad oggetto obblighi di scambio di informazioni su notizie di reati di potenziale competenza della Procura europea. Il successivo art. 25, sopra esaminato, riguardante specificamente

<sup>102</sup> «Alla luce del principio di leale collaborazione, sia l'EPPO che le autorità nazionali competenti dovrebbero sostenersi e informarsi reciprocamente al fine di combattere efficacemente i reati di competenza dell'EPPO».

<sup>103</sup> «Qualsiasi azione, politica o procedura prevista dal presente regolamento è informata al principio di sincera cooperazione».

l'«Esercizio della competenza dell'EPPO», prevede poi in ben quattro dei suoi sei paragrafi, obblighi di reciproca consultazione fra Procura europea e procure degli Stati membri finalizzati a stabilire di comune accordo precisamente quale fra le due autorità inquirenti è competente per avviare le indagini su una specifica ipotesi di reato, in particolare nel caso di connessione fra reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e altri reati. L'esperienza insegna tuttavia che, nonostante le buone intenzioni del legislatore e i cordiali rapporti personali che sicuramente intercorreranno fra il Procuratore capo europeo e i capi delle procure degli Stati membri partecipanti, vi saranno certamente casi in cui, a causa di un'obiettiva incertezza sul senso da attribuire all'uno o all'altro dei concetti molto generali, sopra menzionati, utilizzati dal legislatore europeo agli artt. 22 e 25 del Regolamento EPPO ed in presenza quindi di due interpretazioni opposte ma altrettanto plausibili dell'una o dell'altra disposizione dei due medesimi articoli, sarà necessario deferire il conflitto di competenza fra la Procura europea e una procura nazionale ad un'autorità dotata di un proprio potere di decisione vincolante in ordine all'assegnazione del procedimento oggetto del disaccordo.

### *5.6 La procedura di risoluzione dei conflitti di competenza dinanzi all'«autorità nazionale competente» per i conflitti fra procure dello stesso Stato membro*

#### **5.6.1 La proposta della Commissione**

La proposta della Commissione conteneva già una procedura di risoluzione dei conflitti di competenza, regolata dall'art. 13 («Competenza accessoria» dell'EPPO per i reati «indissolubilmente collegati» ai reati PIF), par. 4: «In caso di disaccordo tra Procura europea e procure nazionali quanto alla competenza di cui al paragrafo 1, l'autorità giudiziaria nazionale competente a decidere sull'attribuzione della competenza per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale, decide la competenza accessoria». Questa disposizione andava in primo luogo situata nel suo contesto, vale a dire quello di una proposta di atto legislativo che conferiva alla Procura europea una competenza esclusiva per perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione ed una «competenza accessoria» per i reati connessi ai primi, a condizione che i reati PIF fossero «prevalenti» dal punto di vista dell'incidenza finanziaria, del numero delle vittime, delle sanzioni applicabili e, più in generale, della gravità dei comportamenti criminosi<sup>104</sup>. In secondo luogo, tale procedura di risoluzione dei conflitti di

<sup>104</sup> Art. 13, par. 1 della proposta della Commissione e punto 22 della motivazione della proposta stessa.

competenza era fondata su una duplice esigenza di «economia di procedure»: da un lato, quella di non sovraccaricare la Corte di giustizia, ivi incluso il Tribunale di primo grado<sup>105</sup>, di nuovi processi proprio all'indomani dello storico trasferimento delle funzioni amministrative di vigilanza bancaria dalle banche centrali degli Stati membri alla Banca centrale europea, con la conseguente attribuzione alla Corte di giustizia di tutto il relativo contenzioso amministrativo. Dall'altro, vi era l'esigenza di una procedura di risoluzione dei conflitti il più rapida possibile, dato che si trattava di designare il pubblico ministero competente per iniziare una indagine che a sua volta poteva richiedere mesi o anni. E per essere rapida, tale procedura doveva necessariamente essere affidata ad un'autorità che avesse già una lunga esperienza in materia di conflitti fra pubblici ministeri, aventi ad oggetto dei procedimenti penali.

Queste sono le motivazioni che avevano indotto la Commissione a proporre che a risolvere i conflitti di competenza fosse «l'autorità giudiziaria nazionale competente a decidere sull'attribuzione della competenza per l'azione penale a livello nazionale». Certo, questa opzione si esponeva alla facile critica che tale autorità giudiziaria nazionale sarebbe stata istintivamente portata a decidere a sfavore dell'intervento di una Procura sovranazionale e a mantenere i procedimenti penali di incerta attribuzione nella sfera d'azione dei pubblici ministeri dello stesso Stato membro. Ed inoltre vi poteva essere il pericolo che si instaurassero prassi decisionali divergenti, da Stato membro a Stato membro, con una conseguente disparità di trattamento della Procura europea in funzione della maggiore o minore "apertura" dell'autorità nazionale incaricata della risoluzione dei conflitti, nei confronti della nuova magistratura inquirente dell'Unione. Tuttavia, in considerazione dei gravi inconvenienti, sopra menzionati, che avrebbe causato una centralizzazione in capo alla Corte di giustizia di tutto il contenzioso avente ad oggetto i conflitti di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri, la scelta in favore dell'autorità giudiziaria nazionale competente per gli analoghi conflitti all'interno di uno stesso Stato membro, appariva di gran lunga preferibile.

<sup>105</sup> Qualora la Procura europea fosse stata abilitata ad adottare una decisione che avesse dichiarato la propria competenza anche per i reati connessi ai reati PIF, questa decisione avrebbe costituito un atto impugnabile da parte della procura nazionale interessata, in base all'art. 263 TFUE. Non si sarebbe trattato infatti di un «atto procedurale», ai sensi dell'art. 36 della proposta della Commissione, il cui controllo di legittimità era stato attribuito alle giurisdizioni degli Stati membri.

### 5.6.2 Disciplina di tale procedura nel testo finale del Regolamento EPPO

Il Consiglio dei Ministri ha fatto propria l'opzione contenuta nella proposta della Commissione ed ha inserito alla fine dell'art. 25 del testo finale del Regolamento un par. 6 che, ai fini della presente analisi, vale la pena riportare *in extenso*: «In caso di disaccordo tra EPPO e procure nazionali sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell'articolo 22, paragrafi 2 o 3, o dell'articolo 25, paragrafi 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri specificano l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza». Rispetto al testo proposto dalla Commissione, la norma approvata dal Consiglio presenta due principali modifiche. In primo luogo, va rilevato che nel testo finale dell'art. 25, par. 6, precitato è stata soppressa la qualifica «giudiziaria» dalla designazione dell'autorità nazionale alla quale il Regolamento ha conferito il potere di decidere i conflitti di competenza fra la Procura europea e la procura di uno Stato membro. È quindi con una certa sorpresa che al corrispondente punto 62 della motivazione si legge che: «La nozione di autorità nazionali competenti dovrebbe essere intesa come riferimento a qualsiasi autorità giudiziaria competente a decidere sull'attribuzione della competenza conformemente al diritto nazionale». Vi è un'evidente incoerenza fra i due testi circa la natura giudiziaria o meno dell'autorità nazionale preposta alla risoluzione dei conflitti fra i due livelli di organi inquirenti. Un problema potrebbe porsi se uno Stato membro procedesse alla designazione del proprio ministro della giustizia come «autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza», scelta che potrebbe essere motivata con il potere di supervisione sull'attività dei pubblici ministeri di cui dispongono i Ministri della giustizia in alcuni Stati membri. In questo caso, la formulazione della disposizione del Regolamento prevarrebbe su quella della motivazione e una tale designazione difficilmente potrebbe essere contestata dinanzi alla Corte di giustizia.

L'altra significativa differenza fra l'art. 13, par. 4, della proposta della Commissione e l'art. 25, par. 6, del Regolamento del Consiglio riguarda l'indicazione delle quattro disposizioni sulla base delle quali l'autorità nazionale competente dovrà decidere l'attribuzione della competenza a perseguire un determinato reato o complesso di reati, indicazione molto probabilmente motivata dal passaggio, sopra descritto, dalla competenza esclusiva della Procura europea prevista nella proposta della Commissione alla competenza concorrente delle due procure, europea e nazionale. Delle quattro norme del Regolamento che sole serviranno da parametro per l'attribuzione di un procedimento in caso di disaccordo fra i due livelli di au-

torità inquirenti, due riguardano, come spiegato in precedenza, l'estensione della competenza della Procura europea ai reati «indissolubilmente connessi» a quelli direttamente lesivi degli interessi finanziari dell'Unione disciplinati dalla precitata direttiva PIF n. 2017/1371. Queste due disposizioni sono precisamente: l'art. 22, par. 2, avente ad oggetto la partecipazione ad un'organizzazione criminale, l'art. 22, par. 3, in relazione all'art. 25, par. 3, lett. *a.*, riguardante i reati connessi puniti con una sanzione più o meno severa di quella prevista per i reati PIF "tipici". La terza norma del Regolamento sulla base della quale l'autorità nazionale competente dovrà risolvere il conflitto di competenza è l'art. 22 in relazione all'art. 25, par. 3, lett. *b.*, relativo a reati che hanno causato un danno, sia al bilancio dell'Unione, sia ad altre vittime. Ed infine la quarta norma alla quale si riferisce l'art. 25, par. 6, è l'art. 25, par. 2, avente ad oggetto i reati PIF di valore inferiore ai diecimila euro. L'importante art. 22, par. 1, non figura invece fra le norme del Regolamento richiamate all'art. 25, par. 6, che l'autorità nazionale competente potrà interpretare ed applicare per risolvere un conflitto di attribuzione di procedimenti fra Procura europea e procura di uno Stato membro. È tuttavia evidente che non avrebbe senso un disaccordo sulla competenza a perseguire dei reati connessi se a monte non fosse stabilito che il reato principale rientra nel capo di applicazione della direttiva PIF n. 2017/1371 «quale attuata da diritto nazionale», dato che tutte le quattro disposizioni menzionate all'art. 25, par. 6, contengono come si è visto deroghe e "contro-deroghe" alla competenza primaria della Procura europea.

#### 5.6.2.1 Considerazioni critiche in ordine alla procedura di risoluzione dei conflitti di competenza così come disciplinata dall'art. 25, par. 6, del Regolamento EPPO

Vi è tuttavia un motivo più grave di perplessità che suscita la procedura di risoluzione dei conflitti di competenza prevista dall'art. 25, par. 6, del Regolamento. Si è sopra ricordato il contesto giuridico nel quale andava situato l'art. 13 della proposta della Commissione, contesto che era costituito dall'attribuzione alla Procura europea di una competenza esclusiva a perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Il Consiglio dei Ministri ha invece capovolto – in questo come in altri decisivi aspetti della struttura e dei poteri d'azione della Procura europea – la logica della proposta della Commissione ed ha sostituito, come sopra rilevato, la competenza esclusiva con una competenza concorrente fra i due livelli di autorità inquirenti. Questa opzione comporta, come sopra pure rilevato, che continueranno a sussistere, all'interno del complesso dei reati lesivi degli

interessi finanziari dell'Unione, intere sotto-categorie di reati che resteranno di competenza dei pubblici ministeri degli Stati membri. Il risultato di questa scelta del legislatore è che la risoluzione dei conflitti di competenza fra Procura europea e procure nazionali richiederà una difficile e delicata opera di interpretazione di due articoli – 22 e 25 – tra i più oscuri e tortuosi di tutto il Regolamento EPPO. *Ergo*: aumenterà enormemente il margine di errore di interpretazione di questi due articoli del Regolamento, errore che l'autorità nazionale preposta alla risoluzione dei conflitti di competenza fra pubblici ministeri nella maggior parte dei casi non potrà prevenire o evitare con lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.

Quello infatti che è sfuggito al Consiglio dei Ministri è che, nel passaggio da una (semplice) competenza esclusiva della Procura europea ad una (complicata ed aleatoria) competenza concorrente fra Procura europea e procure degli Stati membri, era necessario riesaminare completamente l'adeguatezza della procedura di risoluzione dei conflitti di attribuzione dei procedimenti controversi, prevista all'art. 13 della proposta della Commissione. Un paio di esempi concreti tratti dagli ordinamenti processuali di due Stati membri partecipanti possono aiutare a comprendere questa obiezione. In Italia<sup>106</sup>, i «contrastisti»<sup>107</sup> di competenza fra pubblici ministeri sono decisi dal procuratore generale presso la corte d'appello, qualora i due uffici appartengano allo stesso distretto di corte d'appello, o dal procuratore generale presso la Corte di cassazione, qualora i due uffici del pubblico ministero appartengano a distretti di corte d'appello diversi. Nel caso di reati di mafia e di terrorismo, di competenza della direzione distrettuale antimafia e antiterrorismo, se la decisione spetta al procuratore generale presso la Corte di cassazione, questi provvede sentito il procuratore generale antimafia. Se la decisione spetta al procuratore generale presso la corte d'appello, questi informa il medesimo procuratore nazionale antimafia della decisione adottata<sup>108</sup>. In Belgio, la legge non regola i conflitti di competenza fra pubblici ministeri «ordinari», che sono quindi decisi dal procuratore generale presso la corte d'appello in virtù del potere gerarchico generale di cui questi dispone nei confronti di tutti i pubblici ministeri del distretto. Se il conflitto riguarda pubblici ministeri di diversi distretti di corte d'appello, esso sarà deciso, sempre in via informale, o dai

<sup>106</sup> Artt. 54, 54 bis, 54 ter del codice di procedura penale.

<sup>107</sup> In diritto italiano, ma non nel Regolamento EPPO, si parla di «contrastisti» di competenza fra pubblici ministeri e di «conflitti» di competenza fra giudici.

<sup>108</sup> Così recita in particolare l'art. 54 ter del c.p.p. in un'ipotesi di contrasto fra pubblici ministeri che presenta qualche punto di contatto con il conflitto di competenza di cui all'art. 25, par. 6, del Regolamento EPPO.

due procuratori generali interessati o dal «collegio dei procuratori generali» che si riunisce periodicamente presso il Ministero della giustizia. Il «*code judiciaire*» belga<sup>109</sup> regola invece in dettaglio l'attribuzione dei procedimenti penali nel caso di reati di terrorismo ed altri reati gravi per i quali l'esercizio dell'azione penale è stato attribuito al «procuratore federale». Nel caso di ipotesi di reato che rientrano, o potrebbero rientrare, nell'ambito dei poteri d'azione del procuratore federale, è quest'ultimo che decide, previa consultazione del procuratore capo competente per territorio, se il relativo procedimento deve essere attribuito alla procura federale o se può essere lasciato, a causa della sua minore complessità, alla procura «ordinaria». Da notare che la decisione del procuratore federale del Belgio in materia di attribuzione di procedimenti «non è suscettibile di alcun ricorso»<sup>110</sup>. Le leggi nazionali che l'Italia e il Belgio hanno emanato per assicurare il coordinamento fra il Regolamento n. 2017/1939 e le legislazioni italiana<sup>111</sup> e belga<sup>112</sup> sulla procedura penale e l'ordinamento giudiziario, hanno sostanzialmente confermato le regole vigenti nei due Stati membri in materia di «contrasti» di competenza fra procure nazionali e pertanto i futuri conflitti fra Procura europea e procure italiane o belghe saranno decisi, rispettivamente, dal procuratore generale presso la Corte di cassazione, o dal Collegio dei procuratori generali presso le corti d'appello.

5.6.2.2 Le «autorità nazionali competenti» per risolvere i conflitti fra procure nazionali non sono «giurisdizioni» legittimate a porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia

*Quid* nell'eventualità estremamente probabile in cui il procuratore generale italiano presso la Corte di cassazione o il Collegio dei procuratori generali belga, aditi da un procuratore europeo o da un pubblico ministero nazionale per un disaccordo insanabile sull'attribuzione di un procedimento, in occasione, ad esempio, dell'esercizio del diritto di avocazione ex art.

<sup>109</sup> Art. 144 *ter*, in particolare il par. 3.

<sup>110</sup> Art. 144 *ter*, par. 3, *in fine*, del «*code judiciaire*» belga.

<sup>111</sup> Il Governo italiano ha emanato il dlgs n. 9 del 2 febbraio 2021 recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939», in *Guri* n. 30 del 5 febbraio 2021, che al suo art. 16 designa il procuratore generale presso la Corte di cassazione quale autorità competente a decidere in caso di contrasto di competenza tra la Procura europea e una o più procure della Repubblica. Lo stesso art. 16 prevede che a tali contrasti di competenza si applicano in quanto compatibili gli artt. 54, 54 *bis*, 54 *ter* e 54 *quater*, del Regolamento. Per un primo commento al dlgs n. 9/2021 v. L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al Regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, 4/2021, pp. 53-73.

<sup>112</sup> Legge 17 febbraio 2021, art. 3, che aggiunge un art. 156/1 al «*code judiciaire*» belga nel quale è previsto che i conflitti di competenza fra Procura europea e procure del Belgio sono decisi dal Collegio dei procuratori generali presso le corti d'appello del Regno.

27 da parte della Procura europea, abbiano dei gravi e giustificati dubbi in ordine all'interpretazione degli oscuri e tortuosi artt. 22 e 25 del Regolamento EPPO? Potranno questi procuratori generali porre dei quesiti interpretativi alla Corte di giustizia avvalendosi della procedura di rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato? La risposta è molto probabilmente: no<sup>113</sup>. Legittimate a porre quesiti interpretativi in via pregiudiziale alla Corte sono infatti unicamente le «giurisdizioni» degli Stati membri. I pubblici ministeri, ivi inclusi i vertici delle autorità inquirenti come i procuratori generali, che non possono essere certamente considerati dei giudici sulla base del loro diritto nazionale, non possono neanche essere qualificati come «giurisdizioni» ai sensi dell'art. 267 del Trattato sulla base dei sei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte nei casi dubbi di organi di uno Stato membro al limite tra la funzione giudiziaria e quella amministrativa. Questi sei criteri sono, sulla base di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l'origine legale, vale a dire l'essere istituito e disciplinato con una legge, il suo carattere permanente, vale a dire il non essere stato istituito per decidere una singola controversia, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, in opposizione ai ricorsi facoltativi ad organismi arbitrali, la natura contraddittoria del procedimento, l'applicazione di regole di diritto, ad esclusione quindi di criteri di equità o simili, ai quali si è aggiunto in epoca più recente il requisito dell'indipendenza, per escludere, ad esempio, organi interni all'amministrazione deputati alla decisione di ricorsi amministrativi<sup>114</sup>. È sufficiente che uno di questi requisiti non sia riconosciuto sussistente, perché una questione pregiudiziale sia dichiarata irricevibile dalla Corte.

Nel caso delle autorità nazionali di cui all'art. 25, par. 6, del Regolamento EPPO, alle quali il diritto nazionale ha affidato la decisione dei conflitti di competenza fra procure dello stesso Stato membro, uno dei sei requisiti per essere qualificata come giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE farà sempre difetto e un altro lo farà in molti Stati membri. Cominciamo da quest'ultimo requisito: l'indipendenza dal potere esecutivo e legislativo. Non in tutti gli Stati membri, infatti, il pubblico ministero gode

<sup>113</sup> Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per interpretazione delle disposizioni del Regolamento EPPO da parte del procuratore generale presso la Corte di cassazione non è stato reso dal legislatore italiano soltanto «più difficile», come ritiene A. BARLETTA, *Pubblico ministero europeo: cit. supra*, nota 19, p. 4. Come qui di seguito spiegato, tale rinvio pregiudiziale da parte di un pubblico ministero è giuridicamente assai dubbio per il costante diniego di ammissibilità opposto dalla Corte di giustizia.

<sup>114</sup> P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 421-422; E. TRAVERSA, *Les voies de recours ouvertes aux opérateurs économiques: le renvoi préjudiciel au titre de l'article 177 du Traité CEE*, in *Revue du Marché Unique Européen*, n. 2/1992, pp. 51-80, p. 58 e la giurisprudenza ivi citata. *Ex multis*: sentenze 18 giugno 2002 in causa n. C-92/00, *HI*, EU:C:2002:379, e 30 marzo 2006 in causa n. C-259/04, *Emanuel*, EU:C:2006:215.



di un'indipendenza costituzionalmente garantita come in Italia. Ad esempio, in Belgio il Ministro della giustizia dispone ancora, almeno in linea di diritto, di un «potere di autorità» sui procuratori generali presso le corti di appello, la cui indipendenza risulta pertanto, sempre in linea di diritto<sup>115</sup>, opinabile. Ma è soprattutto il requisito della natura contraddittoria del procedimento che farà sistematicamente difetto, perché, come risulta da una semplice lettura degli articoli precitati del codice di procedura penale italiano e del «*code judiciaire*» belga sulla risoluzione dei conflitti di competenza fra procure nazionali, non è legislativamente previsto alcun dibattito contraddittorio, vale a dire un'udienza, dinanzi al procuratore generale presso la Corte di cassazione<sup>116</sup> o dinanzi al Collegio dei procuratori generali presso le corti d'appello<sup>117</sup> e neanche uno scambio di memorie scritte. Ne consegue che alle «autorità nazionali competenti» di cui all'art. 25, par. 6, sarà molto probabilmente, almeno in certi Stati membri, preclusa la possibilità di porre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali di interpretazione sull'estensione e i limiti dei poteri d'azione della procura europea, così come regolati dagli artt. 22 e 25 del Regolamento n. 2017/1939. Non è difficile prevedere che tali dubbi interpretativi in ordine alle complesse norme sull'attribuzione di categorie di procedimenti all'uno o all'altro livello di autorità inquirenti, portino in molti casi a decisioni dei conflitti di competenza sfavorevoli alla Procura europea e favorevoli alle procure nazionali. L'unica soluzione per evitare questo rischio di decisioni giuridicamente errate sarebbe stata quella di prescrivere agli Stati membri di designare quale «autorità competente» in caso di disaccordo fra Procura europea e procure nazionali, una «giurisdizione» ex art. 267 TFUE dello Stato membro interessato e possibilmente quella alla quale il diritto processuale nazionale attribuisce la risoluzione dei conflitti di giurisdizione o di competenza fra giudici nazionali<sup>118</sup>. Questo è tuttavia soltanto un *wishful thinking*

<sup>115</sup> Nel senso che il Ministro della giustizia belga non si avvale di fatto, e da anni, di questo suo potere di supervisione sui pubblici ministeri e in particolare non si avvale del suo potere di «ingiunzione positiva» ad esercitare l'azione penale «in uno specifico caso», potere previsto dall'art. 274 del «*code d'instruction criminelle*».

<sup>116</sup> «Il procuratore generale, assunte le necessarie informazioni, determina con decreto motivato, secondo le regole sulla competenza del giudice, quale ufficio del pubblico ministero deve procedere (...)» (art. 54 *bis*, secondo comma, del c.p.p. italiano).

<sup>117</sup> «(...) il Collegio dei procuratori generali decide, dopo concertazione con i procuratori europei delegati e il procuratore del Re o il procuratore generale interessato o il procuratore federale, chi è competente per istruire il procedimento. La decisione del Collegio dei procuratori generali non è suscettibile di alcun ricorso» (nuovo art. 156/1 del «*code judiciaire*» belga; traduzione dell'Autore).

<sup>118</sup> Si allude, ad esempio, all'art. 32 del c.p.p. italiano, che affida alla Corte di cassazione in camera di consiglio la risoluzione, con sentenza, dei conflitti di giurisdizione o di competenza fra giudici. La Francia, con la legge n. 2020-1672, ha introdotto nel proprio codice di procedura penale un articolo 696-136 che affida al giudice istruttore la decisione dei conflitti di competenza fra Procura europea e pubblici ministeri nazionali, con possibilità di impugnare l'ordinanza del giudice istruttore direttamente dinanzi alla Corte di cassazione. Per quanto ri-

per una futura ed eventuale riforma del Regolamento EPPO dopo che la Procura europea avrà iniziato ad esercitare la propria attività sulla base delle norme attualmente in vigore.

### *5.7 La risoluzione dei conflitti di competenza ad opera dei giudici penali degli Stati membri e della Corte di giustizia*

Si è già visto in precedenza, alla fine del capitolo riguardante il controllo giurisdizionale sugli atti procedurali della Procura europea, come all'art. 42, par. 2, lett. c., del Regolamento EPPO il Consiglio dei Ministri abbia inserito una norma che, in modo assolutamente insolito nella legislazione dell'Unione, indica esplicitamente ai giudici degli Stati membri un possibile oggetto delle questioni pregiudiziali che gli stessi sono abilitati a porre alla Corte di giustizia sulla base dell'art. 267 del Trattato. E, guarda caso, in questa disposizione del Regolamento, il legislatore europeo raccomanda esplicitamente ai giudici penali nazionali di chiedere alla Corte di giustizia «l'interpretazione degli articoli 22 e 25 del presente regolamento relativamente ad eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali competenti», vale a dire tra la Procura europea e i pubblici ministeri degli Stati membri. Vi è quindi un evidente parallelismo fra la norma di cui all'art. 25, par. 6, testé esaminata, e l'art. 42, par. 2, lett. c. del Regolamento: entrambe menzionano espressamente gli importanti artt. 22 e 25 sui poteri di azione della Procura europea ed entrambe si riferiscono ad una procedura di risoluzione dei conflitti di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri, relativi alla conduzione delle indagini e all'esercizio dell'azione penale. Questo parallelismo di contenuto precettivo fra le due disposizioni non può essere evidentemente frutto del caso. Il legislatore ha infatti previsto implicitamente una sequenza logica fra le due procedure, le quali si articoleranno verosimilmente nel modo seguente.

In caso di disaccordo fra i due livelli di autorità inquirente, l'autorità nazionale alla quale l'ordinamento processuale di uno Stato membro ha deferito la risoluzione dei conflitti di competenza fra procure nazionali in applicazione dell'art. 25, par. 6, del Regolamento EPPO, determina con una propria decisione l'attribuzione di un dato procedimento o alla Procura europea o ad una procura dello stesso Stato membro. Se una delle due autorità inquirenti in disaccordo, e precisamente quella soccombente, ri-

guarda la Spagna, il disegno di legge del Governo relativo all'adeguamento dell'ordinamento spagnolo al Regolamento EPPO prevede all'art. 9 che i conflitti di competenza fra Procura europea e pubblici ministeri nazionali sono decisi dal procuratore generale presso il Tribunale supremo e che i conflitti di competenza fra Procura europea e giudici istruttori sono decisi direttamente dal Tribunale supremo stesso.

tiene che tale decisione sia viziata da un errore di diritto derivante da un'errata interpretazione degli artt. 22 e/o 25 del Regolamento, essa può, così come ogni altra parte processuale, contestare l'attribuzione dell'indagine all'altra autorità inquirente dinanzi ad un giudice, secondo le regole della procedura penale dello Stato membro nel quale viene condotta l'indagine. Tale giudice potrà essere, a seconda dei casi e degli ordinamenti processuali degli Stati membri, quello competente per il controllo sugli atti di procedura del pubblico ministero, o quello competente a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio presentata dal pubblico ministero, o l'organo giurisdizionale competente per l'esame del merito dei capi d'accusa contestati all'imputato. Una volta che la questione relativa all'interpretazione degli artt. 22 e/o 25 del Regolamento n. 2017/1939 è sollevata dinanzi ad un giudice penale, questi sarà pienamente legittimato, come previsto all'art. 42, par. 2, lett. c., del Regolamento medesimo, a porre alla Corte di giustizia uno o più quesiti aventi ad oggetto l'interpretazione dei suddetti artt. 22 e/o 25, al fine di decidere con propria sentenza la contestazione della competenza, o della Procura europea o di una procura nazionale, a condurre le indagini e ad esercitare l'azione penale nel procedimento oggetto del persistente disaccordo fra le due procure.

#### 5.7.1 Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: possibili conseguenze di una sentenza interpretativa

La Corte di giustizia, adita dal giudice penale nazionale con un'ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato, emana, secondo le consuete regole di procedura relative ai procedimenti pregiudiziali, una sentenza contenente la richiesta interpretazione dell'art. 22 e/o dell'art. 25 del Regolamento aventi entrambi ad oggetto le competenze della Procura europea. Tale pronuncia interpretativa della Corte di giustizia ha un'efficacia vincolante<sup>119</sup> nei confronti del giudice penale *a quo* sul punto di diritto relativo alla corretta interpretazione degli artt. 22 e 25 del Regolamento e pertanto vincola tale medesimo giudice in ordine alla decisione che esso dovrà adottare sull'attribuzione del procedimento controverso alla Procura europea o ad una procura nazionale.

A questo punto, si possono presentare due diverse situazioni. La prima si verifica quando la Corte di giustizia conferma l'interpretazione data agli artt. 22 e/o 25 del Regolamento EPPO dall'autorità nazionale competente per la risoluzione di conflitti di competenza fra pubblici ministeri di quello

<sup>119</sup> Giurisprudenza costante della Corte di giustizia, risalente all'ordinanza del 5 marzo 1985 in causa n. 69/85, *Wünsche*, EU:C:1986:104, punto 13 della motivazione.

stesso Stato membro (nei due esempi sopra riportati: il procuratore generale italiano o il procuratore federale belga). Il processo può quindi continuare "su binari sicuri", in quanto l'attribuzione del procedimento controverso alla Procura europea o ad una procura nazionale risulta ora fondata su una sentenza interpretativa della Corte di giustizia che ha autorità di cosa giudicata<sup>120</sup>. Oppure (seconda situazione) la sentenza dei giudici dell'Unione accoglie l'interpretazione degli artt. 22 e/o 25 prospettata dall'autorità inquirente che era risultata soccombente<sup>121</sup> a seguito della decisione dell'autorità nazionale competente (ad esempio procuratore generale italiano o procuratore federale belga) e, di conseguenza, il giudice di rinvio sarà tenuto a riassegnare il procedimento controverso, dalla fase delle indagini fino all'eventuale richiesta di rinvio a giudizio, a quella delle due autorità inquirenti che è risultata competente in base alla corretta interpretazione dei medesimi artt. 22 e 25 contenuta nella sentenza della Corte di giustizia.

Alla fine di questo accidentato, ma *ahimè* del tutto plausibile, percorso giudiziario del conflitto di competenza fra le due autorità inquirenti, resta un ultimo, ma non per questo meno serio, interrogativo. Che ne sarà degli atti di indagine già compiuti da quella delle due procure in conflitto che la Corte di giustizia e il giudice nazionale di rinvio hanno dichiarato incompetente e che è quindi tenuta a trasferire il fascicolo del caso all'altra procura riconosciuta invece competente? Il Regolamento n. 2017/1939 non contiene alcuna disposizione che consenta a quella delle due procure riconosciuta competente di utilizzare nel procedimento, così riassegnato, tutte le prove acquisite e più in generale gli atti di indagine compiuti dall'altra procura dichiarata in un secondo momento incompetente. Dato che anche la Procura europea deve esercitare l'azione penale dinanzi allo stesso «organo giurisdizionale competente» dello stesso Stato membro ex art. 86, par. 2, del Trattato, appare legittimo chiedersi se si possono applicare per analogia in una tale situazione le norme di diritto processuale penale nazionale<sup>122</sup> che eventualmente prevedessero che, in caso di trasferimento di un procedimento da una procura nazionale ad un'altra, restano utilizzabili gli atti di indagine compiuti dall'ufficio del pubblico ministero dichiarato incompetente.

<sup>120</sup> Stessa ordinanza *Wünsche*, cit. *supra*, nota 14, stesso punto 13.

<sup>121</sup> Procura soccombente che, per le ragioni sopra esposte e sulla base di una facile previsione, sarà nella maggior parte dei casi la Procura europea.

<sup>122</sup> Gli artt. 54, par. 3, e 54 *bis*, par. 4, del c.p.p. italiano prevedono «che sono comunque utilizzabili nei casi e nei modi previsti dalla legge» gli atti di indagine preliminare compiuti prima della trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero designato dal procuratore generale.

Un argomento giuridico decisivo sembra tuttavia opporsi a questa applicazione per analogia di una simile norma processuale di diritto nazionale. Le due procure di uno stesso Stato membro, che sollevano dinanzi all'autorità nazionale competente un conflitto di attribuzione di un dato procedimento penale, applicano esattamente le stesse regole di procedura penale in vigore nel loro medesimo Stato. La Procura europea e una procura nazionale sono invece tenute ad applicare norme processuali penali in parte diverse, essendo le indagini svolte dalla Procura europea disciplinate, in forza dell'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO sopra esaminato, in via prioritaria dalle disposizioni del Regolamento stesso, mentre «il diritto nazionale si applica (unicamente) agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento». La conseguenza di questa parziale, ma sostanziale diversità di legislazione applicabile è che gli atti di indagine compiuti da una procura nazionale possono ben essere non conformi alle regole processuali di diritto dell'Unione che condizionano la legittimità degli atti di indagine della Procura europea, e quindi non utilizzabili nel procedimento oggetto del trasferimento. Non resterà quindi al procuratore europeo delegato che riceve, nella situazione sopra delineata di riassegnazione del procedimento, il fascicolo del caso, che riprendere l'indagine dall'inizio e condurla *ex novo* applicando in via prioritaria le norme del Regolamento n. 2017/1939 e in via suppletiva il diritto dello Stato membro in cui il medesimo procuratore europeo delegato procede. Più in generale, non vi può essere equivalenza fra una indagine condotta dalla Procura europea e una indagine condotta da una procura nazionale, in quanto alcuni poteri di azione dei quali possono avvalersi l'uno o l'altro dei due pubblici ministeri sono diversi, *in primis* la possibilità per un procuratore delegato europeo «incaricato del caso» situato in uno Stato membro di ottenere misure investigative direttamente da un altro procuratore delegato europeo «incaricato di prestare assistenza» situato in un altro Stato membro, in applicazione dell'art. 31 del Regolamento EPPO avente ad oggetto le «Indagini transfrontaliere»<sup>123</sup>.

<sup>123</sup> La differenza qualitativa, in materia di misure investigative ed in particolare in materia di acquisizione di prove, fra il regime integrato del Regolamento EPPO e il regime generale del riconoscimento reciproco, è analizzata nell'articolo di A. CSÜRI, *Towards an inconsistent European regime of cross-border evidence: the EPPO and the European Investigation Order*, cit. *supra*, nota 22, pp. 141-152.

## 6. Conclusioni

### 6.1 Considerazioni critiche conclusive

L'esame fin qui svolto di numerosi dei 120 articoli del Regolamento EPPO sotto il profilo dei tre aspetti istituzionali oggetto del presente studio ha consentito di evidenziare non soltanto le grandi potenzialità della Procura europea, ma anche alcune serie criticità che potrebbero fin dall'inizio ostacolarne seriamente l'attività. Una prima debolezza dell'impianto complessivo della Procura europea era presente già nella proposta della Commissione ed è rappresentato dall'individuazione dei reati di competenza della Procura stessa mediante un rinvio alla direttiva PIF n. 2017/1371 «quale attuata nel diritto nazionale» di ciascuno dei ventidue Stati membri partecipanti. Questa definizione *per relationem* della competenza materiale dell'Autorità inquirente dell'Unione europea presenta già, in sede di prima analisi delle pertinenti disposizioni di diritto europeo, alcuni seri inconvenienti esaminati in dettaglio nel terzo capitolo del presente studio: una competenza "a geometria variabile" a seconda degli Stati membri partecipanti, la difficoltà di individuare con certezza le norme di diritto nazionale che costituiscono il recepimento della direttiva n. 2017/1371, l'effetto di paralisi dell'azione dei procuratori delegati europei che possono determinare un'incompleta o un'errata trasposizione della medesima direttiva PIF in diritto nazionale essendo tassativamente escluso in materia penale qualsiasi effetto diretto a danno dell'imputato di norme di diritto dell'Unione contenute in una direttiva. Tali seri ostacoli di natura istituzionale all'azione della Procura europea potrebbero essere eliminati riproducendo con i necessari adattamenti nel Regolamento EPPO, atto legislativo per definizione direttamente applicabile, il contenuto degli articoli da 2 a 5 della direttiva PIF e quindi definendo con un massimo di sicurezza giuridica i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea, che sarebbero in tal modo perseguibili come tali con una portata assolutamente omogenea in tutti gli Stati membri partecipanti.

L'altra grave criticità del Regolamento EPPO deriva invece dalla trasformazione, disposta dal Consiglio dei Ministri della giustizia, della competenza esclusiva della Procura europea, prevista nella proposta della Commissione, in una competenza concorrente con quella delle procure nazionali sulla base di norme del Regolamento, gli artt. 22 e 25, di una straordinaria complessità. L'effetto combinato, da un lato, della complessità della formulazione, per di più in termini a volte vaghi e generici, delle norme sulla ripartizione di competenze fra Procura europea e procure nazionali e, dall'altro, del rinvio alla direttiva PIF «quale attuata nel diritto nazionale» per la definizione dei reati di competenza della Procura europea, è l'insorgenza di un grave rischio di continui conflitti di competenza

fra i due livelli, europeo e nazionale, di autorità inquirenti. E questo, nonostante le numerose norme del Regolamento EPPO che prevedono un'assidua collaborazione fra Procura europea e procure degli Stati membri. A tale criticità si aggiunge quella inerente alla natura non giurisdizionale dell'autorità nazionale alla quale l'art. 25, par. 6, del Regolamento affida la risoluzione dei conflitti di competenza, con la conseguente impossibilità – per questa stessa autorità non avente natura di «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE – di deferire alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali di interpretazione.

In conclusione su questo punto, non si può che rilevare come il passaggio da una competenza esclusiva della Procura europea ad una competenza concorrente con quella delle procure nazionali avrebbe dovuto indurre il Consiglio dei Ministri della giustizia a riesaminare tutte le principali questioni istituzionali connesse al funzionamento della Procura europea medesima e ad adottare le modifiche conseguenti del Regolamento EPPO quali, ad esempio, l'eliminazione del rinvio alla direttiva PIF per la definizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e la designazione, quale autorità nazionale competente per la risoluzione dei conflitti di competenza fra Procura europea e procure nazionali, della giurisdizione alla quale è attribuita la risoluzione dei conflitti di competenza fra giudici, e non fra pubblici ministeri, di quello stesso Stato membro. L'esperienza della prima fase di attività della Procura europea dovrebbe suggerire, sia alla Commissione sia al Consiglio dei Ministri, le opportune modifiche da apportare al Regolamento EPPO per eliminare tali criticità e prevenirne eventualmente di nuove.

### *6.2 Importanza del rispetto del principio di legalità nell'esercizio delle funzioni della Procura europea*

I primi dodici mesi di attività della Procura europea, che, come sopra precisato, decorreranno dalla data 1° giugno 2021 secondo quanto previsto dall'art. 120, par. 2, del Regolamento n. 2017/1939, si prospettano cruciali per l'affermarsi della credibilità della prima autorità europea alla quale il legislatore ha conferito delicatissime funzioni di pubblico ministero dell'Unione. Per conquistare questa indispensabile credibilità presso le autorità inquirenti degli Stati membri e in ultima analisi presso l'opinione pubblica europea, sarà necessario che tutti gli organi della Procura europea, dal procuratore capo fino ai procuratori delegati operanti negli Stati membri, abbiano in ogni momento ben chiaro qual è il quadro complessivo delle norme penali, sostanziali e processuali, che essi saranno chiamati ad applicare. Come sopra osservato, la ricostruzione di tale quadro complessivo di legge applicabile non sarà semplice in quanto esso consta di regole di

diritto dell'Unione, in particolare quelle contenute nel Regolamento EPPO n. 2017/1939, nella direttiva PIF n. 2017/1371 e in altre direttive europee, alle quali rinviano vari articoli del Regolamento stesso, e di norme di diritto nazionale contenute sia in leggi di recepimento di direttive di armonizzazione sia in leggi nazionali non armonizzate. È sulla base di questo composito mosaico di norme penali europee e nazionali che la Procura europea potrà legittimamente esercitare le proprie attività di indagine e di esercizio dell'azione penale. Giova ricordare a questo riguardo il severo richiamo al rigoroso rispetto del principio di legalità, rivolto a tutti gli organi della Procura europea dallo stesso legislatore dell'Unione al punto 66 della motivazione del Regolamento n. 2017/1939: «(...) le attività di indagine e relative all'azione penale dell'EPPO sono informate al principio di legalità, per cui l'EPPO applica rigorosamente le norme stabilite nel presente regolamento riguardanti, in particolare, la competenza e il suo esercizio, l'avvio delle indagini, la chiusura delle indagini, il rinvio di un caso, l'archiviazione del caso e le procedure semplificate di azione penale». Il messaggio del Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione europea, deliberanti all'unanimità ex art. 86 del Trattato, non poteva essere più chiaro.

Vista l'opzione operata dal Consiglio stesso per una competenza concorrente fra i due livelli di autorità inquirenti, sarà in particolare necessario, in primo luogo, che la Procura europea non si lasci coinvolgere fin dall'inizio in estenuanti conflitti di competenza con i pubblici ministeri degli Stati membri, conflitti di competenza per i quali, come sopra rilevato, il Regolamento non ha previsto procedure di risoluzione dei conflitti rapide ed efficaci, come sarebbe stato un immediato ricorso alla Corte di giustizia, a condizione tuttavia di dotare la Corte medesima delle risorse necessarie per far fronte all'afflusso di centinaia di procedimenti penali, tutti ovviamente da trattare con procedura d'urgenza. L'unico modo per la Procura europea di prevenire i conflitti con le procure nazionali sarà pertanto quello di stabilire con queste ultime rapporti di «leale collaborazione», rapporti peraltro già largamente previsti ed in sostanza istituzionalizzati da numerosissime disposizioni del Regolamento EPPO.

Un'accurata ricostruzione della legge applicabile ad ogni funzione della Procura europea sarà inoltre il presupposto affinché gli atti procedurali della medesima resistano alle inevitabili contestazioni che gli indagati o imputati in un dato procedimento porteranno al vaglio dei giudici penali nazionali in applicazione del principio generale di cui all'art. 42, par. 1, del Regolamento, largamente esaminato nel capitolo del presente studio avente ad oggetto il controllo giurisdizionale. Va inoltre ricordato che il Regolamento n. 2017/1939 riserva alla Corte di giustizia un ruolo impor-



tantissimo, sia ai fini della verifica della validità di certe categorie di atti della Procura europea, sia ai fini dell'interpretazione delle norme del Regolamento EPPD e di tutte le direttive dell'Unione cui questo rinvia, senza dimenticare gli artt. 47-50 del Titolo VI «Giustizia» della Carta dei diritti fondamentali e i principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione elaborati dalla Corte stessa in oltre settanta anni di creativa produzione giurisprudenziale. Nella sua veste di parte processuale in tutti i procedimenti pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia che riguarderanno direttamente i suoi atti e/o le sue competenze, la Procura europea potrà poi influenzare in misura significativa lo sviluppo della giurisprudenza interpretativa avente ad oggetto il Regolamento n. 2017/1939, al pari della Commissione europea che dal 1958 interviene con gli avvocati del proprio Servizio giuridico in tutti i procedimenti pregiudiziali dinanzi alla Corte.

### 6.3 *Prospettive di estensione dei poteri di azione della Procura europea*

Merita infine di essere ricordata una costante molto positiva nella storia istituzionale dell'Unione europea. Quando un'istituzione o un'autorità europea dà buona prova ed esercita con efficacia e competenza le funzioni che il legislatore le ha assegnato all'inizio della sua attività, lo stesso legislatore dell'Unione conferma la sua fiducia in tale medesima istituzione o autorità conferendole nuovi e più incisivi poteri d'azione. Si è già ricordato nell'introduzione al presente studio l'importante trasferimento di competenze di vigilanza bancaria dalle banche centrali degli Stati membri della «Zona euro» alla Banca centrale europea disposto dal Regolamento n. 2013/1024. Ma anche in due settori del Titolo V del Trattato riguardante lo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» si è di recente assistito a questa positiva "metamorfosi giuridica" di un'autorità europea già esistente, da semplice organo di coordinamento delle autorità nazionali operanti in un certo ambito ad autorità europea dotata di propri ed autonomi poteri di azione. Così è stato per *Frontex*, l'agenzia europea per il controllo delle frontiere esterne dell'Unione, che nel 2016 è stata trasformata in «Guardia di frontiera e costiera europea»<sup>124</sup> con un proprio corpo di millecinquecento «guardie di frontiera» europee e così si è verificato anche per l'agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale, meglio conosciuta come *Eurojust*, che ha visto le proprie competenze rafforzate ed ampliate dal recente Regolamento n. 2018/1727<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Regolamento (Ue) n. 2016/1624 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, in *Gu-Ue* n. L 251 del 16 settembre 2016, p. 1.

<sup>125</sup> Regolamento (Ue) n. 2018/1727, che istituisce *Eurojust*, in *Gu-Ue* n. L 295 del 21 novembre 2018, p. 138.

Per la Procura europea le prospettive di estensione delle proprie competenze sono ancora più promettenti, in quanto è lo stesso legislatore costituente dell'Unione che ha previsto, all'art. 86, par. 4, la possibilità, per il Consiglio europeo<sup>126</sup>, con una propria decisione presa all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione, «di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale». Ed è proprio in questa prospettiva che la Commissione europea ha già trasmesso al Consiglio europeo il 12 settembre 2018 una comunicazione<sup>127</sup> che espone in dettaglio le motivazioni giuridiche ed i vantaggi in termini di efficienza operativa, che giustificherebbero un conferimento alla Procura europea di nuovi ed autonomi poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale in materia di reati di terrorismo che coinvolgono vari Stati membri. La Commissione ha inoltre allegato alla sua comunicazione anche un progetto di decisione del Consiglio europeo ex art. 86, par. 4, del Trattato, a riprova dell'urgenza di tale estensione delle competenze della Procura europea ed ha annunciato anche una proposta legislativa di vasta riforma del Regolamento n. 2017/1939 per adattare la struttura ed i poteri di azione della Procura stessa alla nuova e formidabile sfida che costituirebbe la sua trasformazione in Procura europea anti-terrorismo<sup>128</sup>.

Vi è solo da sperare, alla luce delle grandi aspettative che l'istituzione della Procura europea ha suscitato presso tutti i cittadini dell'Unione che hanno a cuore il rispetto della legalità e la difesa dello Stato di diritto, che le persone – uomini e donne – che il Parlamento europeo, il Consiglio dei Ministri della giustizia ed il collegio della Procura europea, hanno nominato ai posti rispettivamente, di procuratore capo europeo, procuratori europei e procuratori delegati europei<sup>129</sup> abbiano non soltanto le competenze giuridiche e l'esperienza professionale necessarie per l'esercizio di queste nuove e delicate funzioni di pubblici ministeri dell'Unione europea, ma

<sup>126</sup> Il collegio dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri (art. 15 TUE). Questo si giustifica in ragione del fatto che la decisione di estendere le attribuzioni della Procura europea comporta una modifica del par. 1 dell'art. 86 TFUE e quindi ha il valore giuridico-costituzionale di una revisione del Trattato stesso.

<sup>127</sup> Documento Com(2018)641 finale del 12 settembre 2018, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio europeo - Un'Europa che protegge - Un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontalieri.

<sup>128</sup> Su questa prospettiva si veda E. JUSZCZAK, *Fighting terrorism through the European Public Prosecutor's Office (EPPO)?*, in *Eucri*, Issue 1 (2019), pp. 66-74.

<sup>129</sup> Per le procedure di nomina dei vari organi della Procura europea, si vedano gli artt. 14, 15 e 16 del Regolamento EPPO. Nel 2019 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno nominato Procuratore capo europeo Laura Codruta Kövesi, ex procuratore anti-corruzione della Romania.

anche l'autorità morale che, al di là e al di sopra delle competenze tecniche, sola legittima veramente l'esercizio di poteri pubblici e suscita la fiducia, e perché no, anche l'ammirazione dei cittadini europei.

**Enrico Traversa\***

#### SINTESI

L'Autore, che ha partecipato personalmente alla redazione della proposta della Commissione europea nel 2013 ed al negoziato in seno al Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione europea durato oltre tre anni, esamina in dettaglio i tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO) istituita con il Regolamento Ue n. 2017/1939. Si tratta delle tre essenziali chiavi di lettura a monte di tutti i 120 articoli di questo importante atto legislativo, chiavi di lettura che consentono poi di meglio comprendere a valle la disciplina delle specifiche categorie di atti nei quali si esplicherà l'attività della Procura europea. Il primo di tali aspetti istituzionali riguarda l'individuazione della legge applicabile, sia in senso "verticale" (rapporti fra diritto europeo, in particolare le norme del Regolamento EPPO, e le legislazioni penali e di procedura penale dei ventidue Stati membri partecipanti), sia in senso "orizzontale" (quale, fra vari diritti nazionali, sarà applicabile in funzione della scelta dello Stato membro nel quale avviare l'indagine e/o nel quale viene esercitata l'azione penale). Il secondo aspetto istituzionale è rappresentato dal sistema delle impugnazioni degli atti della Procura europea. I giudici penali nazionali dispongono di una competenza generale in materia di ricorsi contro gli «atti procedurali» della Procura europea, mentre alla Corte di giustizia sono attribuite competenze specifiche in materia di impugnazioni di atti «non procedurali» della Procura stessa, ferma restando la competenza generale della Corte avente ad oggetto le questioni pregiudiziali, sia di interpretazione, sia di validità di norme di diritto dell'Unione. Il terzo aspetto istituzionale che presiede al funzionamento della Procura europea è la procedura di risoluzione dei prevedibili conflitti di competenza fra Procura europea e procure degli Stati membri, risoluzione affidata dal Regolamento EPPO alle autorità nazionali competenti per risolvere i conflitti di competenza fra procure di uno stesso Stato membro (in Italia: i procuratori generali), con l'eventuale intervento della Corte di giustizia adita in via pregiudiziale dal giudice penale competente per il processo.

\* Già avvocato del Servizio giuridico della Commissione europea e Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» dello stesso Servizio; Professore a contratto di diritto dell'Unione europea / Università di Bologna

*ABSTRACT*

*The Author who personally participated in the drafting of the European Commission proposal in 2013 and in the subsequent three years' long discussions within the EU Council of Ministers, examines in detail the three main institutional aspects related to the functioning of the European Public Prosecutor Office (EPPO) set up by EU Regulation n. 2017/1939. These are indeed the three essential «keys to interpreting» the 120 articles of such important EU legislative act and they allow to better understand the rules governing specific acts or groups of acts which will be adopted in the course of the EPPO day-to-day activity. The first of such institutional aspects consists in identifying the relevant applicable law both from a «vertical» point of view (relations between EU law, in particular between the rules provided in the EPPO regulation, and the criminal law and rules of criminal proceedings of the 22 participating Member States) and from a «horizontal» point of view (which national law, among several potentially applicable national laws, is applicable as a consequence of the EPPO choice of the MS where to initiate an investigation and/or where to bring a case to judgment). The second institutional aspect is related to judicial review of EPPO acts. Competent national criminal courts shall have a general jurisdiction as to the review of EPPO «procedural acts» whereas EU Court of justice shall have a limited jurisdiction as to the review of the other EPPO acts, without prejudice of the EU Court of justice competence to give preliminary rulings concerning both the interpretation and the validity of the provisions of EU law relevant for the case. The third institutional aspect related to the functioning of EPPO consists in the procedure for deciding over very likely conflicts of jurisdiction between EPPO and national prosecution authorities. EPPO regulation has conferred the power of deciding over such conflicts upon national authorities which are generally empowered with deciding on conflicts of jurisdiction between public prosecutors of the same Member State (e.g. in Italy: the general prosecutor of the Supreme Court). Nevertheless it will be only for MSs' criminal courts which will have to decide on the merits of each individual case to request preliminary rulings to the EU Court of justice.*

# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA, IL *DIESELGATE*, LE NORME SULLE EMISSIONI E L'AZZARDO MORALE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 17 dicembre 2020 in causa n. C-693/18\***

Procedimento penale a carico di *X*

**Rinvio pregiudiziale - Ravvicinamento delle legislazioni - Regolamento (Ce) n. 715/2007 - Art. 3, punto 10 - Art. 5, par. 2 - Impianto di manipolazione - Veicoli a motore - Motore diesel - Emissioni di agenti inquinanti - Programma che agisce sulla centralina di controllo del motore - Tecnologie e strategie volte a consentire di limitare la produzione delle emissioni di agenti inquinanti.**

*1. L'art. 3, punto 10, del Regolamento (Ce) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo, dev'essere interpretato nel senso che costituisce un «elemento di progetto», ai sensi di tale disposizione, un software integrato nella centralina di controllo del motore o*

\* EU:C:2020:1040. In argomento v. *infra*, p. 567 ss., il commento di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

*che agisce su di essa, qualora agisca sul funzionamento del sistema di controllo delle emissioni e ne riduca l'efficacia.*

*2. L'art. 3, punto 10, del Regolamento n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che rientrano nella nozione di «sistema di controllo delle emissioni», ai sensi di tale disposizione, sia le tecnologie e la strategia cosiddetta «di post-trattamento dei gas di scarico», che riducono le emissioni a valle, ossia dopo la loro formazione, sia quelle che, al pari del sistema di ricircolo dei gas di scarico, riducono le emissioni a monte, ossia al momento della loro formazione.*

*3. L'art. 3, punto 10, del Regolamento n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che costituisce un «impianto di manipolazione», ai sensi di tale disposizione, un dispositivo che rilevi qualsiasi parametro connesso allo svolgimento delle procedure di omologazione previste da tale regolamento, al fine di migliorare le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni durante le procedure stesse e, quindi, di conseguire l'omologazione del veicolo, sebbene tale miglioramento possa essere ottenuto, in maniera puntuale, anche in condizioni di normale utilizzo del veicolo.*

*4. L'art. 5, par. 2, lett. a., del Regolamento n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che un impianto di manipolazione, come quello oggetto del procedimento principale, che migliori sistematicamente, durante le procedure di omologazione, le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni dei veicoli al fine di rispettare i limiti di emissione fissati dal Regolamento stesso e, quindi, di ottenere l'omologazione di tali veicoli, non può rientrare nell'eccezione al divieto di impianti di tal genere prevista da detta disposizione, relativa alla protezione del motore da danni o avarie e al funzionamento in tutta sicurezza del veicolo, anche laddove tale dispositivo contribuisca a prevenire l'invecchiamento o la formazione di incrostazioni nel motore.*

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA ANALIZZA I DISPOSITIVI SUL CONTROLLO DELLE EMISSIONI DEGLI AUTOVEICOLI ALLA LUCE DI UNA INTERPRETAZIONE MOLTO RESTRITTIVA OFFRENDO NUOVE PROSPETTIVE DI LETTURA DEL C.D. SCANDALO *DIESELGATE***

**Sommario:** *Premesse - 1. Le radici del problema - 2. Comincia ad emergere una questione etica - 3. Lo scandalo dieselgate ed il diritto della concorrenza - 4. Il procedimento di infrazione contro l'Italia - 5. Il contenzioso - 6. Altri rinvii pregiudiziali - 7. Conclusioni.*

### **Premesse**

Il «*dieselgate*» viene generalmente, e riduttivamente, descritto come un tentativo fraudolento, posto in essere da alcune case automobilistiche, volto ad alterare i dati delle emissioni delle vetture utilizzando, nelle prove di omologazione, sistemi elettronici (detti «*defeat device*» o «impianti di manipolazione») capaci di "comprendere" quando la vettura sta eseguendo tali prove e di incrementare, di conseguenza, il livello di *performance* del sistema di controllo delle emissioni. Viene assicurato così, per il breve periodo del *test*, il rispetto dei limiti tabellari previsti dalla specifica normativa<sup>1</sup>. La frode ha tardato ad emergere. Si riteneva infatti che gli impianti

<sup>1</sup> Cfr. allegato 1, Limiti emissioni, Regolamento (Ce) n. 715/2007, in *Gu-Ue* n. L 171 del 29 giugno 2007, p. 1. Il sistema di controllo delle emissioni è presidiato dal «sistema diagnostico di bordo» o «sistema OBD» in grado di identificare la probabile zona di malfunzionamento del sistema mediante codici di guasto inseriti nella memoria di un *computer*. Una spia segnala il malfunzionamento del sistema.

di manipolazione dei sistemi di controllo delle emissioni (legittimamente usati sia nella UE sia negli USA, se conformi a determinate "giustificazioni", di cui poi diremo) non fossero la causa delle discrepanze fra le emissioni di NO<sub>x</sub> delle autovetture *diesel* misurate in laboratorio o nei *test* di omologazione e quelle misurate su strada, perché tali discrepanze potevano essere sufficientemente spiegate dal fatto che la prova di laboratorio del ciclo di guida europeo (NEDC), ai fini della omologazione delle vetture, non rappresentava le reali (normali) condizioni di guida<sup>2</sup>. Il comportamento delle vetture durante i *test* di omologazione veniva pertanto assunto come un comportamento misurato in condizioni ottimali (perfette), quello durante il ciclo normale di utilizzo (che avrebbe dovuto essere presidiato dai sistemi di controllo di bordo della vettura) come fortemente influenzato da condizioni variabili e contingenti (stile di guida, circolazione in strade urbane o extraurbane, temperatura esterna, ecc.).

Ci si è chiesto ulteriormente se l'obiettivo del legislatore americano e di quello europeo, in un certo momento storico (approssimativamente tra il 1970 e il 2015), di fortemente limitare il livello delle emissioni prodotte dalle vetture, fosse *effettivamente* conseguibile senza costringere i costruttori ad effettuare costose innovazioni tecnologiche: in sostanza, se l'allora stato delle conoscenze (c.d. stato dell'arte tecnologico) consentisse di contenere i limiti delle emissioni previsti dal legislatore durante la normale utilizzabilità della vettura (e quindi in un periodo più ampio di quello di una finestra termica<sup>3</sup>) a costi economicamente sostenibili per l'industria automobilistica<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Il ciclo di prova NEDC (New European Driving Cycle) è stato introdotto nel 1992. È costituito dalla ripetizione di 4 cicli urbani e di 1 ciclo extraurbano, ad iniziali 22° di temperatura.

<sup>3</sup> Vogliamo dire che se si esamina il problema della riduzione delle emissioni delle vetture, occorre anche chiedersi quali sono i costi tecnologici per creare sistemi di controllo con una operatività molto estesa e non limitati ad una finestra termica (*thermal window*). La Commissione europea si fa paladina di una progressiva riduzione delle emissioni inquinanti; trova l'appoggio del Consiglio europeo che, in data 11 dicembre 2020, ha approvato un piano di riduzioni sino al 2030 molto stringente.

<sup>4</sup> V. *considerando* n. 7 del Regolamento n. 715/2007 del 20 giugno 2007, *cit. supra*, nota 1, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo che precisa: «quando si fissano norme sulle emissioni, occorre conoscere le implicazioni per i mercati e la competitività dei costruttori, i costi diretti e indiretti imposti alle imprese e i vantaggi sempre maggiori in termini di stimoli all'innovazione, di miglioramento della qualità dell'aria, di riduzione dei costi sanitari e di aumento della speranza di vita, come pure le implicazioni per il bilancio complessivo delle emissioni di CO<sub>2</sub>». Riporta critiche alla normativa americana sulle emissioni che sarebbe troppo rigida ed incapace di coniugare le esigenze dell'industria L. BOVENS, *The Ethics of Dieselgate*, in *Midwest Studies in Philosophy*, 2016, p. 262 ss.



La Commissione europea<sup>5</sup> non ha mai avuto dubbi sul fatto che i limiti imposti dalla normativa comunitaria alla produzione di emissioni nocive delle vetture fossero raggiungibili dalla tecnologia presente sul mercato ed ha avvertito che: «ogniquale volta siano disponibili sul mercato una tecnologia o un progetto migliori che consentono un maggiore controllo delle emissioni, questi dovrebbero essere utilizzati nella misura più ampia possibile (ovvero senza modulazione non giustificata)»<sup>6</sup>.

## 1. Le radici del problema

Il problema dei «*defeat device*» ha radici lontane. Già negli anni Settanta le Autorità americane, in particolare l'EPA (Environmental Protection Agency) e il CARB (California Air Resources Board), avevano ipotizzato che alcuni costruttori automobilistici usassero (sistemi) *software* per aggirare i controlli sulle emissioni prodotte dalle vetture. Non avevano però compreso le modalità di funzionamento di questi *software*<sup>7</sup>.

Erano state così introdotte normative che vietavano la manipolazione dei sistemi di controllo delle emissioni, facendo salve alcune eccezioni (giustificazioni).

In Europa la direttiva n. 98/69/Ce (che modifica l'allegato VII della direttiva n. 70/220/Cee), già precisava: «6.1.1. Qualunque strategia contraddittoria<sup>8</sup> di riduzione delle emissioni, che comporti una diminuzione dell'efficacia del sistema di riduzione delle emissioni in normali condizioni di funzionamento a bassa temperatura che non sia contemplata dalle

<sup>5</sup> V. *considerando* n. 5, del Regolamento n. 715/2007, *cit. supra*, nota 1, il quale afferma: «in particolare, per migliorare la qualità dell'aria e rispettare i valori limite riguardanti l'inquinamento occorre ridurre notevolmente le emissioni di ossido di azoto provocato dai veicoli con motore diesel. Ciò implica la necessità di raggiungere valori limite ambiziosi della fase Euro 6 senza dover rinunciare ai vantaggi dei motori diesel in termini di consumo di carburanti e di emissioni di idrocarburi e monossido di carbonio. Porre un tale obiettivo di riduzione delle emissioni di ossido di azoto in una fase iniziale darà ai costruttori di veicoli una sicurezza di programmazione a lungo termine e su scala europea».

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione, Documento orientativo sulla valutazione delle strategie ausiliarie di controllo delle emissioni e sulla presenza di impianti di manipolazione ai fini dell'applicazione del Regolamento n. 715/2007, (C(2017)352 finale) del 21 gennaio 2017.

<sup>7</sup> Nel Regolamento (Ue) n. 2021/341 sulla obsolescenza dei prodotti destinati ai consumatori sono previste specificatamente norme che vietano che gli apparecchi siano progettati in modo da riconoscere i *test* di prova (art. 1), in *Gu-Ue* n. L 68 del 26 febbraio 2021, p. 108 ss.

<sup>8</sup> V. Posizione comune (Ce) n. 30/2001, del 13 luglio 2001, definita dal Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'art. 251 del Trattato, in *Guce* n. C 301 del 26 ottobre 2001, pp. 43-56, ove si definiscono le *strategie contraddittorie di riduzione delle emissioni* come «qualunque strategia o dispositivo che, in normali condizioni di funzionamento del veicolo, riduca l'efficacia del sistema di controllo delle emissioni a un livello inferiore a quello previsto nella procedura di prova delle emissioni applicabile».

prove normalizzate relative alle emissioni, viene considerata come un impianto di manipolazione («*defeat device*»). Il legislatore del 1998 si poneva anche il problema di autorizzare (giustificare) i «*defeat device*» se dichiarati dal costruttore e se utilizzati per una finalità prevista dalla specifica normativa: era pertanto consentita la disattivazione del sistema di controllo durante il normale utilizzo del veicolo, ove necessaria per evitare un irreparabile danneggiamento del motore.

Inoltre, mentre alcuni operatori assumevano che non fosse autorizzata la disattivazione del sistema di controllo delle emissioni per preservare il motore del veicolo da invecchiamento, i costruttori di vetture erano di diverso avviso e ritenevano "giustificati" quei «*defeat device*» che, ad esempio, assicuravano il controllo delle emissioni solo in una condizione ambientale particolare (tra i 17° ed i 30°). Rimaneva però il fatto che il mancato funzionamento del sistema di controllo (disattivato in funzione della preservazione del motore) non era segnalato al conducente della vettura. Inoltre, un siffatto sistema era destinato a rimanere inattivo nella maggior parte dell'anno nei Paesi freddi.

La definizione di «*defeat device*» della direttiva 98/69/Ce è stata successivamente ripresa dall'art. 3, par. 10, del Regolamento (Ce) n. 715/2007<sup>9</sup>, che afferma: «un impianto di manipolazione (*defeat device*) è ogni elemento di progetto che rilevi temperatura, velocità del veicolo, velocità del motore (RPM), marcia innestata, depressione del collettore o altri parametri, al fine di attivare, modulare, ritardare o disattivare il funzionamento di una qualsiasi parte del sistema di controllo delle emissioni che riduca l'efficacia di tale sistema in modi che è lecito attendersi durante il normale funzionamento e il normale uso del veicolo». Sono pertanto considerate tutte le condizioni (attivare, modulare, ritardare o disattivare) che consentono di intervenire sul funzionamento dei sistemi di controllo delle emissioni e che sono prese in considerazione dai *test* di omologazione.

L'art. 5, par. 1, stessa disposizione, consente l'uso di impianti che *influiscono sulle emissioni* e permettono che il veicolo, *nell'uso normale*, soddisfi le prescrizioni del Regolamento. L'art. 5, par. 2, vieta, invece, l'uso di impianti di manipolazione che *riducono* l'efficacia di sistemi di controllo delle emissioni, con tre eccezioni (giustificazioni)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Non offre diverse indicazioni la Proposta di Regolamento che modifica il Regolamento (Ce) n. 715/2007 relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo, Bruxelles, 14 giugno 2019, Com(2019)208 final - 2019/0101 (COD).

<sup>10</sup> L'art. 3, punto 10, del Regolamento n. 715/2007, *cit. supra*, nota 1, definendo l'impianto di manipolazione, fa riferimento ad impianti che riducono l'efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni durante il normale funzionamento e il normale uso del veicolo. Pur essendo

Gli impianti di manipolazione sono, pertanto, consentiti, ma non possono ridurre l'efficienza dei sistemi di controllo durante *le normali condizioni d'uso del veicolo* (art. 5, par. 1), salvo non siano giustificati (art. 5, par. 2). Conseguentemente, il proprietario del veicolo deve, nell'uso quotidiano, affidarsi al regolare funzionamento dei sistemi di controllo delle emissioni.

Una *riduzione dell'efficienza* dei sistemi di controllo delle emissioni può essere giustificata in presenza di *condizioni eccezionali* di esercizio della vettura, ad esempio, il grave ed irreparabile danneggiamento del motore.

Come si diceva, i costruttori di vetture avevano iniziato ad usare i sistemi di manipolazione con la funzione di preservare il motore (*aging* o *clogging-up*) da invecchiamento. È noto che le basse temperature favoriscono le incrostazioni o la sedimentazione nel motore di residui se i sistemi di riduzione delle emissioni sono attivi. Tale tendenza è stata supportata da un autorevole parere, commissionato dalla VDA (Associazione dei costruttori tedeschi) a esperti del settore, il quale non esclude che sia perseguibile la finalità di protezione del motore dalla applicazione della normativa (Regolamento (Ce) n. 715/2007)<sup>11</sup>. Il tema diventava allora: il costruttore è legittimato ad intervenire sul processo di consunzione della vettura utilizzando i «*defeat device*» oppure questo processo può essere preservato solo attraverso le manutenzioni programmate? È immediatamente evidente che la finalità di preservare il motore non è quella che sta alla base della normativa sulle emissioni, se non nei limiti in cui si possa verificare, sulla vettura, una condizione di improvvisa insicurezza e che sia, pertanto, necessario un immediato intervento atto a preservare il motore. Non è rilevante (sotto il profilo normativo) la esigenza di assicurare maggior "durabilità" al motore della vettura<sup>12</sup>.

Il legislatore, prevedendo, all'art. 5, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 715/2007, tre eccezioni (giustificazioni), si rende perfettamente conto che esse avrebbero dovuto essere interpretate restrittivamente per evitare che venissero utilizzate dai costruttori strategie di riduzione del controllo delle emissioni non in linea con le finalità della normativa sulle emissioni. L'interpretazione restrittiva considera la stretta finalità del Regolamento (limitare le emissioni dei veicoli) e non altre finalità, seppur premianti.

L'uso normale del veicolo un elemento che caratterizza il «*defeat device*» né l'Avvocato Generale né la Corte di giustizia offrono particolari indicazioni in proposito.

<sup>11</sup> V. sul punto, M. BRAUN, *The Eu versus the Automotive Industry*, in *ATZelectronics worldwide*, 4 December 2020, pp. 36-41.

<sup>12</sup> Così *Who? What?, How?*, *Transport & Environment*, 2018, reperibile sul sito internet <https://www.transportenvironment.org/publications/dieselgate-who-what-how>.

La Commissione interveniva solo nel 2017, dieci anni dopo la pubblicazione del Regolamento (Ce) n. 715/2007, a chiarimento, con il *Documento orientativo sulla valutazione delle strategie ausiliarie di controllo delle emissioni e sulla presenza di impianti di manipolazione ai fini dell'applicazione del Regolamento n. 715/2007*<sup>13</sup>. Il documento precisa che il costruttore del veicolo deve fornire un'adeguata descrizione tecnica dei sistemi che operano sul controllo delle emissioni. Inoltre, deve fornire una valutazione del rischio comprendente una stima della probabilità che l'evento si verifichi e la gravità delle eventuali conseguenze, compresi i risultati delle prove eseguite a tale scopo<sup>14</sup>.

Viene meglio spiegato che la locuzione «funzionamento sicuro del veicolo» deve essere una ragione giustificatrice di una strategia della vettura che evita danni, condizionata all'assenza di una tecnologia sul mercato che eviti la disattivazione del sistema di controllo.

Dunque, in base a tale normativa, per i costruttori di vetture (esclusa l'ipotesi di sistemi che riconoscono i *test*, ipotesi sicuramente vietata) l'uso di sistemi di manipolazione è lecito quando ne è resa palese la finalità della strategia ed il limite tecnologico impedisce di disporre di altra tecnologia che consente, invece, il costante funzionamento del sistema di controllo.

## 2. Comincia ad emergere una questione etica

In Germania sono stati radicati procedimenti penali contro i vertici di alcune case automobilistiche. Si imputa in particolare ai loro amministratori una «*negligence in supervision*» sulle procedure di omologazione ed una frode nell'esercizio del commercio<sup>15</sup>. I giudici hanno rilevato che l'or-

<sup>13</sup> Documento orientativo sulla valutazione delle strategie ausiliarie di controllo delle emissioni e sulla presenza di impianti di manipolazione ai fini dell'applicazione del Regolamento n. 715/2007, *cit. supra*, nota 1.

<sup>14</sup> Si è rilevato che: «regulation 692/2008 does not explicitly define procedure by which manufacturers will disclose defeat device», R. MUNCRIEF - J. GERMAN - J. SCHULTZ, *Defeat devices under the US and EU passenger vehicle emission testing regulations*, Parigi, ICCT, 2016. La censura non sembra però meritata. Il Regolamento della Commissione n. 2017/1154, in *Gu-Ue* n. L 175 del 7 luglio 2017, p. 708 ss., modifica l'allegato I del Regolamento n. 2017/1151, in *Gu-Ue* n. L 175 del 7 luglio 2017, p. 1 ss., imponendo ai costruttori di vetture di rilasciare una dichiarazione sulle strategie AES utilizzate.

<sup>15</sup> V. art. 515 c.p.: «Chiunque, nell'esercizio di un'attività commerciale, ovvero in uno spazio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra, ovvero una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 2.065». Tale fattispecie è stata utilizzata dalla Procura della Repubblica di Verona in un procedimento penale contro gli amministratori di un costruttore di veicoli. Il procedimento volge verso l'archiviazione per assenza della prova del dolo. Incidentalmente si rileva

ganizzazione societaria – in termini generali – deve avere un’architettura tale da poter mantenere il costante controllo della gestione della tecnologia, specie di quella più avanzata (e, ovviamente, segreta). Pertanto si ritiene carente quell’organizzazione che lascia separata detta gestione dal controllo etico-legale e quindi da una corretta valutazione dei rischi<sup>16</sup>. Questa valutazione, nel suo complesso, coinvolge la conformità alla legge ed ai principi etici nonché la conservazione (e l’aumento) della reputazione presso gli *stakeholders*<sup>17</sup>. Si crea così un ideale conflitto tra *manager* (tecnici) e organi di controllo il cui esito dipende dalla scelta di politica aziendale: se prevale la componente tecnico/manageriale, è probabile che l’indirizzo strategico sia la massimizzazione della espansione produttiva<sup>18</sup> e uno scarso controllo da parte dell’azionariato e degli Organi interni (si pensi alle Funzioni di Vigilanza, di *Compliance* e di Revisione Legale). Questo modello attua un processo decisionale poco trasparente: esso tende a svilupparsi maggiormente nelle aree di incertezza normativa, ove la diffusione delle informazioni sulla tecnologia alle varie funzioni aziendali farebbe aumentare il rischio della loro dispersione<sup>19</sup>.

Alla opacità delle scelte strategiche interne corrisponde poca trasparenza verso gli azionisti (*shareholders*) e gli *stakeholders*.

Si consideri peraltro che dal 2010 il costruttore tedesco oggetto della decisione della Corte di giustizia si contendeva con un costruttore giappo-

che la frode in commercio è un reato presupposto della normativa di cui al dlgs n. 231/2001 dell’8 giugno 2001 concernente la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’art. 11 della l. n. 300 del 29 settembre 2000, in *Guri* n. 140 del 19 giugno 2001.

<sup>16</sup> Mancano elaborazioni su questo rapporto, mentre sono numerose quelle sulla c.d. finanza etica. È tuttavia indubbio che le imprese tendono a non diffondere, al loro interno, informazioni sulla tecnologia più sofisticata, sottraendole anche agli organi di controllo. Il fenomeno è amplificato quando vi è il rischio che questa tecnologia possa infrangere le regole.

<sup>17</sup> Si potrebbe verificare una diversa analisi da parte della Funzione della valutazione del Rischio rispetto a quella della Funzione di *Compliance*. La prima potrebbe utilizzare la relazione costi/benefici, mentre la seconda dovrebbe comunque valutare il rischio reputazionale anche alla luce della perdita di fiducia degli agenti economici esterni nei confronti della società per essere questa sottoposta a sanzioni o perdite finanziarie in genere. Questa dissonanza non si verifica se si usa una valutazione quantitativa del Rischio. In tale valutazione si tiene conto della situazione negativa che si può determinare sotto ogni profilo, anche reputazionale, con la conseguenza che si creano aspetti comuni di indagine.

<sup>18</sup> Propensione spiegata dalle teorie economiche manageriali. L. R. MARRIS, *The Economic Theory of "Managerial" Capitalism*, London, Palgrave Macmillan, 1964, ebbe ad elaborare un modello manageriale in condizioni di concorrenza imperfetta, nel quale i *manager* perseguono lo scopo della massimizzazione del tasso di crescita dell’impresa.

<sup>19</sup> Rileva un eccessivo individualismo dei *manager* tecnici nella strategia aziendale N. MANSOURI, *A Case Study of Volkswagen Unethical Practice in Diesel Emission Test*, in *International Journal of Science and Engineering Applications*, vol. 5, 2016, p. 211 ss. È peraltro sorprendente che i *manager* delle aziende coinvolte nel dieselgate, anche allorché cominciavano ad emergere numerosi sospetti sulla regolarità dei sistemi di controllo delle emissioni, non abbiano ritenuto di adottare programmi di *leniency* collaborando con le Autorità.

nese il ruolo di *leader* mondiale nelle vendite di vetture<sup>20</sup>. È possibile che il comportamento tenuto dal primo per aggirare la normativa americana fosse dettato dalla decisione strategica dei *manager* di divenire il maggior produttore mondiale di veicoli, acquisendo i vantaggi reputazionali di questo *status*.

La difficoltà della comprensione di una tecnologia così complessa da parte delle Autorità di controllo ha spinto (come diremo) i costruttori (coinvolti nel *dieselgate*) ad un *azzardo morale*, basato sull'accettazione (consapevole) del rischio di una scelta che sottende un inganno la cui scoperta viene ritenuta (sorprendentemente) poco probabile anche quando cominciavano ad emergere i primi segnali della frode<sup>21</sup>.

La teoria economica studia l'*azzardo morale* (o opportunismo post-contrattuale) come forma di asimmetria informativa che si sviluppa in una relazione commerciale, allorché una parte (*Agent*) è in grado di compiere azioni non osservabili (*hidden action*) dall'altra (*Principal*) oppure dispone di informazioni non da quest'ultima possedute (*hidden information*). È ricorrente l'esempio del proprietario di una vettura che si reca dal meccanico in caso di malfunzionamento del mezzo. Il proprietario può osservare l'azione, ma non è in grado di comprendere se il meccanico (*Agent*) opera correttamente e diligentemente, pertanto, tende a ridurre la propria attenzione, confidando nell'altrui *expertise*.

Nell'organizzazione societaria il *Principal* è l'azionista, il quale nomina l'*Agent* e lo investe del potere amministrativo. Pur potendosi differenziare l'interesse dell'azionista (tendenzialmente volto alla massimizza-

<sup>20</sup> B. GEORGEEVSKI - A. ALQUDAH, *The Effect of the Volkswagen Scandal (A Comparative Case Study)*, in *Research Journal of Finance and Accounting*, vol. 7, No. 2, 2016, p. 54 ss. A livello di vendite, nel 2015, nella UE primeggiava il Gruppo Volkswagen con 15 punti sulla seconda in classifica. A livello mondiale il gruppo VW era secondo in classifica sorpassato da Toyota da 4 anni consecutivi. Nel primo semestre del 2015 il gruppo VW superava la casa giapponese.

<sup>21</sup> D. NAGEL - L. KOEP - E. GUENTER, "*Diesel-Gate*" in *risk reporting – An analysis of risk communication in annual reports using the example of a disruptive event*, Springer link Forum, 2019. Ivi viene rilevato che: «the risk management process is detailed in the DIN ISO standard 31000:2018. According to the DIN ISO standard, the process consists of three stages: risk identification, risk assessment (risk analysis and evaluation) and risk control. Risk identification aims to identify sources of risk on the basis of historical data, theoretical analyses and expert opinions. As such, it helps to determine relevance. Risk analysis considers the level of risk and likelihood of its occurrence; extent of the effect and likelihood of occurrence are assigned to relevance. Risk evaluation classifies the acceptability or tolerability of risks against their ability to create value. Finally, risk management is dedicated to the selection and implementation of procedures and measures aimed at changing risks. In addition, risks should be monitored on an ongoing basis. Risk management is understood as an ongoing process in which planning, implementation, monitoring and improvement take place continuously. The steps involved in the process were identified during the manual content analysis of the report parts examined». V. anche, I. MAČAITYTĖ - G. VIRBAŠIŪTĖ, *Corporate social responsibility*, Kaunas University of Technology, Lithuania, Issue 1, 2018.

zione dei profitti) da quello dei *manager* (tendenzialmente volto alla massimizzazione della espansione dell'impresa), non dovrebbe verificarsi, tra questi, un rilevante *deficit* informativo. Allorché decresce questo *deficit* (e si creano efficaci strumenti per ottenere questo risultato), decresce anche lo spazio di discrezionalità tecnica dell'*Agent*.

L'*Agent* (sia che operi in base ad una propria strategia sia che informi l'azionista) tende, in primo luogo, ad assumere un comportamento reticente nei confronti del *Principal* se ritiene, attraverso una propria analisi, che quest'ultimo non sia in grado di accertare un eventuale comportamento fraudolento<sup>22</sup>.

I commentatori hanno rilevato che questo comportamento (*azzardo morale*) si basa su una valutazione costi/benefici, privata di un giudizio morale, non infrequente nel settore automobilistico. Il pensiero va immediatamente al caso *Pinto*, veicolo costruito da Ford<sup>23</sup>, che presentava elevati indici di pericolosità, ma che il costruttore non ritenne di ritirare dal

<sup>22</sup> Il fenomeno può essere osservato anche prima della relazione commerciale, quando una parte dispone di maggiori informazioni dell'altra. E chiamato di *selezione avversa*. L'esempio è quello dei commercianti di vetture che vendono prodotti scadenti (c.d. *lemon market*; si trae la definizione da G. A. AKERLOF, *The market for lemons*, in *Journal of economics*, MIT, 1970); la loro azione fa sì che il consumatore ritenga tutti i prodotti di quel genere di bassa qualità, trascinando al ribasso anche i prezzi di quelli migliori. Il mercato, premiando l'efficienza, dovrebbe spingere l'Agente ad agire correttamente, ma, tale correzione implica un ruolo attivo della domanda dei consumatori che dovrebbe essere capace di trasferirsi verso altro operatore, ove ravvisi l'inefficienza del primo. Quando ciò non accade, il mercato paga un tributo elevato e, alla lunga, potrebbe giudicare negativamente tutti i prodotti o i servizi degli operatori del settore. M. RIFKHAN (University of Kelaniya - Sri Lanka), *Social Responsibility: Does it Matter? Case study on Emission Scandals of Volkswagen and Mitsubishi*, in *International Journal for Innovation Education and Research*, vol. 5, n. 7 (2017), pp. 24-39. 2016, reperibile all'indirizzo internet <https://doi.org/10.31686/ijer.vol5.iss7.756>.

<sup>23</sup> Uno scandalo che ha avuto vasta eco ha riguardato il costruttore Toyota negli USA il quale dovette pagare somme astronomiche per non aver richiamato un numero elevato di veicoli che presentavano un difetto all'acceleratore che causava un rischio mortale e che era, a giudizio delle Autorità, noto al costruttore. Sul tema B. ROSS, *Toyota put sales over safety*, in *ABC News*, 19 marzo 2014. V. BUSINESS ETHICS, *The Ford Pinto, Moral Issues in Business*, N. Y., 2016 ove si afferma che: «Ford knew that the Pinto represented a serious fire hazard when struck from the rear, even in low-speed collisions. Ford officials faced a decision. Should they go ahead with the existing design, thereby meeting the production timetable but possibly jeopardizing consumer safety? Or should they delay production of the Pinto by redesigning the gas tank to make it safer and thus concede another year of subcompact dominance to foreign companies? Ford not only pushed ahead with the original design but stuck to it for the next six years. What explains Ford's decision? The evidence suggests that Ford relied, at least in part, on cost-benefit reasoning, which is an analysis in monetary terms of the expected costs and benefits of doing something. There were various ways of making the Pinto's gas tank safer. Although the estimated price of these safety improvements ranged from only \$5 to \$8 per vehicle, Ford evidently reasoned that the increased cost outweighed the benefits of a new tank design. How exactly did Ford reach that conclusion? We don't know for sure, but an internal report, "Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires," reveals the cost-benefit reasoning that the company used in cases like this. This report was not written with the pinto in mind; rather, it concerns fuel leakage in rollover accidents (not rear-end collisions), and its computations applied to all Ford vehicles, not just the Pinto. Nevertheless, it illustrates the type of reasoning that was probably used in the Pinto case».

mercato (pur in presenza di eventi mortali), giudicando superiori i guadagni rispetto ai costi necessari per risarcire le vittime dei sinistri<sup>24</sup>. In questa ottica scompaiono dalla valutazione del rischio gli elementi del *risk tolerance* e del *risk appetite*<sup>25</sup>.

L'utilizzo di un *azzardo morale* porta l'*Agent* a conseguire, nell'immediato, vantaggi competitivi sui concorrenti: i costruttori coinvolti nel *dieselgate* sono riusciti infatti ad entrare nel difficile mercato americano, diventandone, ben presto, *leader*<sup>26</sup>.

Poiché sono coinvolti nel *dieselgate* diversi costruttori, se ne deduce che vi è stata, da parte degli stessi, una condivisione della consapevole accettazione del rischio assunto<sup>27</sup>.

I costruttori tedeschi coinvolti nel *dieselgate* hanno però trascurato il fatto che l'ambiente americano, ove lo scandalo è emerso, non aveva alcuna soggezione verso i marchi importanti e vi era una forte indipendenza delle Autorità, molto sensibili ai problemi ambientali. Molto diverso (come diremo) l'approccio delle Autorità tedesche, peraltro intervenute con notevole ritardo.

La cultura americana è permeata dal concetto di Responsabilità Sociale. Si è rilevato<sup>28</sup> che: «Nowadays, the concept of Corporate Social Re-

<sup>24</sup> M. TOEBEM, *Critical lessons from the VW scandal; Ethical Failings Precipitated the Auto Giant's Reputation Crisis*, Corporate Compliance Insights, reperibile all'indirizzo internet <https://www.corporatecomplianceinsights.com/lessons-volkswagen-scandal-ethical-failings/>, 11 settembre 2020.

<sup>25</sup> Il *Risk Appetite Framework* offre un quadro: *i.* della propensione al rischio; *ii.* della soglia di tolleranza; *iii.* dei limiti dei rischi; *iv.* della *policy* di *risk governance*. Questi parametri sono individuati analizzando il modello di *business*, la strategia e stabilendo il rischio massimo che si vuole assumere. Il *Risk Appetite Framework* costituisce quindi una sorta di area di sicurezza entro la quale muoversi, sapendo di correre rischi calcolati e dei quali ci si può far carico.

<sup>26</sup> D. CROOKS - I. WISE, *Volkswagen, The Failure of Perfection and Moral Hazard: What Price Victory?* Wagner College, New York, USA, 2016. Ivi si rileva: «In the year 2015, it became publically known that Volkswagen employees created and deployed software designed to thwart emissions testing equipment. Volkswagen employees' high internal locus of control and high elasticities of behavior to rewards were united with executives' low expectations of disclosure and high expectation of rewards to create strong incentives to use deceitful emissions systems. Employees' engaging in utilitarian, moral hazard based behaviors succeeded in increasing revenue for many years».

<sup>27</sup> Cfr. L. BLAZED, *Failure of the corporate responsibility system in a large multinational corporation case study "dieselgate"*, Scientific Papers of the University of Pardubice, 2018, ove viene significativamente indicato che: «Of course, our research did not seek to find the specific culprits. These can be proven only by means of a police investigation. However, the conducted analyses provide a more or less unambiguous conclusion that it was not a separate action of a few engineers. It can be reasonably assumed that the people who decided on the solution, implemented it, or at least knew about it, or could know about it, included a number of managers in relatively high positions of the Group's hierarchy. It should also be pointed out that the formally highly rated».

<sup>28</sup> I. C. MARIS, *The automotive industry and the dieselgate case*, Tampere University, Master's Thesis, December 2019, reperibile all'indirizzo internet <https://trepo.tuni.fi/bitstream/handle/10024/118588/MarisIoanaCorina.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.



sponsibility seems to be one of the major factors of competitiveness among companies nevertheless theoretical basis regarding this phenomenon started several years ago. Over the years several individuals exposed their thought in relation to the ethical and unethical purpose of the companies towards the society. The American engineer, Dave Packard in his famous speech, *The HP Way: How Bill Hewlett and I Built Our Company*, argued that often people have a very unique vision when they think to the concept of company, the majority of people think that the only reason for the existence of an organization is to make monetary profits. It is difficult to think to other reasons but nevertheless, an organization as well as having the goal of producing money can also be seen as a group of people who try together to produce something for the community that otherwise would not be able to do if they worked individually. In connection with the case, the automotive industry gives a significant started in the US and moved in Europe».

La Stato della California ha ritenuto, di recente, che un modo efficace per disincentivare comportamenti illeciti sia quello di aumentare le pene (quindi il costo derivante dalla scoperta dell'illecito) ed attivare contemporanei programmi di *leniency*. In tal modo l'*Agent* viene, da una parte, indotto a desistere da comportamenti illeciti e, dall'altra, "ricompensato" per tale decisione<sup>29</sup>. Nella lettera del 14 ottobre 2020 del CARB (California Air Resources Board), ente statale deputato al controllo delle emissioni, viene lanciato un chiaro messaggio ai costruttori: ora che sappiamo come scoprire i «*defeat device*», vi invitiamo a dirci se li usate. Se fate così, potrete avere facilitazioni.

I programmi di *leniency* hanno mostrato di ben operare anche nell'Unione europea nel settore della concorrenza, inducendo molte imprese a dissociarsi da comportamenti illeciti. La dissociazione funziona da incentivo nel momento in cui il premio (vantaggio) è superiore agli effetti nega-

<sup>29</sup> D. CROOKS - I. WISE, *Volkswagen, The Failure of Perfection and Moral Hazard: What Price Victory?*, cit. *supra*, nota 26. Si precisa: «Some researchers posit that using moral hazard to make decisions is not necessarily due to a lack of morality or a moral failing, but rather is due to a utility calculation. For example, moral hazard theory is used regularly in calculating experience-rating of insurance premiums (e.g., auto, fire, flood, health, unemployment, retirement) as a means to embed negative consequences for consumers into the premium price in order to decrease consumers' moral hazard. Other researchers posit that using moral hazard is based on morality because it requires redistribution of positive and negative outcomes, and the redistribution requires moral justification». Esamina i comportamenti delle imprese sul mercato in funzione delle utilità perseguite (*payoff*) la teoria economica dei giochi e, in particolare, il modello detto del "dilemma del prigioniero". Questo modello è stato proposto dal matematico statunitense A.W. TUCKER nel 1950. In ambito economico il modello è stato utilizzato per spiegare casi in cui la decisione della impresa, e la sua eventuale collaborazione con l'Autorità, sono condizionate dalla quantità della ricompensa rispetto alle conseguenze negative del rischio assunto. La ricompensa funziona da incentivo della scelta.

tivi che si ipotizza potrebbero essere subiti. Gli economisti rintracciano questa scelta di legalità in una mera convenienza economica.

L'agire dell'impresa, in termini razionali, è volto ad acquisire la supremazia del mercato e, in questa prospettiva i *manager* possono compiere valutazioni errate, dettate da eccessiva fiducia nelle proprie capacità. Ad esempio, quando un'impresa decide di partecipare, con altre imprese, ad un cartello, effettua una valutazione del rischio, considerando la probabilità di essere scoperta, la quantità della misura repressiva, il possibile guadagno se non si viene scoperta. La decisione tiene inoltre conto di elementi di contorno e non solo del rapporto costi-benefici. Questo comportamento è esaminato nella teoria dei giochi e, in particolare, nel celebre "dilemma del prigioniero" di A. Tucker (nota 29); modello economico basato su una conoscenza imperfetta dei comportamenti altrui e su decisioni utilitaristiche e di convenienza.

Se si guarda al contesto ambientale comunitario appare difficile da spiegare la posizione del Ministero dei trasporti tedesco che rileva l'inadeguatezza della normativa in relazione all'insussistenza, a suo dire, di un obbligo di rendere palesi le proprie strategie di controllo delle emissioni («*nemo tenetur se ipsum accusare*»<sup>30</sup>). Assunto a dir poco sorprendente, considerato anche che il Regolamento (Ue) n. 2016/646<sup>31</sup>, del quale erano ampiamente noti i lavori preparatori, richiede l'esplicitazione della strategia adottata dal costruttore. Infatti, anche a voler considerare l'importanza e la segretezza delle tecnologie usate, è evidente che non vi sarebbe alcuna ragione per non dichiararle. Peraltro, la normativa riserva alle dichiarazioni del costruttore la tutela del segreto commerciale. Il principio del «*nemo tenetur se ipsum accusare*» appare inapplicabile: quand'anche non fosse possibile, in un ordinamento giuridico, creare una norma che obblighi "il colpevole" a confessare (e lo punisca per tale fatto) è sempre possibile creare un meccanismo di *leniency*<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Il principio è di frequente utilizzato nei tribunali anglosassoni, non solo nelle relazioni parentali, ma anche nelle relazioni industriali: A. ALSCHULER, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, in *Michigan Law Review*, 1995, p. 2625. V. Parlamento Europeo, *Working document n. 4, on the inquiry into emission measurements in the automotive sector*, 16 dicembre 2016, che precisa: «in fact, the request by the US EPA to Volkswagen to justify the emission strategies used in their diesel cars in the US was at the origin of the admission of the use of prohibited defeat devices. Without the obligation for car manufacturers to disclose and, where necessary, justify their emission strategies, identifying with certainty a defeat device implemented in software requires a lengthy and burdensome reverse-engineering procedure with no guarantee of success. This reverse engineering procedure would be impractical as a way of systematically searching for defeat devices during the type-approval process. On the other hand, abnormalities can possibly be uncovered by varying the parameters of the test».

<sup>31</sup> In *Gu-Ue* n. L 109 del 26 aprile 2016, p. 1 ss.

<sup>32</sup> Cfr. Commissione europea, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a., del Regolamento (Ce) n. 1/2003, in *Gu-Ue* n. C 210 dell'1 set-

### 3. Lo scandalo *dieselgate* ed il diritto della concorrenza

La Commissione europea nel 2016 si rendeva conto che il disallineamento tra i dati sulle emissioni che emergevano nei *test* omologativi e in quelli prodotti dalle vetture sul campo derivava da una attività fraudolenta dei costruttori di vetture ed avviava un'indagine conoscitiva. Nel 2017 affermava che: «era possibile che alcune aziende automobilistiche avessero formato un cartello che impediva l'immissione sul mercato di sistemi di catalizzazione in grado di tenere sotto controllo le emissioni inquinanti. La presunta collusione si potrebbe essere verificata tra il 2006 e il 2014 e si potrebbe essere materialmente consumata durante incontri tecnici tra case automobilistiche<sup>33</sup>. Di conseguenza, ai consumatori europei potrebbe essere stata negata l'opportunità di acquistare auto con la migliore tecnologia ambientale disponibile». Il Commissario europeo per la concorrenza, M. Vestager dichiarava in proposito che: «le aziende possono *cooperare* in molti modi per migliorare la *qualità* dei loro prodotti, ma le *regole* di concorrenza dell'UE non consentono loro di colludere esattamente per il *fine opposto*: non migliorare i loro prodotti, non competere». In particolare, in un Comunicato del 5 aprile 2019, la Commissione precisava che: «The European Commission has informed BMW, Daimler and VW (Volkswagen, Audi, Porsche) of its preliminary view that they have breached EU *antitrust* rules from 2006 to 2014 by colluding to restrict competition on the development of technology to clean the emissions of petrol and diesel passenger cars. The Commission's preliminary view is that the car manufacturers' behaviour aimed at restricting competition on innovation for

tembre 2006, p. 2 ss. V. anche AGCM, Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della L. 10 ottobre 1990, n. 287 e succ. mod. Di notevole interesse, N. NEYRINCK, *Granting incentives, deterring collusion, The leniency policy*, Working Paper, Institut d'Etudes Juridiques europeennes, 2/2009, ove si esamina l'utilizzo dei programmi di *leniency* come strumento di lotta ai cartelli. Questi programmi sono stati introdotti nel 1978 negli USA e nel 1996 nella UE.

<sup>33</sup> Comunicazione relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese, in *Guce* n. C 75 del 29 luglio 1968, p. 3 ss. V., inoltre, Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Gu-Ue* n. C 11 del 14 gennaio 2011, p. 1 ss. Di notevole interesse la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2015 in causa n. C-286/13 P, *Dole Food Company e altri c. Commissione europea*, EU:C:2015:184. Nella sentenza si precisa che ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune. Si precisa poi che se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o atteso dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano per oggetto, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato.

these two emission cleaning systems and in doing so, denied consumers the opportunity to buy less polluting cars, despite the technology being available to the manufacturers». Nella sostanza, la UE riteneva che i costruttori – commettendo un grave illecito concorrenziale – potessero aver rinunciato a farsi concorrenza fra loro sulla innovazione tecnologica, producendo vetture meno inquinanti<sup>34</sup>.

Il comportamento dei costruttori di vetture coinvolti nel caso *dieselgate* potrebbe anche violare l'art. 101 TFUE. La norma impone alle imprese che operano sul mercato di evitare comportamenti collusivi volti a danneggiare il consumatore, frenare la concorrenza fra le imprese, ridurre gli incentivi a produrre e creare cartelli. In particolare, la norma vieta accordi che limitano o controllano la produzione e che disincentivano lo sviluppo tecnico.

Nel caso in esame si può ipotizzare che alcune imprese automobilistiche abbiano consapevolmente sostituito al rischio del gioco della concorrenza la sicurezza di non belligerare sulla innovazione, accordandosi su una soluzione tecnologica matura che consentiva loro di risparmiare nelle spese di ricerca e sviluppo, ma danneggiava i consumatori, privati di migliore tecnologia<sup>35</sup>.

Tale comportamento realizza un cartello fra concorrenti mediante il quale (se provato) si verificherebbe un controllo della produzione e una limitazione dello sviluppo tecnologico dei prodotti; pertanto potrebbe presentare un elevato grado di dannosità se esaminato alla luce degli obiettivi del Trattato. In tali forme collusive (da accertare) la convenienza strategica prevale sulla concorrenza per meriti (*competiton on the merits*).

I cartelli nel settore automobilistico sono molto frequenti. Nella relazione della Commissione europea sulla concorrenza relativa al 2018, viene evidenziato che, nel settore automobilistico, sono state irrogate, da essa Commissione, varie sanzioni verso imprese automobilistiche per la costituzione di cartelli anticoncorrenziali. Uno ha riguardato le candele di accensione ed ha coinvolto i fornitori tedeschi e giapponesi; un altro ha riguardato i sistemi di frenata. In entrambi i casi i fornitori di pezzi di ricambio si erano prefissi di coordinare i rispettivi comportamenti di merca-

<sup>34</sup> La Commissione riteneva che fosse stato ritardato il controllo di sistemi denominati Selective Catalytic Reduction (SCR) e Otto Particulate Filters (OPF); sistemi che avrebbero potuto efficacemente operare sulle vetture per ridurre le emissioni. A ben vedere questo cartello incideva anche sulle cennate giustificazioni per le strategie di controllo delle emissioni perché ritardava l'accesso sul mercato di una nuova tecnologia che appariva più efficiente, ma più costosa.

<sup>35</sup> Commissione europea, 18 settembre 2018, Antitrust opens formal investigation into possible collusion between BMW, Daimler and the VW Group on clean emission technology. Il caso è rubricato al n. AT.40178.

to con lo scambio di informazioni sensibili e sui prezzi. Altri cartelli hanno riguardato i cuscinetti, i cablaggi per automobili, la schiuma flessibile utilizzata per sedili di autoveicoli, i riscaldatori da parcheggio per autovetture e mezzi pesanti, gli alternatori e i motorini di avviamento, i sistemi termici, i sistemi di illuminazione e i sistemi di sicurezza destinati alla protezione degli occupanti delle autovetture. Nella relazione per l'anno 2019 la Commissione dà atto di aver accertato due cartelli per la fornitura di cinture di sicurezza, *airbag* e volantini: tutte le imprese coinvolte hanno ammesso la partecipazione ai cartelli e hanno accettato un accordo con la Commissione.

Appare un contesto ambientale di forte decadimento etico. Peraltro, non si possono non ricordare i numerosi casi trattati dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia circa comportamenti di costruttori automobilistici che avevano concertato azioni, negli anni Ottanta-Novanta, per compartimentare i mercati nazionali evitando una corretta circolazione dei beni sul mercato unico comunitario.

Vi è però da dire che la presenza di *standard* tecnologici comuni sul mercato ha fatto conseguire notevoli vantaggi ai consumatori: basti pensare allo *standard* tecnico AdBlue, adottato con successo da molti costruttori automobilistici che probabilmente non avrebbero avuto risorse per effettuare ricerche su questa tecnologia.

#### 4. Il procedimento di infrazione contro l'Italia

Nel maggio 2017 la Commissione europea ha aperto una serie di procedure di infrazione contro alcuni Stati europei – tra essi l'Italia – per non aver fatto osservare le regole di omologazione<sup>36</sup>. Inviava poi una lettera formale di contestazione dell'addebito.

L'Italia è incolpata di non aver adeguatamente controllato e valutato i *test* di omologazione della vettura di un costruttore relativi alle emissioni.

L'art. 8 del Regolamento n. 2018/858 sulla omologazione delle vetture, che sostituisce la direttiva n. 2007/46, in vigore dal 1° settembre 2020, introduce ora, molto opportunamente, un obbligo di sorveglianza sul mercato a carico delle Autorità locali<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Commissione europea, Commission opens infringement procedure against Italy for breach of EU rules on car type approval, 17 maggio 2017.

<sup>37</sup> L'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 2018/858, in *Gu-Ue* n. L 151 del 14 giugno 2018, p. 1, afferma: «Obblighi delle autorità di vigilanza del mercato. Le autorità di vigilanza del mercato effettuano controlli regolari per verificare che i veicoli, i sistemi, i componenti e le entità tecniche indipendenti siano conformi alle pertinenti prescrizioni. Tali controlli sono effettuati su scala adeguata tramite controlli documentali e, se del caso, prove di laboratorio e prove su strada effettuate sulla base di campioni statisticamente rilevanti. Nell'effettuare tali controlli,

## 5. Il contenzioso

A questo punto possiamo esaminare la decisione della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 (v. *infra*, nota 39). Essa, come vedremo, è stata fortemente influenzata dalla perspicace *Opinion* dell'Avvocato Generale Sharpston, presentata il 30 aprile 2020 (nota 39). Va ricordato che nella vicenda è coinvolto un costruttore tedesco di vetture. Il caso trae origine da un procedimento penale per frode commerciale pendente avanti una corte francese. Nell'indagine gli esperti della Procura della Repubblica di Parigi avevano individuato che la valvola EGR, utilizzata nel modello di vettura che veniva considerato, si apriva durante la fase dei *test* di omologazione limitando le emissioni, mentre si richiudeva in determinate circostanze durante l'uso normale del veicolo, aumentandole. Gli esperti ritenevano pertanto che la valvola fosse un «*defeat device*».

Il costruttore usava sulle proprie vetture la valvola EGR per gestire le emissioni prodotte dal motore. Questa valvola costituiva un sistema ausiliario di controllo delle emissioni (AEC). La valvola era comandata da un *software* che "capiva" se la vettura era sottoposta ad un *test* di omologazione: era, pertanto, una valvola "intelligente". La strategia adottata (ma non dichiarata) dal costruttore trattava, pertanto, in modo differente, le emissioni prodotte durante i *test* di omologazione da quelle prodotte durante il normale ciclo di utilizzo della vettura. Durante quest'ultimo ciclo, la valvola, se ravvedeva condizioni climatiche avverse (ad esempio un eccessivo abbassamento della temperatura), disattivava il sistema di controllo delle emissioni, al fine di proteggere il motore da una eccessiva produzione di residui («*clogging-up*»). Così operando, faceva aumentare le emissioni prodotte dal mezzo.

Questi gli antefatti. Il tribunale francese effettua un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Con il primo quesito il Giudice remittente chiede alla Corte se un programma integrato in una centralina di controllo del motore che agisca su quest'ultima sia un *elemento di progetto* come previsto dal Regolamento (Ce) n. 715/2007. La risposta dell'Avvocato Generale è affermativa perché un *software* integrato è un elemento originariamente previsto dal costruttore per effettuare la sua strategia di controllo delle emissioni. L'Avvocato Generale utilizza una nozione molto ampia di «elemento di progetto». Afferma che tale elemento può essere costituito tanto da elementi meccanici quanto da elementi elettronici (*software*) che, agendo sul funzionamento del sistema di controllo delle emissioni e riducendo-

le autorità di vigilanza del mercato tengono conto: a) dei principi consolidati di valutazione del rischio; b) dei reclami motivati; c) di eventuali altre informazioni pertinenti, compresi le informazioni scambiate in seno al forum e i risultati delle prove pubblicati da terzi riconosciuti che rispettano le prescrizioni stabilite dagli atti di esecuzione di cui all'articolo 13, paragrafo 10».

ne l'efficacia, determinano l'attivazione degli elementi medesimi. Deve essere un elemento *proveniente dal costruttore* del veicolo. Trattandosi di un *software* di bordo, ha poca rilevanza il fatto che sia preinstallato prima della vendita del veicolo o "scaricato" successivamente, nell'ambito di un aggiornamento (imposto o raccomandato dal costruttore stesso). Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, non potrebbe essere considerato installato *solo su iniziativa del proprietario o dell'utilizzatore del veicolo*, senza collegamenti con il costruttore.

Con il secondo quesito il giudice remittente chiede alla Corte se possono considerarsi sistemi di controllo solo quelli che riducono le emissioni a valle del processo di produzione delle emissioni (sistemi catalitici di riduzione dei NO<sub>x</sub>) oppure anche quelli che operano durante la fase di combustione del motore. L'Avvocato Generale osserva che esistono due metodi principali che consentono ai costruttori di ottimizzare le prestazioni dei veicoli sul piano delle emissioni inquinanti: da un lato, le strategie c.d. «interne al motore» (come il sistema EGR), consistenti nel minimizzare la formazione di gas inquinanti nel motore stesso, e, dall'altro, le strategie c.d. di «post-trattamento», consistenti nel trattare le emissioni dopo la loro formazione (ad esempio, il sistema catalitico di cattura dei NO<sub>x</sub>). Il costruttore propone un'interpretazione assai restrittiva della nozione di «sistema di controllo delle emissioni». A suo avviso, tale nozione può indicare soltanto i componenti relativi alle emissioni che si trovano *nel* sistema di scarico, escluse le strategie di controllo delle emissioni interne al motore. Tale interpretazione si basa (essenzialmente) sull'art. 2, punto 18, del Regolamento (Ce) n. 692/2008 secondo cui, in relazione al sistema diagnostico di bordo (OBD), il «sistema di controllo delle emissioni», è «il dispositivo di controllo per la gestione elettronica del motore e qualunque componente *del sistema di scarico* (...) in relazione con le emissioni che invia un input o riceve un output dal dispositivo di controllo».

L'Avvocato Generale afferma che la distinzione tra strategie interne al motore e metodi di post-trattamento dei gas di scarico non è prevista dal Regolamento (Ce) n. 715/2007. Le emissioni sono misurate sempre all'uscita del sistema di scarico. Nel caso in esame i gas sono reindirizzati «*into the air supply for the engine, to reduce final NO<sub>x</sub> emissions*». L'Avvocato Generale ha buon gioco nell'affermare che la definizione di sistema di controllo offerta dal Regolamento (Ce) n. 692/2008 non autorizza l'interpretazione del costruttore. Nella sostanza, se un sistema interviene nell'uso normale del veicolo sul sistema di controllo (modificandone il funzionamento) è un «*defeat device*» a qualsiasi livello della vettura sia posto (anche intermedio). Anche perché è in grado di disattivare il sistema di controllo delle emissioni della vettura.

La terza questione riguardava il significato («concetto») di «impianto di manipolazione» e se esso potesse ricomprendere un dispositivo che rilevi tutti i parametri di omologazione della vettura ed agisca sulle centraline di controllo. Poteva sorgere, infatti, il dubbio interpretativo che l'*uso normale* del veicolo fosse una nozione «virtuale» ricavabile dalla normativa sui *test* di omologazione e che non avesse alcun riferimento con le condizioni di vita reale: quindi che i costruttori fossero necessitati a prendere come riferimento le condizioni dei *test*, ritenendole condizioni normali di utilizzo.

L'Avvocato Generale risponde affermativamente al quesito e indica la debolezza della tesi del costruttore. Rileva che, se è vero che il quadro normativo non appare molto preciso, ancorché più volte emendato, tuttavia, quella che appare univoca (o sufficientemente attendibile) è un'interpretazione sistematica.

Precisa che, dagli atti, risulta che il sistema EGR funziona secondo due modalità, comandate dal *software* controverso. Quando individua un ciclo caratteristico del *test* di omologazione, il sistema EGR passa in «modalità 1»; quando individua la mancanza delle condizioni caratteristiche del *test* di omologazione, il sistema opta per la «modalità O». In modalità 1 la valvola EGR presenta un maggiore grado di apertura e consente al veicolo di rispettare i limiti normativi in termini di emissioni di NO<sub>x</sub>. Viceversa, in modalità O (ossia, in pratica, la modalità esistente in condizioni di guida reali), la valvola EGR non è completamente disattivata, ma la sua apertura è ridotta. Ciò determina emissioni di NO<sub>x</sub> ad un livello notevolmente superiore a quello che si manifesta nei *test* e, in ogni caso, porta a un risultato non conforme ai limiti fissati dal Regolamento (Ce) n. 715/2007. L'Avvocato Generale rileva che, come osservato dalla Commissione e dal Governo francese, è evidente che il dispositivo in questione regola il funzionamento di una parte del sistema di controllo delle emissioni, in quanto fa variare il livello di emissioni in base all'individuazione di diversi parametri predefiniti, passando da una modalità all'altra. In altri termini, scegliendo tra due differenti modalità la procedura messa in atto ha come effetto di attenuare l'efficacia del sistema di controllo delle emissioni. Il fatto che tale procedura generi una maggiore attivazione solo quando sono individuate le condizioni proprie del *test* di omologazione non incide in alcun modo su tale rilievo. L'Avvocato Generale precisa poi che non esiste una *dicotomia* tra la fase dei *test* effettuati ai fini dell'omologazione per tipo di un veicolo e il periodo successivo d'uso normale del veicolo. L'omologazione dei veicoli a motore si basa su *procedure di prova che devono*, per quanto possibile, *corrispondere all'uso normale futuro del veicolo*, in seguito alla sua immissione nel mercato. Il *test* non riproduce *ex ante* tutte le condizioni reali di guida che il veicolo affronterà duran-



te il suo uso normale. Pertanto, un dispositivo che rilevi tutti i parametri connessi allo svolgimento delle procedure di omologazione previste dal medesimo Regolamento, al fine di attivare o intensificare, nel corso delle procedure stesse, il funzionamento di una qualsiasi parte del sistema di controllo delle emissioni e ottenere così l'omologazione del veicolo, rappresenta un «impianto di manipolazione» ai sensi di tale disposizione. Ciò anche qualora l'intensificazione del funzionamento del sistema di controllo delle emissioni possa parimenti intervenire allorquando le condizioni che hanno come effetto di determinare tale intensificazione si presentino nella circolazione reale.

La tesi dell'Avvocato Generale è rafforzata dall'art. 13 del Regolamento (Ue) sulle omologazioni n. 2018/858 (in vigore dall'1° settembre 2020) che considera come «*defeat device*» gli impianti che contengono strategie per ridurre le emissioni nella fase dei *test*<sup>38</sup>.

La quarta questione riguarda le giustificazioni dell'art. 5, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 715/2007. L'Avvocato Generale esclude dalle giustificazioni quelle riguardanti la protezione del motore dai processi di invecchiamento (*aging or clogging-up*): un impianto di manipolazione deve essere consentito solo se è necessario per proteggere il motore da *avarie che si manifestano in modo inopinato ed improvviso*.

Nella sostanza, l'eccezione (giustificazione) non è usata dal costruttore per la finalità voluta dalla norma che è quella di preservare il veicolo da: «immediate risks of damages which affect the reliability of the engine and cause the vehicle to present a real danger when it is driven».

Con notevole arguzia l'Avvocato Generale rileva che: «sul piano logico-sistematico, occorre fare altresì riferimento all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento n. 715/2007: quest'ultimo sancisce l'obbligo di garantire che le emissioni dallo scarico risultino effettivamente limitate per tutta la normale durata di vita dei veicoli in condizioni normali di utilizzazione. Un dispositivo il cui unico scopo fosse quello di assicurare il rispetto dei limiti normativi al momento dei test effettuati in laboratorio sarebbe de facto contrario a tale obbligo». L'Avvocato Generale, al par. 139 delle proprie conclusioni, precisa che: «come correttamente rilevato dalla Commissione e dal governo francese, il processo di invecchiamento del motore e la formazione di incrostazioni all'interno dello stesso o di una sua parte costituiscono il risultato inesorabile di un uso normale del veicolo». Che è quanto dire che il processo di invecchiamento del motore fa parte dell'uso

<sup>38</sup> V. anche il *considerando* 36 del Regolamento n. 2018/858, *cit. supra*, nota 36, relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi (...).

normale del veicolo, non deve essere giustificato da eccezioni normative o corretto da meccanismi che alterano la produzione delle emissioni.

Si tratta, quindi, di effetti ordinari e prevedibili dell'accumulo progressivo di impurità nel motore per tutta la normale durata di vita del veicolo, in condizioni d'uso normali – effetti che è possibile, peraltro, attenuare grazie a interventi periodici di manutenzione, pianificati a lungo termine. Non si tratta quindi di avarie, né di danni, né di minacce gravanti sul funzionamento sicuro del veicolo».

La Corte di giustizia accoglie totalmente i percorsi argomentativi e le conclusioni dell'Avvocato Generale e con sentenza del 17 dicembre 2020<sup>39</sup> afferma che: «1. L'articolo 3, punto 10, del regolamento (CE) n. 715/2007 (...) dev'essere interpretato nel senso che costituisce un "elemento di progetto", ai sensi di tale disposizione, un software integrato nella centralina di controllo del motore o che agisce su di essa, qualora agisca sul funzionamento del sistema di controllo delle emissioni e ne riduca l'efficacia. 2. L'articolo 3, punto 10, del regolamento (CE) n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che rientrano nella nozione di "sistema di controllo delle emissioni", ai sensi di tale disposizione, sia le tecnologie e la strategia cosiddetta "di post-trattamento dei gas di scarico", che riducono le emissioni a valle, ossia dopo la loro formazione, sia quelle che, al pari del sistema di ricircolo dei gas di scarico, riducono le emissioni a monte, ossia al momento della loro formazione. 3. L'articolo 3, punto 10, del regolamento (CE) n. 715/2007 deve essere interpretato nel senso che costituisce un "impianto di manipolazione", ai sensi di tale disposizione, un dispositivo che rilevi qualsiasi parametro connesso allo svolgimento delle procedure di omologazione previste da tale regolamento, al fine di migliorare le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni durante le procedure stesse e, quindi, di conseguire l'omologazione del veicolo, sebbene tale miglioramento possa essere ottenuto, in maniera puntuale, anche in condizioni di normale utilizzo del veicolo. 4. L'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 715/2007 dev'essere interpretato nel senso che un impianto di manipolazione, come quello oggetto del procedimento principale, che migliori sistematicamente, durante le procedure di omologazione, le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni dei veicoli al fine di rispettare i limiti di emissione fissati dal regolamento stesso e, quindi, di

<sup>39</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 in causa n. C-693/18, Procedimento penale a carico di X, EU:C:2020:1040. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston sono state presentate il 30 aprile 2020, EU:C:2020:323. Tra i più autorevoli commenti alla sentenza: A. RIGAUX - D. SIMON, *Environnement - Emissions des véhicules*, Europe, Parigi, 2021, n° 2 Février; M. WILL, *Unionsrechtswidrigkeit von Diesel-Abschalteinrichtungen*, Neue juristische Wochenschrift, Berlino, 2021, p. 1199-1202.

ottenere l'omologazione di tali veicoli, non può rientrare nell'eccezione al divieto di impianti di tal genere prevista da detta disposizione, relativa alla protezione del motore da danni o avarie e al funzionamento in tutta sicurezza del veicolo, anche laddove tale dispositivo contribuisca a prevenire l'invecchiamento o la formazione di incrostazioni nel motore».

## 6. Altri rinvii pregiudiziali

Il Tribunale di Stoccarda ha chiesto alla Corte di giustizia chiarimenti sull'interpretazione dell'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 715/2007<sup>40</sup>.

Risultano pendenti altri due rinvii pregiudiziali. Il primo, rubricato al n. C-128/20, è stato proposto dal Landesgericht di Klagenfurt.

Nel secondo, il Landesgericht di Eisenstadt, in un procedimento rubricato al n. C-134/2020, pone i medesimi questi alla Corte di giustizia.

Questi rinvii pregiudiziali porteranno a necessari chiarimenti sulla liceità dell'uso delle finestre termiche<sup>41</sup>. Liceità che non pare confortata dalle giustificazioni previste dall'art. 5, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 715/2007.

## 7. Conclusioni

Lo scandalo *dieselgate* sembra aver portato le imprese automobilistiche a modificare il proprio atteggiamento verso gli *stakeholders* e, in particolare, verso le Autorità; sono stati inoltre rafforzati nelle organizzazioni societarie i presidi per evitare che l'uso di tecnologie "segrete" fosse uni-

<sup>40</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landesgericht Stuttgart in data 13 marzo 2020, in causa n. C-138/20. La causa, con ordinanza della Corte di giustizia del 10 luglio 2020, è stata radiata.

<sup>41</sup> J. GERMAN, *The emissions test defeat device problem in Europe is not about VW*, in ICCT, 2016, reperibile sul sito internet <https://theicct.org/blogs/staff/emissions-test-defeat-device-problem-europe-not-about-vw>: «After testing by the French government, Renault agreed to voluntarily extend the operating range for full functioning of its EGR system on Euro6b in-use cars (so, not just on new production) to between 5° C and 40° C. Renault had been reducing EGR operation below 17° C and above 35° C. The change essentially doubles the ambient-temperature range of full operation, and suggests that engine calibration can be modified to continue full EGR down to at least 5° C. Significantly, the U.S. Environmental Protection Agency's guidance to heavy-duty engine manufacturers on condensation remedies accepts low ambient temperature alone as a justification for reducing EGR only below -4° C, and it does not permit EGR reduction at all above 10° C. That guidance document states, simply: "In our view, a condensation protection AECD [alternative emissions control device, which in the EU regulation would be categorized as a defeat device—see here for details on this aspect of the two regulations] based solely on ambient temperature might double vehicle emissions, and such an AECD would not be acceptable to EPA in any circumstances"».

camente effettuato dai *manager* delle società e sono state probabilmente abbandonate strategie di *leadership* connotate da elevata rischiosità. Lo dimostrano gli accordi conclusi dalle Autorità con i costruttori, accordi che presuppongono la cessazione dei comportamenti censurati e l'inizio di un'epoca di collaborazione diversa. Peraltro, la società coinvolta nella vicenda in commento ha deliberato di recente un'azione di responsabilità contro i vertici apicali dell'epoca dimostrando di dissociarsi da comportamenti eticamente scorretti.

**Gian Franco Simonini\***

#### SINTESI

La decisione della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 esamina il caso di un costruttore di vetture che sembra aver tenuto verso gli *stakeholders* (Autorità del traffico, Autorità di omologazione, clienti) un comportamento fortemente reticente sulle esatte finalità delle apparecchiature che intervengono per modificare (manipolare) i sistemi di controllo delle emissioni delle vetture (c.d. *defeat device*).

Tale atteggiamento sembra sia stato tenuto anche da altri costruttori coinvolti nello scandalo *dieselgate*.

Si ipotizza inoltre, da parte della Commissione europea, la realizzazione di un cartello anticoncorrenziale tra costruttori automobilistici concorrenti, finalizzato a ritardare l'utilizzo di una nuova tecnologia, dal 2006 al 2014.

La cennata condotta appare caratterizzata da un sorprendente azzardo morale, consentito da un sistema organizzativo aziendale del tutto inadeguato a prevenire e a correggere tali comportamenti.

Tuttavia ci si potrebbe anche chiedere se la normativa comunitaria sulla riduzione delle emissioni nocive dei veicoli abbia posto traguardi troppo ambiziosi ed i costi per adeguarsi ad essa siano sproporzionati.

#### ABSTRACT

*The judgement of the Court of Justice of 17 December 2020 examines the case of a car manufacturer who seems to have had a highly reticent behavior towards the stakeholders (Traffic Authority, Type Approval Authority, customers) about an equipment that intervenes for modify (manipulate) the vehicle emission control systems (so-called defeat device).*

\* Avvocato, Docente a contratto / Università di Modena e Reggio Emilia.

---

*This attitude was also held by other manufacturers involved in the dieselgate scandal.*

*The European Commission is now speculating on the creation of an anti-competitive cartel between these car manufacturers, which act on the market as competitors. The cartel aimed at delaying the use of a new technology, from 2006 to 2014.*

*The behavior appears to be characterized by a surprising moral hazard, allowed by a company organizational system that is completely inadequate to prevent and correct such conduct.*

*However, it could also be asked whether the Community legislation on the reduction of harmful emissions from vehicles has set too ambitious targets and the costs of adapting to it are disproportionate.*



## LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI DEGLI STATI COME FONTE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE

**Sommario:** *Introduzione - 1. Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni nei Trattati e nella Carta - 2. Sull'attualità del richiamo alle tradizioni costituzionali comuni come fonte dei diritti fondamentali - 3. Segue: Le problematiche trattate in queste sentenze - 4. Le tradizioni costituzionali comuni come fonte di ispirazione - 5. Alcune considerazioni - 6. Le tradizioni costituzionali comuni nella valutazione delle misure statali che pongono limiti alle libertà del Trattato: la circolazione delle persone - 7. Segue: Misure limitative della circolazione delle merci - 8. Segue: Le misure limitative della prestazione di servizi, della circolazione dei dati digitali e delle sentenze - 9. Sul caso Mangold - 10. Considerazioni finali.*

### Introduzione

È ampiamente noto come, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, la Corte di giustizia, richiamandosi alle tradizioni costituzionali comuni, unitamente ai trattati stipulati dagli Stati membri in materia, sia stata in grado di garantire una efficace tutela dei diritti fondamentali<sup>1</sup> e, nello stes-

<sup>1</sup> A partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974 in causa n. 4/73, *Nold*, EU:C:1974:51, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che erano state richiamate nella sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, punto 4, la Corte aveva aggiunto un riferimento ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, che possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario (punto 13). Nella prassi, il riferimento ai trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo ha riguardato quasi esclusivamente la Cedu. Meno frequenti, ma non meno importanti, sono stati i richiami a strumenti internazionali diversi. Nella sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 1978 in causa n. 149/77, *Defrenne*, EU:C:1978:130, sono richiamate la Carta sociale europea del 1961 e la Convenzione n. 111 dell'OIL del 1958, nelle sentenze

so tempo, di difendere il sistema comunitario e la sua *primauté* dai rilievi che erano stati mossi da alcune Corti costituzionali interne sulla capacità del suo sistema a provvedere alla loro tutela<sup>2</sup>. Servendosi dei citati richiami la Corte ha dato vita a un vero catalogo di diritti fondamentali che spazia in vari settori della vita sociale<sup>3</sup>, dall'esercizio di un'attività economica o professionale<sup>4</sup>, al diritto di proprietà privata<sup>5</sup>; alla libertà sindacale<sup>6</sup>; alla libertà religiosa<sup>7</sup>; all'ingerenza nella vita privata e familiare e alla tutela del domicilio<sup>8</sup>; alla libertà di espressione e di informazione<sup>9</sup>; alla inviolabilità del domicilio<sup>10</sup>; al diritto alla riservatezza<sup>11</sup>; al diritto alla difesa e a una

del 18 ottobre 1989 in causa n. 374/87, *Orkem*, EU:C:1989:387, e del 27 giugno 2006 in causa n. C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:2006:429, punto 37, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 526, è richiamato il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966; nella sentenza del 17 gennaio 1984 in cause riunite n. 43 e n. 63/82, *VBVB e VBBB*, EU:C:1984:9, la Corte si rifà alla Convenzione di Unione di Parigi sulla proprietà industriale. Da ultimo, nella sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021 in causa n. C-441/19, *TQ*, EU:C:2021:9, è richiamata la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989.

<sup>2</sup> Così facendo la Corte ha scongiurato situazioni critiche nei rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri. L'irrinunciabilità di questi diritti da parte degli Stati minacciava, infatti, di compromettere il principio della *primauté* del diritto comunitario (*Cassis de Dijon*). B. NASCIMBENE, *Commento art. 6 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, II, 2014, p. 56 s.

<sup>3</sup> Sull'elenco riportato nel testo, v. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 142.

<sup>4</sup> Sentenze della Corte di giustizia *Internationale Handelsgesellschaft*, *cit. supra*, nota 1, e dell'11 luglio 1989 in causa n. 265/87, *Schraeder*, EU:C:1989:303, in questa *Rivista*, 1991, 59, con commento di M. LUGATO, *Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1991, p. 67.

<sup>5</sup> Sentenza *Nold*, *cit. supra*, nota 1; sentenze della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Hauer*, EU:C:1979:290; del 19 giugno 1980 in cause riunite n. 41/79, n. 121/79 e n. 796/79, *Testa*, EU:C:1980:163; del 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf*, EU:C:1989:321.

<sup>6</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, EU:C:1975:137.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1976 in causa n. 130/75, *Prais*, EU:C:1976:142.

<sup>8</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 26 giugno 1980 in causa n. 136/79, *National Panasonic*, EU:C:1980:169; del 18 maggio 1989 in causa n. 249/86, *Commissione c. Germania*, EU:C:1989:204.

<sup>9</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 13 dicembre 1989 in causa n. C-100/88, *Oyowe*, EU:C:1989:638, e del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, EU:C:1991:254.

<sup>10</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1989 in cause riunite n. 46/87 e n. 227/88, *Hoechst*, EU:C:1989:337, e del 17 ottobre 1989 in causa n. 85/87, *Dow Benelux*, EU:C:1989:379.

<sup>11</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 1982 in causa n. 155/79, *AM&S Europe*, EU:C:1982:157.



tutela giurisdizionale piena ed effettiva<sup>12</sup>; all'irretroattività delle norme penali<sup>13</sup>; all'uguaglianza tra i sessi<sup>14</sup>.

## 1. Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni nei Trattati e nella Carta

Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni per la ricostruzione o l'affermazione dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario è stato confermato dal Trattato di Maastricht il cui art. F, dopo aver affermato che l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, al n. 2 sottolineava che i diritti fondamentali espressi nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri costituiscono principi generali del diritto comunitario. In tal modo veniva positivizzato quanto la Corte aveva già affermato a partire dalle prime sentenze in materia quando aveva inquadrato, appunto, i diritti fondamentali tra i principi generali dell'ordinamento comunitario<sup>15</sup>.

Da parte sua, il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel dicembre del 2009, nel dare valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali e nell'inserirla pienamente nell'ordinamento giuridico dell'Unione (art. 6, n. 1, TUE)<sup>16</sup>, ha riconfermato il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri elencandole con la Cedu tra le fonti dei diritti fondamentali e confermando il loro rango di principi generali dell'Unione (art. 6, n. 3 TUE). A sua volta il Preambolo della Carta dichiara che essa «riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali comuni (...)»<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, EU:C:1986:206; del 15 ottobre 1987 in causa n. 222/86, *Heylens*, EU:C:1987:442; sentenza *Orkem*, *cit. supra*, nota 1.

<sup>13</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1984 in causa n. 63/83, *Kirk*, EU:C:1984:255.

<sup>14</sup> Sentenza *Defrenne*, *cit. supra*, nota 1, nonché sentenza del 20 marzo 1984 in causa n. 75/82, *Razzouk*, EU:C:1984:116.

<sup>15</sup> Ad esempio sentenze della Corte di giustizia del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, *Stauder*, EU:C:1969:57, punto 7; *Internationale Handelgesellschaft*, *cit. supra*, nota 1, punto 3; *Nold*, *cit. supra*, nota 1, punto 13. Sull'argomento la bibliografia è vastissima. Per tutti, si veda K. LENAERTS, *Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Unione européenne*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 423 ss.

<sup>16</sup> In precedenza era stata solo "proclamata", benché solennemente, per ben due volte: a Nizza il 7 dicembre 2000 e poi a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

<sup>17</sup> È da notare che né nel Trattato di Maastricht né nel TUE (art. 6) sono ricordati i Trattati internazionali in materia di diritti fondamentali che sono citati, invece, nel Preambolo della Carta. Tuttavia, come notano G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, Parte istituzionale, Torino, Giappichelli, VII, 2016, p. 243 e, come riportato *sub* nota 1, l'omesso

A garantire che i diritti fondamentali riferibili alle tradizioni costituzionali comuni, ripresi e riaffermati nella Carta, continuassero ad essere applicati coerentemente alla loro originaria natura e significato, l'art. 52 n. 4 di questa si è curato di precisare che «[L]addove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali, quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»<sup>18</sup>.

Questa previsione sembra voler assicurare gli Stati che i diritti, che rispecchiano le loro tradizioni costituzionali comuni, non saranno alterati dalla Corte che rimane vincolata a interpretarli in maniera conforme al loro originario significato. La disposizione in oggetto avrebbe imposto alla Corte di tenere conto delle diffuse sensibilità degli ordinamenti statali evitando interpretazioni non rispettose delle identità nazionali, secondo un'esigenza già palesata dall'art. F, n. 1 del Trattato di Maastricht e, oggi, espressa dall'art. 4, n. 2, TUE e dall'art. 67, comma 1 TFUE secondo cui «L'Unione realizza uno spazio di libertà sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri».

## 2. Sull'attualità del richiamo alle tradizioni costituzionali comuni come fonte dei diritti fondamentali

È stato rilevato che, contrariamente a quanto si poteva immaginare, la codificazione dei diritti fondamentali non ha inciso negativamente sul richiamo da parte della Corte alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La sua prassi, infatti, non avrebbe ridimensionato il loro rilievo smentendo, così, questa "morte annunciata"<sup>19</sup>.

riferimento ad altre fonti internazionali non ha impedito alla Corte di servirsene sia pure come fonte di ispirazione.

<sup>18</sup> Una precisazione ha riguardato anche i diritti corrispondenti a quelli tutelati dalla Cedu (art. 52, n. 3). Diversamente da quanto previsto per i diritti che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni, per quelli corrispondenti alla Cedu questa previsione esprime l'auspicio e l'opportunità che la loro applicazione resti agganciata alla prassi di Strasburgo coerentemente con la previsione sulla adesione dell'Ue alla Cedu, senza escludere la possibilità di interventi normativi migliorativi ammessi. Sul punto K. LENAERT, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, 2017, pp. 297-311.

<sup>19</sup> O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in *Dir. Un. Eur.*, 2016, p. 261. A p. 268, poi, riporta che il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è diventato, nella giurisprudenza della Corte, un tema più ricorrente oggi rispetto al periodo pre-*Carta*, e anche se è difficile stabilire i margini di questo aumento con precisione, i dati relativi al suo utilizzo sono aumentati in modo esponenziale negli ultimi dieci anni. Come era stato preconizzato a questo riguardo «le tradizioni costituzionali hanno continuato a giocare un ruolo di cerniera interordinamentale in grado di far transitare senza sosta materiali norma-

Ed invero, è notevole il numero delle sentenze, anche recenti, in cui, la Corte, occupandosi di diritti fondamentali, oltre a sottolineare la loro osservanza in quanto principi dell'ordinamento, evidenzia che le tradizioni costituzionali comuni costituiscono la prima fonte di riferimento. Molte di tali sentenze sottolineano che i diritti fondamentali derivano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri alle quali si aggiungono, poi, i Trattati internazionali (tra i quali la Cedu occupa un posto di rilievo) e, infine, la Carta dei diritti fondamentali. In pratica, queste sentenze sottolineano la primogenitura della fonte in parola e, nello stesso tempo, la sua preminenza rispetto alle altre fonti.

Accanto a queste, molte altre sentenze utilizzano, invece, la formula adoperata per la prima volta nel caso *Nold*, quando la Corte era particolarmente impegnata a difendere l'autonomia del sistema comunitario, e considerano le tradizioni costituzionali comuni, insieme ai Trattati, alla Cedu e alla Carta, tra le fonti di ispirazione di cui tener conto.

Avendo presente questa duplice prospettazione delle tradizioni costituzionali comuni, come fonte di produzione e come fonte di ispirazione, si può dire che vi sia una certa continuità nella prassi della Corte che va oltre l'inserimento della Carta nell'ordinamento Ue.

### 3. *Segue: Le problematiche trattate in queste sentenze*

Più precisamente, i termini utilizzati nelle sentenze che riconoscono alle tradizioni costituzionali comuni un ruolo determinante nella acquisizione dei diritti fondamentali nel sistema Ue sono che questi *derivano* dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri o che *trovano la loro fonte* in esse o che la Corte è *tenuta a conformarsi* ad esse o che la Corte ne *garantisce l'osservanza conformemente* ad esse. Con le tradizioni costituzionali comuni e dopo di esse sono richiamati i Trattati internazionali stipulati dagli Stati membri in materia, primo fra tutti la Cedu, che ha *sancito* questi diritti, e, dopo Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali che li ha *riaffermati*.

Le problematiche relative ai diritti fondamentali più frequentemente trattate in queste sentenze, in cui ricorrono, dopo Lisbona, tutti e tre i ri-

tivi e giurisprudenziali dalla dimensione nazionale a quella sovranazionale, e viceversa». F. DE STEFANO, *Diritto dell'Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti*, Relazione tenuta il 29 gennaio 2020 nell'ambito del Corso su «Il ruolo del giudice nazionale nell'attuazione del diritto dell'Unione europea» (organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, struttura territoriale di Firenze, e dalla Fondazione per la formazione forense dell'Ordine degli Avvocati di Firenze - Scuola Forense, reperibile sul sito internet <https://www.giustiziainsieme.it>), conferma questa lettura sottolineando il rilevante numero di sentenze che le richiamano.

chiami ora citati e, prima di Lisbona, quelli alle tradizioni e i Trattati (con la Cedu), riguardano principalmente la tutela giurisdizionale effettiva.

Per il periodo precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tra quelle che hanno considerato queste problematiche, si ricordano, tra le altre, le sentenze *Johnston*<sup>20</sup>, *Heylens*<sup>21</sup>, *Oleificio Borrelli*<sup>22</sup>, *Siples*<sup>23</sup>; *Commissione c. Austria*<sup>24</sup>; *Kofisa Italia*<sup>25</sup>; *Unión de Pequeños Agricultores*<sup>26</sup>. Sulle stesse materie, per il periodo successivo, in cui viene in rilievo anche il richiamo alla Carta (tra queste sentenze si inseriscono anche *Unibet* e *Mono Car Styling* che precedono l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona eppure richiamano la Carta proclamata a Nizza<sup>27</sup>) si ricordano le sentenze *Alassini*<sup>28</sup>, *DEB*<sup>29</sup>, *AJD Tuna Ltd*<sup>30</sup>, *Trade Agency*<sup>31</sup>, *ET Agroconsulting*<sup>32</sup>, *Asso-*

<sup>20</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, cit. *supra*, nota 12, punto 18.

<sup>21</sup> Sentenza *Heylens e a.*, cit. *supra*, nota 12, punto 14.

<sup>22</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1992 in causa n. C-97/91, *Oleificio Borrelli*, EU:C:1992:491, punto 14. La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 1993, p. 353, con nota di G. BERTOLI, *Principi generali di diritto comunitario, sistemi amministrativi nazionali e giustiziabilità degli atti interni non definitivi*, 1993, p. 356.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2001 in causa n. C-226/99, *Siples*, EU:C:2001:14, punto 17.

<sup>24</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2001 in causa n. C-424/99, *Commissione c. Austria*, EU:C:2001:642, punto 45.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2001 in causa n. C-1/99, *Kofisa Italia*, EU:C:2001:10, punto 46.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002 in causa n. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, EU:C:2002:462, punto 39, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 520.

<sup>27</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 13 marzo 2007 in causa n. C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163, punto 37, e del 16 luglio 2009 in causa n. C-12/08, *Mono Car Styling*, EU:C:2009:466, punto 47, richiamano tra le fonti dei diritti fondamentali – oltre alle tradizioni costituzionali comuni e alla Cedu – anche la Carta di Nizza benché semplicemente proclamata. Nel decidere, poi, la Corte non fa diretto riferimento ad alcuna di queste fonti. Nella sentenza *Unibet* afferma che spetta al giudice interno stabilire se le modalità procedurali dei ricorsi interni hanno caratteristiche tali da garantire che la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non sia meno favorevole di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (punto 43). Nella sentenza *Mono Car Styling*, punto 48, ricorda che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario garantendo in ogni caso la tutela effettiva di tali diritti.

<sup>28</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010 in cause riunite da n. C-317/08 a n. C-320/08, *Alassini*, EU:C:2010:146, punto 61.

<sup>29</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-279/09, *DEB*, EU:C:2010:811, punto 29.

<sup>30</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2011 in causa n. C-221/09, *AJD Tuna Ltd*, EU:C:2011:153, punto 54. Qui la Corte richiama solo la Carta e le tradizioni.

<sup>31</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-619/10, *Trade Agency*, EU:C:2012:531, punto 52.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2013 in causa n. C-93/12, *ET Agroconsulting*, EU:C:2013:432, punto 59. In questa sentenza la Corte afferma che l'art. 47 della Carta costituisce una riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, un principio ge-

*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>33</sup>, *CJIB*<sup>34</sup>, *Hakelbracht e a.*<sup>35</sup>, *Vethanayagam e a.*<sup>36</sup>, *Commissione c. Polonia*<sup>37</sup>, *BCE/trasta Komerbanka e a.*<sup>38</sup>, *Kadi e Al Barakaat*<sup>39</sup>.

In questo contesto fanno eccezione le sentenze che, sul tema della tutela giurisdizionale effettiva, richiamano, pur dopo Lisbona, solo le tradizioni e la Carta<sup>40</sup> o solo la Carta<sup>41</sup>.

Per quanto riguarda altri diritti fondamentali, per i quali sono stati fatti richiami alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alla Cedu si ricordano, per il periodo precedente il Trattato di Lisbona, la sentenza *National Panasonic*<sup>42</sup> sul divieto di ingerenza nella vita privata e sulla tutela del domicilio delle persone giuridiche; le sentenze *Kirk*<sup>43</sup> e *Fedesa*<sup>44</sup> sul principio della irretroattività delle norme penali; la sentenza *Wachauf*<sup>45</sup> sul riconoscimento del diritto all'indennizzo alla cessazione del contratto di locazione; la sentenza *Hoechst*<sup>46</sup> sulla inviolabilità del domicilio delle persone giuridiche; la sentenza *Orkem*<sup>47</sup> sul diritto a non testimoniare contro sé stessi.

nerale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Cedu.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2018 in causa n. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, punto 35.

<sup>34</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2018 in causa n. C-671/18, *CJIB*, EU:C:2019:1054, punto 38.

<sup>35</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 2019 in causa n. C-404/18, *Hakelbracht e a.*, EU:C:2019:523, punto 32.

<sup>36</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2019 in causa n. C-680/17, *Vethanayagam e a.*, EU:C:2019:627, punto 80.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2019 in causa n. C-192/18, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2019:924, punto 100.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2019 in cause riunite n. C-663/17 P, n. C-665/17 P e n. C-669/17 P, *BCE c. Trasta Komerbanka e a.*, EU:C:2019:923, punto 55.

<sup>39</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008 in cause riunite n. C-402/05 P e n. C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat*, EU:C:2008:461, punto 335.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in causa n. C-771/18, *Commissione c. Ungheria*, EU:C:2020:584, punto 61.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011 in causa n. C-386/10 P, *Chalkor*, EU:C:2011:815, punto 52.

<sup>42</sup> Sentenza *National Panasonic*, cit. supra, nota 8, punto 18.

<sup>43</sup> Sentenza *Kirk*, cit. supra, nota 13, punto 22.

<sup>44</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990 in causa n. C-331/88, *Fedesa*, EU:C:1990:391, punto 42.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf*, EU:C:1989:321, punto 17.

<sup>46</sup> Sentenza *Hoechst*, cit. supra, nota 10, punti 17 e 18.

<sup>47</sup> Sentenza *Orkem*, cit. supra, nota 1.

Dopo Lisbona, si ricordano, con i tre richiami, la sentenza *Association belge des Consommateurs*<sup>48</sup> in tema di parità di trattamento uomo-donna; le sentenze *Bouagnaoui*<sup>49</sup> e *Samira Achbita*<sup>50</sup> in tema di libertà di coscienza e di religione; la sentenza *Dansk*<sup>51</sup> in tema di non discriminazione in base all'età<sup>52</sup>. Sul principio della parità di trattamento in materia di occupazione si ricorda la sentenza *Römer*<sup>53</sup> che richiama le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e gli strumenti internazionali.

#### 4. Le tradizioni costituzionali comuni come fonte di ispirazione

Altrettanto numerose sono le sentenze nelle quali la Corte, oltre a ricordare che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, precisa che essa ne garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri hanno cooperato e aderito e, ovviamente, alla Cedu<sup>54</sup>. Dopo Lisbona, a questi riferimenti si aggiunge la Carta<sup>55</sup>.

Per avere un'idea del novero di sentenze nelle quali la tutela dei diritti fondamentali è così inquadrata si ricordano, per il periodo antecedente Li-

<sup>48</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2011 in causa n. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, EU:C:2011:100, punto 16, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 103.

<sup>49</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15, *Bouagnaoui*, EU:C:2017:204, punto 29, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 127.

<sup>50</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15, *Samira Achbita*, EU:C:2017:203, punto 27, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 126.

<sup>51</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2016 in causa n. C-441/14, *Dansk*, EU:C:2016:278, punto 22.

<sup>52</sup> Su questo divieto le sentenze della Corte di giustizia del 22 novembre 2005 in causa n. C-144/04, *Mangold*, EU:C:2005:709, e del 19 gennaio 2010 in causa n. C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, richiamano, invece, i trattati internazionali e le tradizioni costituzionali comuni, mentre la sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2013 in causa n. C-476/11, *HK Danmark*, EU:C:2013:590, punto 19, parla di un principio generale del diritto dell'Unione sancito dall'art. 21 della Carta.

<sup>53</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2011 in causa n. C-147/08, *Römer*, EU:C:2011:286, punto 59, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 303.

<sup>54</sup> Talora la Corte, piuttosto che dire che, nel garantire i diritti fondamentali, essa si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati, afferma che sono i diritti fondamentali ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni. Così nelle sentenze del 29 luglio 2019 in causa n. C-516/17, *Spiegel online*, EU:C:2019:625, punto 44; del 29 luglio 2019 in causa n. C-469/17, *Funke Medien*, EU:C:2019:623, punto 59; del 29 luglio 2019 in causa n. C-476/17, *Pelham e a.*, EU:C:2019:624, punto 61.

<sup>55</sup> Anche per questo gruppo di sentenze nelle quali la Corte dice di ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati ce ne sono alcune che, dopo Lisbona, ignorano la Carta e citano solo le tradizioni e la Cedu (ad esempio *Annibaldi*, *loc. cit.*, *Krombach*, *cit. infra*, nota 63, *Booker Aquacultur*, *loc. cit.*, *Connolly*, *cit. infra*, nota 60).

sbona, in tema di diritto di proprietà, oltre alle già ricordate sentenze *Nold* ed *Hauer* anche le sentenze *Annibaldi*<sup>56</sup> e *Booker Aquacultur*<sup>57</sup>; sul libero esercizio delle attività economiche, la sentenza *Schraeder*<sup>58</sup>; in tema di libertà di espressione, le sentenze *ERT*<sup>59</sup>, *Connolly*<sup>60</sup>, *Schmildberger*<sup>61</sup>; sul processo equo, la sentenza *Kremzow*<sup>62</sup>; sul diritto ad essere difesi, la sentenza *Krombach*<sup>63</sup>; sulla tutela della sfera privata da indebite ingerenze dell'autorità pubblica la sentenza *Roquette*<sup>64</sup>; sulla dignità umana, la sentenza *Omega*<sup>65</sup>; sull'applicazione retroattiva della pena più mite, la sentenza *Berlusconi e a.*<sup>66</sup>; sul rispetto della vita privata e familiare, quella *Parlamento c. Consiglio*<sup>67</sup>.

Dopo Lisbona, quando alle due abituali fonti di ispirazione si aggiunge la Carta che riafferma e sancisce diritti fondamentali, si ricordano, sulla libertà di stampa e sui limiti ai diritti esclusivi dell'autore, le sentenze *Spiegel online*<sup>68</sup>; *Funke Medien*<sup>69</sup>; *Pelham e a.*<sup>70</sup>.

## 5. Alcune considerazioni

A questo punto, andando al cuore di questa indagine, che riguarda l'attualità e la validità del richiamo alle tradizioni costituzionali comuni come fonte dei diritti fondamentali, si possono fare alcune considerazioni.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997 in causa n. C-309/96, *Annibaldi*, EU:C:1997:631, punto 12.

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2003 in cause riunite n. C-20/00 e n. C-64/00, *Booker Aquacultur*, EU:C:2003:397, punto 65.

<sup>58</sup> Sentenza *Schraeder*, *cit. supra*, nota 4, punto 14.

<sup>59</sup> Sentenza *ERT*, *cit. supra*, nota 9, punto 41.

<sup>60</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 P, *Connolly*, EU:C:2001:127, punto 37.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmildberger*, EU:C:2003:333, punto 71.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 1997 in causa n. C-299/95, *Kremzow*, EU:C:1997:254, punto 14, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 178.

<sup>63</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *Krombach*, EU:C:2000:164, punto 25.

<sup>64</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2002 in causa n. C-94/00, *Roquette*, EU:C:2002:603, punto 23.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, EU:C:2004:614, punto 33, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 87.

<sup>66</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, EU:C:2005:270, punto 67.

<sup>67</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006 in causa n. C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:2006:429, punto 35, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 526.

<sup>68</sup> Sentenza *Spiegel online*, *cit. supra*, nota 54, punto 44.

<sup>69</sup> Sentenza *Funke Medien*, *cit. supra*, nota 54, punto 59.

<sup>70</sup> Sentenza *Pelham e a.*, *cit. supra*, nota 54, punto 61.

La prima è che accanto alle sentenze sopra ricordate, nelle quali tra le fonti di riferimento vengono menzionate le tradizioni costituzionali comuni, ve ne sono diverse altre che, pur occupandosi di questioni relative ai diritti fondamentali, non le ricordano affatto. E questo, o perché non menzionano alcuna fonte in materia e affermano puramente e semplicemente che i diritti fondamentali costituiscono principi dell'ordinamento Ue<sup>71</sup>, oppure perché richiamano solo la Cedu<sup>72</sup> o solo la Carta<sup>73</sup>, o entrambe specificando, magari, che la seconda ha riaffermato certi diritti<sup>74</sup>, oppure si rifanno ad altre fonti<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Sentenza del 13 dicembre 1989 in causa n. C-100/88, *Oyowe*, cit. supra, nota 9, EU:C:1989:638, punto 16, sull'obbligo di fedeltà alla Comunità; 9 novembre 1983 in causa n. 322/81, *Michelin*, EU:C:1983:313, punto 7, sul diritto di difesa; 19 giugno 2003 in causa n. C-467/01, *Eribrand*, EU:C:2003:364, punto 61, sulla tutela giurisdizionale effettiva. Sulla parità dei sessi, che costituisce un *principio generale dell'ordinamento*, si vedano, tra le prime, le sentenze della Corte di giustizia 7 giugno 1972 in causa n. 20/71, *Sabbatini*, EU:C:1972:48, e, poi, 20 febbraio 1975 in causa n. 21/74, *Airola*, EU:C:1975:24; 16 giugno 1978 in causa n. 149/77, *Defenne*, EU:C:1978:130, punti 26-28 e 20 marzo 1984 in cause riunite n. 75/82 e n. 117/82, *Razzouk*, EU:C:1984:116, punto 16.

<sup>72</sup> Relativamente al divieto di ingerenza nella vita privata e familiare, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, EU:C:2002:434, punto 41, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 528, si basa solo sull'art. 8 Cedu. Lo stesso nelle sentenze della Corte di giustizia del 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast*, EU:C:2002:493, punto 72, e del 27 aprile 2006 in causa n. C-441/02, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, EU:C:2006:253, punto 109. Sul diritto alla libertà di espressione e di informazione, v. sentenza del 17 gennaio 1984 in causa n. 43 e n. 63/82, *VBVB*, EU:C:1984:9, in cui la Corte si riferisce solo a norme internazionali e in primo luogo all'art. 10 Cedu.

<sup>73</sup> V. ad esempio le sentenze 16 settembre 2016 in causa n. C-165/14, *Rendón Marin*, EU:C:2016:675, punto 66; 13 settembre 2016 in causa n. C-304/14, *CS*, EU:C:2016:674, punto 46; 1° luglio 2008 in causa n. C-341/06 P e n. C-342/06 P, *Chronopost e La Poste*, EU:C:2008:375, in cui (punto 44) la Corte afferma che «Il diritto ad un equo processo, quale deriva, in particolare, dall'art. 6, n. 1, della Cedu, costituisce un diritto fondamentale che l'Unione europea rispetta in quanto principio generale in forza dell'art. 6, n. 2, UE (sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e a.*, Racc. pag. I-5305, punto 29)». Da ultimo si ricorda la sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2021 in causa n. C-441/19, *TQ*, cit. supra, nota 1, sul rimpatrio di un minore irregolare non accompagnato che richiama la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989.

<sup>74</sup> V. ad esempio l'ordinanza della Corte di giustizia del 1° marzo 2011 in causa n. C-457/09, *Chartry*, EU:C:2011:101, punto 25, a proposito del diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 6, n. 2 della Cedu, la Corte dice che si tratta di un principio generale del diritto riaffermato dalla Carta; nella sentenza 8 dicembre 2011 in causa n. C-386/10, *Chalkor*, EU:C:2011:815, punto 52, la Corte, riferendosi alla tutela giurisdizionale, afferma che il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, *attualmente sancito* dall'art. 47 della Carta. Sempre sul tema della tutela giurisdizionale effettiva la sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2011 in causa n. C-69/10, *Samba Diouf*, punto 49, EU:C:2011:524, precisa che il principio è *attualmente espresso* dall'art. 47 della Carta, o la sentenza del 28 febbraio 2013 in causa n. C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo e a.*, EU:C:2013:134, punto 40, dove la Corte afferma che il principio è *attualmente sancito* dall'art. 47 della Carta. Lo stesso vale per il principio di non discriminazione in base all'età, al quale si riferisce la sentenza del 26 settembre 2013 in causa n. C-476/11, *HK Danmark*, EU:C:2013:590, punto 19. Qui la Corte ricorda che il «(...) principio di non discriminazione in base all'età che deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione (...) è sancito dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...)».

<sup>75</sup> È il caso della sentenza *Defenne*, cit. supra, nota 1, in tema di discriminazioni fondate sul sesso in cui la Corte si richiama alla Carta sociale europea e all'OIL escludendo, peraltro, che la questione sottopostale rientrasse, al momento, nelle competenze comunitarie.



La seconda considerazione concerne le sentenze nelle quali la Corte, pur ricordando la necessità di osservare i diritti fondamentali in base alle tradizioni costituzionali comuni o ispirandosi ad esse, constata che la questione proposta non rientra nel campo di applicazione del diritto Ue (*Kremzow, Annibaldi, Römer*) o che non sussistono violazioni (*Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Hauer, Schraeder, Schmildberger, Booker Aquacultur, Parlamento c. Consiglio, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, AJD Tuna Ltd, Oleificio Borrelli, Unión de Pequeños Agricultores, Fedesa, Wachauf, Mono Car Styling; Alassini* (a certe condizioni); *National Panasonic, Schraeder, Omega, Parlamento c. Consiglio*).

La terza è che in diverse sentenze la Corte, al momento di decidere sui diritti fondamentali, pur avendo ricordato le tradizioni costituzionali comuni con le altre fonti, si basa sulla Cedu (*ERT, Connolly, Schmildberger, Krombach, Roquette, Omega, ET Agroconsulting, Kadi e Al Barakaat*<sup>76</sup>, *Bougnaoui, Samira Achbita*, e/o sulla Carta (*DEB, Trade Agency, CJIB, Commissione c. Polonia, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Spiegel online, Funke Medien*) o, più semplicemente, richiama un principio dell'ordinamento Ue<sup>77</sup>.

A questo punto, pur considerando che tutte le volte in cui la Corte non ha specificato su quale delle fonti indicate basava la propria decisione di accoglimento<sup>78</sup> ha fatto applicazione (anche) delle tradizioni costituzionali comuni, e aggiungendo nel novero quelle nelle quali il richiamo ad esse è, invece, palese, si noterà che esiste un certo divario tra le sentenze che le menzionano e quelle che poi ne tengono conto ai fini della decisione. Il risultato non cambia se si includono tra queste quelle che, dopo averle considerate, ne hanno escluso l'applicabilità per l'assenza del criterio comune agli ordinamenti<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Al punto 356 della sentenza, la Corte dichiara che, per quanto riguarda la portata del rispetto della proprietà, occorre tener conto, segnatamente, dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla Cedu che sancisce tale diritto.

<sup>77</sup> Sentenza *Michelin*, cit. supra, nota 71; *Orkem*, cit. supra, nota 1. Nella sentenza *Unibet*, cit. supra, nota 27, la Corte svolge le sue argomentazioni prescindendo dalle fonti che pure ha richiamato.

<sup>78</sup> Si considerino ad esempio *Hakelbracht e a. cit. supra*, nota 35; *Vethanayagam e a., cit. supra*, nota 36; *BCE c. Trasta Komerbanka e a., cit. supra*, nota 38; *Kadi e Al Barakaat* (per quanto riguarda la parte relativa al principio della tutela giurisdizionale effettiva), cit. supra, nota 39; *Johnston, Heylens e a., cit. supra*, nota 12; *Siples, cit. supra*, nota 23; *Commissione c. Austria, cit. supra*, nota 24; *Kofisa Italia, cit. supra*, nota 25; *Kirk, cit. supra*, nota 13; *Dansk, cit. supra*, nota 51; *Römer, cit. supra*, nota 53.

<sup>79</sup> Sul significato da attribuire all'aggettivo «comuni», v. L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, reperibile sul sito internet [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

Tra le sentenze nelle quali la Corte applica *espressamente* le tradizioni costituzionali si ricordano, la sentenza *AM&S Europe*<sup>80</sup> in tema di riservatezza nella corrispondenza tra avvocato e cliente, dove, nonostante le differenze tra gli ordinamenti, la Corte rileva che, «traspare tuttavia l'esistenza di criteri comuni», e, poi, una serie di pronunce sull'applicazione retroattiva della pena più mite<sup>81</sup>; sulla presunzione di innocenza<sup>82</sup>; sulla irretroattività delle norme penali<sup>83</sup>; sul divieto di discriminazione in base all'età<sup>84</sup>.

Tra le sentenze che, dopo aver attentamente considerate le tradizioni costituzionali comuni, ne hanno escluso l'applicazione in quanto non si trattava di tradizioni veramente comuni, si ricordano le sentenze *Dow Benelux* ed *Hoechst* sulla inviolabilità del domicilio delle persone giuridiche<sup>85</sup>, la sentenza *DEB* sul gratuito patrocinio delle persone giuridiche<sup>86</sup>, la sentenza *Van der Wal* sull'accesso ai documenti<sup>87</sup>, la sentenza *Orkem* sul diritto a non testimoniare contro sé stessi in favore delle persone giuridiche<sup>88</sup>.

<sup>80</sup> Sentenza *AM&S Europe*, *cit. supra*, nota 11, sulla riservatezza nella corrispondenza tra avvocato e cliente. Nella stessa materia, sentenza del 18 maggio 1989 in causa n. 249/86, *Commissione c. Germania*, EU:C:1989:204, punto 10.

<sup>81</sup> Sentenze *Berlusconi e a.*, *cit. supra*, nota 66; 8 marzo, 2007 in causa n. C-45/06, *Campina*, EU:C:2007:154, punto 32; 11 marzo 2008 in causa n. C-420/06, *Jager*, EU:C:2008:152; 28 aprile 2011 in causa n. C-61/11 PPU, *Soufi Karim*, EU:C:2011:268. Questo riferimento mantiene ancora intatto tutto il suo peso nella sentenza del 14 febbraio 2012 in causa n. C-17/10, *Toshiba*, EU:C:2012:72, dove la Corte *ad abundantiam* menziona anche l'art. 49, par. 1, terza frase, della Carta.

<sup>82</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in cause riunite n. C-72/10 e n. 77/10, *Costa*, EU:C:2012:80, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 267 (in essa la Corte ricorda che questo principio è enunciato anche all'art. 48 della Carta); del 6 ottobre 2016 in causa n. C-218/15, *Paoletti*, EU:C:2016:748, nella quale la Corte aggiunge che il principio è ora sancito dall'art. 49, par. 1, della Carta; 7 agosto 2018 in causa n. C-115/17 *Clergeau e a.*, EU:C:2018:651, dove la Corte ricorda che il principio derivava dalle tradizioni e che ora è sancito nella Carta (art. 49, par. 1).

<sup>83</sup> Sentenza *Kirk*, *cit. supra*, nota 13, punto 22, dove afferma che il principio dell'irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri ed è sancito dall'art. 7 della Cedu.

<sup>84</sup> Sentenze *Mangold e Küçükdeveci*, entrambe *cit. supra*, nota 52.

<sup>85</sup> Sentenza *Dow Benelux*, *cit. supra*, nota 10. Nella sentenza *Hoechst*, *cit. supra*, nota 10, il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è netto (punti 17 e 18). Se, però, queste riconoscono l'inviolabilità del domicilio delle persone fisiche non lo riconoscono per quelle giuridiche. Né sovviene la Cedu.

<sup>86</sup> Sentenza *DEB*, *cit. supra*, nota 29, sul gratuito patrocinio a favore delle persone giuridiche. La Corte valuta la possibilità di basarsi sulle tradizioni costituzionali comuni ma deve constatare l'assenza di un principio veramente comune e le differenze tra gli ordinamenti al riguardo (punto 44) sicché, per ammettere il diritto al gratuito patrocinio, che l'ordinamento tedesco disconosceva, si serve della Cedu (e della relativa prassi) e, in questa prospettiva, utilizza anche l'art. 47 della Carta.

<sup>87</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2000 in cause riunite n. C-174/98 e n. C-189/98, *Paesi Bassi e Van der Wal*, EU:C:2000:1. La Corte rileva che non si può desumere che il potere di consentire l'accesso ai documenti del procedimento giudiziario di cui trattasi spetti necessariamente al solo giudice adito per una controversia e che lo stesso principio generale possa essere desunto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

<sup>88</sup> La Corte ha riconosciuto, infatti, che il diritto di non testimoniare contro sé stessi è co-

Alla luce di tutto questo si deve ammettere che, benché richiamate con frequenza, la rilevanza delle tradizioni costituzionali comuni come fonte dei diritti fondamentali è risultata meno frequente di quanto si potesse immaginare.

## 6. Le tradizioni costituzionali comuni nella valutazione delle misure statali che pongono limiti alle libertà del Trattato: la circolazione delle persone

Né il quadro migliora se si considerano i casi nei quali la Corte, dovendo valutare l'ammissibilità di misure statali adottate per esigenze di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, implicanti limitazioni al godimento delle libertà o dei diritti assicurati dal Trattato, ha considerato – oltre alla necessità e alla proporzionalità delle misure rispetto al fine perseguito<sup>89</sup> – anche la loro compatibilità con i diritti fondamentali nel più ampio contesto della loro compatibilità con i valori e con i principi dell'ordinamento Ue<sup>90</sup>.

mune agli ordinamenti ma unicamente in favore delle persone fisiche e nei procedimenti penali. Per le persone giuridiche di cui si discuteva la Corte lo riconosce rifacendosi a un principio generale.

<sup>89</sup> Il requisito della proporzionalità corrisponde a un principio generale, che trova la sua fonte nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri (sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2018 in causa n. C-384/17, *Link Logistik*, EU:C:2018:810), e che condiziona tutti gli atti delle istituzioni. La Corte ne ricorda spesso la ricorrenza. Tra le tante, cfr. sentenza 8 aprile 2014 in cause riunite n. C-293/12 e n. C-594/12, *Digital Rights*, EU:C:2014:238, punto 46, in cui la Corte ricorda che, secondo una costante prassi, gli atti delle istituzioni dell'Unione devono essere idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non devono superare i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi; sentenza *Omega*, cit. supra, nota 65, punto 36; sentenza 11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, EU:C:2007:772; 24 febbraio 2008 in causa n. C-244/06, *Dynamic Medien*, EU:C:2008:85, punto 42, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 350.

<sup>90</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2017, p. 54, ricorda che l'art. 52, par. 1, della Carta consente limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà da essa contemplate, nel rispetto del principio di proporzionalità, solo se necessarie e rispondenti effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di tutela dei diritti e della libertà altrui e purché siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 3, p. 141. Sul rispetto dei diritti fondamentali, v. fra le altre, le sentenze della Corte di giustizia 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333, punto 73, annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 558; 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-482/01 e n. C-493/01, *Orfanopoulos*, EU:C:2004:262, punto 97: «Dev'essere inoltre tenuto conto dei diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto. Si possono, infatti, addurre motivi d'interesse generale al fine di giustificare una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi solo qualora la detta misura sia conforme a tali diritti»; 11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport*, EU:C:2007:772, punto 45: «A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la

Il rilievo dei diritti fondamentali come parametro per valutare l'ammissibilità di quelle misure è emerso, in particolare, in caso di provvedimenti di allontanamento dal territorio di uno Stato membro, o da una parte di esso, di cittadini Ue o extra Ue; di provvedimenti amministrativi o normativi che comportano limitazioni alla circolazione all'interno dello Stato di certi prodotti o la circolazione dei dati personali e delle sentenze straniere, oltre che in materia di libera prestazione di servizi.

Ebbene, in queste valutazioni i diritti fondamentali che la Corte ha utilizzato come parametro di riferimento sono risultati quelli enunciati dalla Cedu, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, e, dopo Lisbona, quelli riportati nella Carta, mentre non ha dato rilievo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che pur sono state talora ricordate<sup>91</sup>.

Con riferimento alla libera circolazione delle persone, nella sentenza *Rutili*<sup>92</sup> veniva in esame la legittimità di un provvedimento di allontanamento di un sindacalista, cittadino comunitario, da alcuni dipartimenti francesi a motivo della sua condotta. Nel valutare l'invocabilità delle eccezioni di ordine pubblico alla circolazione delle persone consentite dal Trattato la Corte ha fatto riferimento alla Cedu.

Nei casi trattati dalle sentenze *Tsakouridis*<sup>93</sup>, *Orfanopoulos e Olivieri*<sup>94</sup>, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*<sup>95</sup>, la Corte ha valutato la legittimità delle misure statali di allontanamento di cittadini Ue dal territorio dello Stato membro nel quale risiedevano, adottate in base alla direttiva n. 2004/38/Ce (nei primi due casi) o al Regolamento n. 1612/68/Cee e della direttiva n. 73/148/Cee (nel terzo caso) a motivo della loro condotta sottolineando la necessità di non compromettere il diritto all'unità della famiglia contemplato dall'art. 7 Carta e/o dall'art. 8 Cedu.

Anche nel caso di misure di allontanamento dal territorio dello Stato di cittadini extra Ue, genitori di figli minori cittadini Ue, nelle sentenze *Rendón Marin*<sup>96</sup> e *CS*<sup>97</sup> la Corte ha considerato la compatibilità di quelle

libera circolazione delle merci (...). La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2005, p. 247 con commento di L. TRIFONE, *La sentenza Orfanopoulos e la normativa tedesca: innovazioni in tema di allontanamento di cittadini comunitari dal territorio degli Stati membri*, 2005, p. 257.

<sup>91</sup> Ad esempio nelle sentenze *Krombach*, *cit. supra*, nota 63, punto 25; *Schmidberger*, *cit. supra*, nota 90, punto 71; *Omega*, *cit. supra*, nota 65, punto 33.

<sup>92</sup> Sentenza *Rutili*, *cit. supra*, nota 6, punto 32.

<sup>93</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2010 in causa n. C-145/09, *Tsakouridis*, EU:C:2010:708, punto 52.

<sup>94</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in cause riunite n. C-482/01 e n. C-493/01, *Orfanopoulos e Olivieri*, *cit. supra*, nota 90, punto 40.

<sup>95</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2006 in causa n. C-441/02, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, punto 109, *cit. supra*, nota 72.

<sup>96</sup> Sentenza *Rendón Marin*, *cit. supra*, nota 73.

<sup>97</sup> Sentenza *CS*, *cit. supra*, nota 73.

misure con i diritti fondamentali evidenziando la necessità di tener conto del diritto all'unità della famiglia (art. 7 Carta) e dell'interesse del minore (art. 24, n. 2 Carta)<sup>98</sup>, senza trascurare di richiamare il diritto dei figli cittadini Ue, ex art. 20 TFUE a risiedere nell'Unione, e a non essere costretti ad abbandonarla<sup>99</sup>.

## 7. *Segue: Misure limitative della circolazione delle merci*

Nelle sentenze *Dynamic Medien*<sup>100</sup>, *Schmidberger*<sup>101</sup>, *Familiapress*<sup>102</sup>, *Omega*<sup>103</sup>, *International Transport*<sup>104</sup>; *Laval*<sup>105</sup> sono stati considerati provvedimenti normativi o amministrativi incidenti sulla libertà di circolazione delle merci.

<sup>98</sup> Sentenza *Rendón Marin, loc. cit.*, punto 66: «Per quanto concerne l'eventuale allontanamento del sig. Rendón Marin, è necessario, da un lato, prendere in considerazione i diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto, in particolare il diritto al rispetto della vita privata e familiare come sancito all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») (...)».

Nella sentenza *CS, loc. cit.*, la Corte ripete che «(...) nei limiti in cui la situazione di CS ricade nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, la valutazione della sua situazione deve tener conto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, come enunciato all'articolo 7 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la "Carta") (...)» (punto 46).

<sup>99</sup> *Rendón Marin, loc. cit.*, punto 74 «(...) un diritto di soggiorno deve nondimeno essere attribuito a un cittadino di uno Stato terzo, familiare del suddetto cittadino, a pena di pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione, se, in conseguenza del diniego di siffatto diritto, tale cittadino venisse di fatto costretto a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, venendo quindi privato del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti da tale status (v., in tal senso, sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punti 43 e 44; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, EU:C:2011:734, punti 66 e 67; dell'8 novembre 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, punto 71; dell'8 maggio 2013, Ymeraga e a., C-87/12, EU:C:2013:291, punto 36, nonché del 10 ottobre 2013, Alokpa e Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, punto 32)».

Nella sentenza *CS, loc. cit.*, al punto 26, la Corte ricorda che «Come dichiarato dalla Corte al punto 42 della sentenza dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), l'articolo 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione». Al riguardo rimando al mio *La rilevanza della cittadinanza e dell'unità della famiglia nella recente prassi della Corte di giustizia in tema di ricongiungimento familiare*, in *Dir. Un. Eur.*, 2017, p. 279 ss.

<sup>100</sup> Sentenza *Dynamic Medien, cit. supra*, nota 89. In essa la Corte ricorda che la protezione dei minori, contemplata da vari strumenti internazionali, oltre che dall'art. 24, n. 1, della Carta di Nizza, costituisce una valida giustificazione per l'adozione di misure limitative del commercio elettronico di supporti video non controllati ai fini della loro tutela, nei limiti giustificati dal conseguimento di questa finalità (punto 42).

<sup>101</sup> Sentenza *Schmidberger, cit. supra*, nota 90.

<sup>102</sup> Sentenza del 26 giugno 1997 in causa n. C-368/95, *Familiapress*, EU:C:1997:325.

<sup>103</sup> Sentenza *Omega, cit. supra*, nota 65.

<sup>104</sup> Sentenza *International Transport, cit. supra*, nota 89.

<sup>105</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007 in causa n. C-341/05, *Laval*, EU:C:2007:809.

Nel caso *Dynamic Medien* emergeva un contrasto tra il diritto alla libertà di espressione e di libertà di riunione e il principio della libera circolazione delle merci, ovvero tra l'esercizio del diritto di sciopero che aveva comportato l'occupazione dell'autostrada del Brennero e il blocco del traffico, da una parte, e il diritto della libera circolazione delle merci, dall'altra, in una situazione in cui le autorità austriache avevano tollerato la manifestazione di protesta. La Corte, pur ricordando il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (che cita nei punti 71 e 72) e la Cedu, come fonte di ispirazione dei diritti fondamentali, e il fatto che il loro rispetto rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, risolve la questione richiamando solo la Cedu e le condizioni che essa prescrive. Nella sentenza *Familiapress* la questione affrontata riguardava l'impedimento alla circolazione delle merci per effetto del divieto di vendere pubblicazioni che offrono la possibilità di partecipare a giochi a premi. Anche in questo caso la Corte fa riferimento alla Cedu (art. 10) che, per garantire la salvaguardia del pluralismo della stampa, consente che siano introdotte deroghe a tale libertà, sempreché previste dalla legge e necessarie in una società democratica (punto 26).

Nella sentenza *Omega* la Corte ha considerato l'ammissibilità del divieto alla circolazione di videogiochi adottato dallo Stato per la tutela della dignità umana. Si trattava di video giochi che simulavano atti di omicidio e l'uso di violenza gratuita. Il caso presentava la particolarità che, a base del provvedimento restrittivo della libera circolazione, lo Stato aveva posto il rispetto di un diritto fondamentale che a suo giudizio era leso. Ora questo diritto, pur essendo comune a tutti gli Stati, non viene applicato da tutti allo stesso modo. La Corte era chiamata, dunque, a valutare la ammissibilità di una motivazione che non trovava riscontro nell'atteggiamento degli altri Stati che, pur tutelando la dignità umana, consentivano la circolazione di quei video giochi. Essa ha ritenuto compatibile col diritto comunitario l'eccezione invocata dallo Stato<sup>106</sup> e ha ritenuto che non fosse indispensabile una visione comune (punto 37).

<sup>106</sup> Nel punto 34 la Corte afferma che l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto e che non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario, non essendo rilevante a tale proposito che, in Germania, il principio del rispetto della dignità umana benefici di uno *status* particolare in quanto diritto fondamentale autonomo. Ben altri problemi si pongono quando uno Stato invoca un diritto fondamentale della persona garantito dalla propria Costituzione per sottrarsi, fuori dei casi consentiti dal diritto Ue, all'adempimento di obblighi previsti (nel caso di specie si trattava dell'esecuzione di un mandato europeo). Nella sentenza 26 febbraio 2013 in causa n. C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107, la Corte ha escluso che lo Stato possa rimettere in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito dalla decisione quadro perché questo

Nelle due sentenze *International Transport* e *Laval* la Corte ha ritenuto che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 87 del 9 luglio 1948, sia da strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza, è un diritto fondamentale che giustifica una limitazione degli obblighi del Trattato relativi alla libera circolazione delle merci<sup>107</sup>.

#### **8. *Segue*: Le misure limitative della prestazione di servizi, della circolazione dei dati digitali e delle sentenze**

Non diversamente da quanto sin qui riportato, il problema della compatibilità con i diritti fondamentali di misure limitative delle libertà del Trattato, ha riguardato la prestazione dei servizi, la circolazione dei dati digitali e delle sentenze straniere ed è stato risolto allo stesso modo. In tema di prestazione dei servizi si ricordano le già citate sentenze *ERT* e *Carpenter*. Nella prima<sup>108</sup>, la Corte afferma che «(...) le limitazioni apportate al potere degli Stati membri di applicare le disposizioni di cui agli artt. 56 e 66 del Trattato per motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica devono essere valutate alla luce del principio generale della libertà di espressione, sancito dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (punto 45). Nella seconda<sup>109</sup> giudica inammissibile il provvedimento di espulsione del coniuge del signor Carpenter, cittadina extra Ue, per le conseguenze negative che comportava sulla prestazione dei servizi da parte del marito e considera quella misura un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Cedu (punto 41).

A proposito di misure di controllo della circolazione dei dati personali alla luce della direttiva n. 2006/24/Ce, nella sentenza *Digital Rights*<sup>110</sup> la

comporta una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare (punto 63). Ma l'approfondimento di questi temi va al di là dell'economia del presente studio.

<sup>107</sup> V. punto 45 della sentenza *International Transport*, cit. supra, nota 89, e punto 90 della sentenza *Laval*, cit. supra, nota 105.

<sup>108</sup> Sentenza *ERT*, cit. supra, nota 9.

<sup>109</sup> Sentenza *Carpenter*, cit. supra, nota 72.

<sup>110</sup> Sentenza *Digital Rights*, cit. supra, nota 89.

Corte, ricordato che «Per quel che riguarda il rispetto della vita privata, la protezione di tale diritto fondamentale, secondo la costante giurisprudenza della Corte, richiede in ogni caso che le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali debbano operare entro i limiti dello stretto necessario (...)» (punto 52), conclude rilevando che «(...) la direttiva 2006/24 non prevede norme chiare e precise che regolino la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta» (punto 65).

Per quanto riguarda la circolazione delle sentenze, nel valutare la possibilità di opporre limiti al loro riconoscimento, nella sentenza *Krombach*<sup>111</sup> la Corte si è riportata alla prassi della Corte europea per affermare che ciò è consentito se ricorre la violazione di diritti fondamentali e che il diritto di ogni imputato ad essere effettivamente difeso da un avvocato, se necessario nominato d'ufficio, figura tra gli elementi fondamentali del processo equo (punto 39). Essa ha, inoltre, rilevato che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario (punto 42). Nella sentenza *Trade Agency*<sup>112</sup>, la Corte ha ribadito che «(...) il giudice dello Stato membro richiesto non può rifiutare, in forza della clausola relativa all'ordine pubblico, l'esecuzione di una decisione giudiziaria emessa in contumacia (...) a meno che non ritenga, in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze pertinenti, che tale decisione comporti una lesione manifesta e smisurata del diritto del convenuto a un equo processo, sancito dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, a causa dell'impossibilità di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva».

## 9. Sul caso *Mangold*

Una considerazione a parte merita la sentenza *Mangold* nella quale la Corte, per affermare la validità e l'applicazione diretta del divieto di discriminazioni in base all'età che non poteva essere giustificato diversamente, rimanda ai trattati internazionali e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La direttiva n. 2000/78/Ce, che era in discussione, non era, infatti, da questo punto di vista sufficiente avendo essa il solo intento di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o sulle convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le ten-

<sup>111</sup> Sentenza *Krombach*, cit. supra, nota 63.

<sup>112</sup> Sentenza *Trade Agency*, cit. supra, nota 31, punto 62.



denze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro. Né era possibile far discendere effetti diretti dalla Carta che pure contempla questo diritto (art. 21). Ciò sarebbe stato riconosciuto più tardi con riferimento al diritto alle ferie<sup>113</sup>. Per poter affermare, dunque, il divieto di discriminazione in base all'età la Corte si è rifatta, non senza forzature, alle tradizioni costituzionali comuni in questa materia atteso che esse producono invece questi effetti<sup>114</sup>. Il richiamo a queste ultime, infatti, è stato fortemente criticato in quanto in merito al divieto delle discriminazioni in base all'età non sussisteva affatto una visione veramente comune negli ordinamenti degli Stati membri<sup>115</sup>.

La Corte ripeterà, poi, le stesse valutazioni nella sentenza *Küçükdeveci*<sup>116</sup> e nella sentenza *Dansk*<sup>117</sup> dove ribadirà che il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, che la direttiva n. 2000/78/Ce esprime concretamente, trova la sua fonte, come risulta dai *considerando* 1 e 4 di detta direttiva, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

<sup>113</sup> Sul tema dell'effetto diretto dell'art. 31, n. 2, della Carta, che è stato affermato nel 2018 con la sentenza sulle ferie in causa n. C-684/16, *Max-Planck*, EU:C:2018:874, cfr. S. VEZZANI, *L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali. Problemi e prospettive alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea. Scritti offerti a C. Morviducci*, Bari, Cacucci, 2019, p. 199 ss. nonché D. VITIELLO, *L'effetto diretto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nei rapporti orizzontali. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti sociali*, *ibid.*, p. 217 ss.

<sup>114</sup> Nel punto 74 la Corte ha rilevato che «(...) il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai "considerando" 1 e 4 della detta direttiva (2000/78), trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e conclude (punto 75) che «Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario (...)».

<sup>115</sup> O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni*, *cit. supra*, nota 19, p. 260 riporta il giudizio fortemente negativo di Herzog sull'esistenza di un principio fatto passare per comune ma che, in realtà, era riconosciuto solo da due Stati. Il giudizio negativo è ricordato anche da S. VEZZANI, *L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali*, *cit. supra*, nota 113, p. 200, *sub* nota 4.

<sup>116</sup> In essa la Corte ribadisce che il principio di non discriminazione in base all'età come principio generale del diritto dell'Unione (punto 21) non è sancito direttamente dalla direttiva n. 2000/78, ma trova la sua fonte in vari strumenti internazionale e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (punto 20) e che la direttiva n. 2000/78 dà solo espressione concreta a tale principio. Su queste problematiche, S. M. CARBONE, *Discriminazioni sulla base dell'età*, in *Studi integr. eur.*, 2017, p. 23 ss. Sulla direttiva n. 2000/78 e, questa volta, sul principio della parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro che essa non sancisce, (mirando unicamente a istituire, nelle suddette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi), e la cui origine invece si rinviene in vari strumenti internazionali nonché nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, si veda la sentenza *Römer*, *cit. supra*, nota 53, punto 59.

<sup>117</sup> Sentenza *Dansk*, *cit. supra*, nota 51, punto 19.

## 10. Considerazioni finali

Alla fine di questo *excursus* non può negarsi che, per quanto concerne la ricostruzione e l'applicazione dei diritti fondamentali nello spazio di operatività del diritto Ue, le tradizioni costituzionali comuni hanno perduto l'originario smalto<sup>118</sup>. Anche se sono ancora ricordate come fonte primaria, risultano sempre meno applicate, verosimilmente per il fatto che la Corte dispone di riferimenti più certi e sufficienti sui quali basarsi nelle proprie valutazioni.

Sintomatica al riguardo può essere considerata la sentenza *TX e UW*<sup>119</sup>. Nella causa si discuteva sulla portata della direttiva n. 2016/343/Ue sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. In uno dei suoi *considerando* (n. 47) la direttiva in questione richiamava l'osservanza dei diritti fondamentali, l'art. 6 TUE, la Cedu, la Carta e non trascurava di ricordare le tradizioni costituzionali comuni. Orbene, all'esito delle sue valutazioni la Corte, ritenendo che non vi fosse stata lesione del diritto dell'imputato a presenziare al processo, fa riferimento alla Cedu, alla quale corrisponde la Carta, e alla prassi della Corte europea e non fa alcun cenno alle tradizioni costituzionali! Nel punto 34 essa laconicamente riporta che «Come risulta dal considerando 33 di tale direttiva, il diritto degli indagati o imputati di presenziare al processo si fonda sul diritto a un equo processo, sancito dall'articolo 6 della Cedu, al quale corrispondono, come precisato nelle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), l'articolo 47, secondo e terzo comma, nonché l'articolo 48 della Carta».

Colpisce, poi, il fatto che, sia quando si è trattato di prendere in considerazione misure limitative delle libertà del Trattato motivate da esigenze imperative che non comportavano violazioni di diritti fondamentali<sup>120</sup>, sia

<sup>118</sup> Sotto una diversa angolazione, esse invece sono al centro del dibattito che investe il costituzionalismo europeo e le difficoltà di ricostruire un quadro di riferimento di valori costituzionali comuni in situazioni di forte contrasto tra principi costituzionali interni e principi del sistema Ue. Questi contrasti sono emersi in maniera particolarmente acuta nella tormentata vicenda Taricco (riassunta da F. DE STEFANO, *Diritto dell'Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti*, cit. supra, nota 19, par. 5 e 6). Su queste problematiche che vanno oltre l'economia del presente studio, e sulle vicende legate alla tutela delle identità nazionali, di cui all'art. 4, n. 2, TUE, e alla c.d. europeizzazione dei controlimiti, mi limito a citare O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni*, cit. supra, nota 19, p. 266; V. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002; A. RUGGERI, "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 111 ss.

<sup>119</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 2020 in causa n. C-688/18, *TX e UW*, EU:C:2020:94.

<sup>120</sup> Nel caso delle scommesse trattato nella sentenza del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Schindler*, EU:C:1994:119, annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 374, la Corte (punto 58) aveva ritenuto compatibili col Trattato le limitazioni poste alla libera prestazione di servizi

quando sono state considerate misure statali giustificate dalla necessità di tutelare diritti fondamentali, in situazioni nelle quali non tutti gli Stati si atteggiavano allo stesso modo, la Corte ha rinunciato a considerare necessarie o rilevanti nozioni comuni e condivise. Nella ricordata sentenza *Omega*, la Corte ha ritenuto sufficiente che le misure fossero strettamente necessarie e proporzionate, precisando che «(...) la necessità e la proporzionalità delle disposizioni adottate in materia non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro» (punto 38) e che «non è indispensabile, a tale proposito, che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa (...)» (punto 37).

A tanto la Corte aggiungeva che, se è vero che nella sentenza *Schindler*<sup>121</sup> aveva fatto riferimento a considerazioni di ordine morale, religioso o culturale presumibilmente condivise dalla maggioranza degli Stati, tuttavia, essa «(...) non intendeva, menzionando tale concezione comune, formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità di ogni misura nazionale che limita l'esercizio di un'attività economica (...)» (punto 37).

In pratica, con la sentenza *Omega*, che conferma la sua prassi per quanto riguarda la ammissibilità delle misure adottate dagli Stati sotto il profilo della necessità e della proporzionalità, in ordine alle quali non è richiesto un modello uniforme ma sono ammissibili sistemi di tutela diversi che devono essere valutati alla luce degli obiettivi perseguiti e del livello di tutela che esse mirano a garantire<sup>122</sup>, la Corte, nell'ottica di salvaguardare il principio della diversità nell'unità, ritiene sufficiente una generica compatibilità di valori in luogo di una comune visione e di un comune sentire.

**Emmanuel Pagano\***

(tal essendo stata ritenuta l'attività di promozione di lotterie) per una serie di ragioni che riguardavano la tutela dei destinatari del servizio e più in generale dei consumatori nonché la tutela dell'ordine sociale. Tra queste ragioni non ricorreva la tutela dei diritti fondamentali.

<sup>121</sup> Sentenza *Schindler*, *cit. supra*, nota 120, punto 60.

<sup>122</sup> Sentenze della Corte di giustizia 21 settembre 1999 in causa n. C-124/97, *Läärä e a.*, EU:C:1999:435, punto 36; 21 ottobre 1999 in causa n. C-67/98, *Zenatti*, EU:C:1999:514, punto 34, annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 293; 11 settembre 2003 in causa n. C-6/01, *Anomar e a.*, EU:C:2003:446, punto 80, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 527.

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea / Università Parthenope, Napoli

## SINTESI

Nel sistema Ue le tradizioni costituzionali comuni agli Stati sono state sempre una fonte privilegiata dei diritti fondamentali. Sin dalle prime sentenze in merito la Corte le ha indicate come fonte di riferimento. Ad esse sono stati affiancati i Trattati internazionali in materia e, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950. Il Trattato di Maastricht e il Trattato di Lisbona hanno confermato il loro ruolo. Tuttavia, malgrado la Corte continui ancora a ricordarle tra le fonti dei diritti fondamentali, non v'è dubbio che la loro rilevanza risulti fortemente attenuata dalla attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei Trattati.

## ABSTRACT

*Since the first decisions on fundamental rights in the Eu legal system, a privileged point of reference have been the constitutional traditions common to the Member States and with them the international Treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The Treaty of Maastricht and the Treaty of Lisbon confirmed the importance of the constitutional tradition common. However, despite the Court still keep reminding them, there is no doubt that their relief has diminished to the advantage of the Charter of fundamental Rights of Eu and of the ECHR.*

## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **INADEMPIMENTO DI UNO STATO MEMBRO E CONDANNA AL PAGAMENTO DI UNA SOMMA FORFETTARIA E DI UNA PENALITÀ**

#### I

##### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 16 luglio 2020 in causa n. C-549/18**

Commissione europea c. Romania

**Art. 258 TFUE - Inadempimento di uno Stato - Prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo - Direttiva (Ue) n. 2015/849 - Mancata trasposizione e/o comunicazione delle misure di attuazione - Art. 260, par. 3, TFUE - Potere discrezionale riconosciuto alla Corte di giustizia - Obbligo di comunicare le misure di attuazione alla Commissione - Calcolo della somma forfettaria - Gravità dell'infrazione - Valutazione della durata dell'infrazione - Capacità finanziaria dello Stato - Carattere proporzionato del ricorso proposto dalla Commissione - Domanda di condanna al pagamento di una somma forfettaria.**

*\* A cura di ENRICA ADOBATI.*

*La Romania, non avendo adottato, entro la scadenza del termine prescritto nel parere motivato dell'8 dicembre 2017, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva (Ue) n. 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il Regolamento (Ue) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 2005/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva n. 2006/70/Ce della Commissione, e, pertanto, non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione europea, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma dell'art. 67 della direttiva n. 2015/849<sup>1</sup>.*

*La Romania è condannata a versare alla Commissione europea una somma forfettaria dell'importo di EUR 3 000 000<sup>2</sup>.*

*La Romania è condannata alle spese<sup>3</sup>.*

*(...).*

## II

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 16 luglio 2020 in causa n. C-550/18**

Commissione europea c. Irlanda

**Art. 258 TFUE - Inadempimento di uno Stato - Prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo - Direttiva (Ue) n. 2015/849 - Mancata trasposizione e/o comunicazione delle misure di attuazione - Art. 260, par. 3, TFUE - Potere discrezionale riconosciuto alla Corte di giustizia - Obbligo di comunicare le misure di attuazione alla Commissione - Calcolo della somma forfettaria - Gravità dell'infrazione - Valutazione della durata dell'infrazione - Capacità finanziaria dello Stato - Carattere proporzionato del ricorso proposto dalla Commissione - Domanda di condanna al pagamento di una somma forfettaria.**

*L'Irlanda, non avendo adottato, entro la scadenza del termine prescritto nel parere motivato dell'8 marzo 2018, tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva (Ue) n. 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a*

*fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il Regolamento (Ue) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 2005/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva n. 2006/70/Ce della Commissione, e, pertanto, non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione europea, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma dell'art. 67 della direttiva n. 2015/849<sup>4</sup>.*

*L'Irlanda è condannata a versare alla Commissione europea una somma forfettaria dell'importo di EUR 2 000 000<sup>5</sup>.*

*L'Irlanda è condannata alle spese<sup>6</sup>.*

*(...).*

### III

#### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 25 febbraio 2021 in causa n. C-658/19**

Commissione europea c. Regno di Spagna

**Art. 258 TFUE - Inadempimento di uno Stato - Direttiva (Ue) n. 2016/680 - Trattamento dei dati personali - Prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati - Mancata trasposizione e mancata comunicazione delle misure di trasposizione - Art. 260, par. 3, TFUE - Obbligo di comunicare le misure di attuazione alla Commissione - Calcolo della somma forfettaria - Gravità dell'infrazione - Valutazione della durata dell'infrazione - Capacità finanziaria dello Stato - Carattere proporzionato del ricorso proposto dalla Commissione - Domanda di condanna al pagamento di una somma forfettaria e di una penalità - Prevenzione effettiva della futura reiterazione di infrazioni analoghe - Garanzia della piena effettività del diritto dell'Unione.**

*Il Regno di Spagna, non avendo adottato, entro la scadenza del termine prescritto nel parere motivato, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva (Ue) n. 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro n.2008/977/GAI del Consiglio, e, pertanto, non avendo comunicato dette disposizioni alla Commissione europea, è venuto meno agli*

*obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 63 della direttiva in parola*<sup>7</sup>.

*Il Regno di Spagna, non avendo ancora adottato, al momento dell'esame dei fatti da parte della Corte, le misure necessarie per trasporre nel suo diritto interno le disposizioni della direttiva n. 2016/680 né, pertanto, avendo comunicato alla Commissione europea tali misure, ha persistito nel proprio inadempimento*<sup>8</sup>.

*Nell'ipotesi in cui l'inadempimento accertato al punto 1 persistesse alla data di pronuncia della presente sentenza, il Regno di Spagna è condannato a pagare alla Commissione europea, a decorrere da tale data e sino al termine di detto inadempimento da parte di tale Stato membro, una penalità di EUR 89 000 al giorno*<sup>9</sup>.

*Il Regno di Spagna è condannato a versare alla Commissione europea una somma forfettaria dell'importo di EUR 15 000 000*<sup>10</sup>.

*Il Regno di Spagna è condannato a sopportare, oltre alle proprie spese, quelle sostenute dalla Commissione europea*<sup>11</sup>.

(...).

<sup>1-11</sup> Come è noto, la procedura d'infrazione prevista dall'art. 258 TFUE costituisce uno strumento fondamentale per garantire il rispetto e l'effettività del diritto comunitario. L'art. 260, par. 3, TFUE prevede che la Commissione possa chiedere la condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie in sede di prima denuncia dinanzi alla Corte di giustizia, la quale, dunque, pronunciando un'unica sentenza, accerta l'inadempimento e condanna lo Stato membro al pagamento di una somma di denaro.

La prima volta che la Corte si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 260, par. 3, TFUE è stata con la sentenza dell'8 luglio 2019 (in causa n. C-543/17, *Commissione c. Belgio - Reti ad alta velocità*). Con tale sentenza, oltre a condannare il Belgio al pagamento, a partire dalla data della sentenza e fino all'avvenuto recepimento, di una penalità giornaliera, la Corte ha precisato che l'obbligo di comunicare le misure di attuazione, di cui all'art. 260, par. 3, TFUE, deve essere interpretato come obbligo degli Stati membri di comunicare informazioni sufficientemente chiare e precise in merito alle misure di attuazione di una direttiva.

La Corte ha, altresì, statuito al punto 59 della sentenza che, «al fine di rispettare l'imperativo di certezza del diritto e di garantire il recepimento completo delle disposizioni della direttiva di cui trattasi sull'intero territorio interessato, gli Stati membri sono tenuti a indicare, per ciascuna disposizione di detta direttiva, la misura nazionale o le misure nazionali che ne assicurano l'attuazione. Una volta effettuata siffatta comunicazione, se del caso accompagnata dalla presentazione di una tabella di concordanza, incombe alla Commissione dimostrare, al fine di chiedere l'irrogazione, a carico dello Stato membro interessato, di una sanzione pecuniaria ai sensi della disposizione in esame, che talune misure di attuazione sono manifestamente mancanti o non riguardano l'intero territorio dello Stato membro interessato, fermo restando che non spetta alla Corte, nell'ambito del procedimento giurisdizionale avviato in applicazione dell'art. 260, par. 3, TFUE, esaminare se le misure nazionali comunicate alla Commissione garantiscano un recepimento corretto delle disposizioni della direttiva di cui trattasi».

Successivamente, nelle sentenze sopra massimate, del 16 luglio 2020 in causa n. C-549/18, *Commissione c. Romania*, e in causa n. C-550/18, *Commissione c. Irlanda*, (cfr., inoltre, sentenza del 13 gennaio 2021 in causa n. C-628/18, *Commissione c. Slovenia*), l'art. 260, par. 3, TFUE è stato applicato per l'imposizione di una somma forfettaria e la Corte ha accolto i ricorsi proposti dalla Commissione sebbene la Romania e l'Irlanda avessero contestato l'applicazione del regime sanzionatorio previsto dalla disposizione comunitaria.

La Corte di giustizia ha rilevato *in primis* l'inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE



in quanto le misure necessarie per garantire la trasposizione della direttiva non sono state adottate. In secondo luogo, sull'inadempimento ai sensi dell'art. 260, par. 3, 1° comma, TFUE e sulla fondatezza nell'irrogazione di una somma forfettaria, nel caso di specie, la Corte di giustizia ha sottolineato la legittimità della scelta operata dalla Commissione in quanto l'obiettivo previsto dal meccanismo di cui all'art. 260, par. 3, TFUE non è solo quello di invitare gli Stati a porre fine all'inadempimento, ma soprattutto di rendere più veloce il procedimento di irrogazione delle sanzioni pecuniarie concernenti gli inadempimenti dell'obbligo di comunicazione di una misura nazionale di attuazione di una direttiva adottata secondo la procedura legislativa (cfr. sentenza dell'8 luglio 2019 in causa n. C-543/17, *Commissione c. Belgio*, EU:C:2019:573, punto 64). Spetta, comunque, alla Corte di giustizia valutare l'opportunità di infliggere una sanzione pecuniaria in funzione delle circostanze del caso concreto sottoposte per prevenire analoghe infrazioni al diritto dell'Unione.

Come è noto, l'art. 260, par. 3, TFUE prevede due tipi di sanzioni pecuniarie: la somma forfettaria e la penalità.

Secondo la giurisprudenza della Corte, l'applicazione dell'una o dell'altra di queste due misure dipende dall'idoneità di ciascuna a conseguire l'obiettivo perseguito in relazione alle circostanze del caso di specie. Anche se la pronuncia di condanna ad una penalità sembra particolarmente appropriata a spingere uno Stato membro a porre fine quanto prima a un inadempimento, la condanna al pagamento di una somma forfettaria si basa di più sulla valutazione delle conseguenze della mancata esecuzione degli obblighi dello Stato membro interessato sugli interessi privati e pubblici, in particolare qualora l'inadempimento sia proseguito per un lungo periodo (cfr. il raffronto con l'art. 260, par. 2, TFUE, sentenza del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02, *Commissione c. Francia*, EU:C:2005:444, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 710).

L'irrogazione di una somma forfettaria, nel caso di specie, non può essere respinta in quanto sproporzionata per il solo motivo che l'inadempimento, pur essendo continuato nel tempo, al momento dell'esame dei fatti da parte della Corte era terminato.

La Corte di giustizia, ribadendo quanto affermato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, ha sottolineato come l'art. 260, par. 3, TFUE miri ad incentivare gli Stati membri a trasporre le direttive entro i termini stabiliti dal legislatore, nonché a garantire la piena efficacia della normativa dell'Unione. Se l'attivazione della procedura prevista all'art. 260, par. 2, TFUE consiste nel fatto che uno Stato membro è venuto meno agli obblighi derivanti da una sentenza di accertamento di inadempimento, quella alla base dell'art. 260, par. 3, TFUE deriva dal fatto che uno Stato membro è venuto meno al suo obbligo di adottare e di comunicare le misure di attuazione di una direttiva entro la data fissata da quest'ultima. L'effetto utile delle disposizioni delle direttive che fissano un termine per la trasposizione sarebbero, infatti, pregiudicate.

Nella sentenza pronunciata nella causa n. C-658/19, *Commissione c. Spagna*, è la prima volta che un Paese viene condannato al pagamento di entrambe le sanzioni. La Spagna, infatti, è stata condannata al pagamento, in applicazione dell'art. 260, par. 3, TFUE della penalità e della somma forfettaria allo stesso tempo. La Corte ha dichiarato che il ritardo accumulato da tale Paese nella trasposizione della direttiva, derivato dal contesto istituzionale e politico del momento, non consentivano di giustificare l'inadempimento addebitato dalla Commissione (sentenza della Corte del 13 luglio 2017 in causa n. C-388/16, *Commissione c. Spagna*, EU:C:2017:548). Sulla rilevanza di tali circostanze per la valutazione della proporzionalità delle sanzioni proposte, la Corte di giustizia ha considerato come l'irrogazione di una penalità sia giustificata per il fatto che l'inadempimento in tale Paese è durato fino all'esame dei fatti da parte della Corte (l'inadempimento di cui trattasi, infatti, non era ancora terminato alla data di chiusura della fase scritta del procedimento). Inoltre, la data da prendere in considerazione ai fini della valutazione della durata dell'inadempimento in questione non è quella della scadenza del termine fissato nel parere motivato, bensì la data di scadenza del termine di trasposizione previsto dalla direttiva. La Spagna, alla scadenza del termine di trasposizione previsto dall'art. 63 della direttiva n. 2016/680 non aveva adottato alcuna disposizione nazionale per garantire la trasposizione di tale direttiva e, di conseguenza, non aveva nemmeno comunicato le misure di attuazione di quest'ultima alla Commissione. Infine, anche il pagamento della somma forfettaria, a parere della Corte, risulta giustificato per prevenire la futura reiterazione di analoghe infrazioni al diritto dell'Unione.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA  
SUL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE  
DI UN FIGLIO MINORENNE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 16 luglio 2020 in cause riunite n. C-133/19, n. C-136/19 e n. C-137/19**

B.M.M. (C-133/19 e C-136/19), B.S. (C-133/19), B.M. (C-136/19), B.M.O. (C-137/19) c. Stato belga

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Politica in materia di immigrazione - Diritto al ricongiungimento familiare - Direttiva n. 2003/86/Ce - Art. 4, par. 1 - Nozione di «figlio minorenn» - Art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Interesse superiore del minore - Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali - Diritto a un ricorso effettivo - Figlio divenuto maggiorenne nelle more del procedimento giurisdizionale - Rigetto della domanda di ricongiungimento familiare - Determinazione anagrafica della minore età alla data di presentazione della domanda di ingresso e di soggiorno.**

*L'art. 4, par. 1, 1° comma, lett. c., della direttiva n. 2003/86/UE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, deve essere interpretato nel senso che la data a cui occorre fare riferimento per determinare se un cittadino di un Paese terzo o un apolide non coniugato sia un figlio minorenn, ai sensi di tale disposizione, è quella in cui è presentata la domanda di ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare per figli minorenni e non quella in cui le autorità competenti di tale Stato membro statuiscono su tale domanda, eventualmente dopo un ricorso avverso la decisione di rigetto di siffatta domanda<sup>1</sup>.*

*L'art. 18 della direttiva n. 2003/86/UE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che il ricorso avverso il rigetto di una domanda di ricongiungimento familiare di un figlio minorenn sia dichiarato irricevibile per il solo motivo che il figlio è divenuto maggiorenne nelle more del procedimento giurisdizionale<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> Il concetto di ricongiungimento familiare è un elemento fondamentale del moderno diritto umanitario internazionale e trova espressione nella direttiva n. 2003/86/Ce (in *Gu-UE* n. L 251 del 2003, p. 12) che consente ai familiari – in particolare ai minorenni – di stabilir-

si nel Paese ospitante e di ricongiungersi con un altro familiare al quale è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato in tale Stato. È proprio in tale contesto che sono state introdotte le questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva, sopra citata, e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'ambito di controversie che hanno visto contrapposti, da un lato, alcuni cittadini guineani, e, dall'altro lato, lo Stato belga per il rigetto di domande di rilascio di un visto ai fini del ricongiungimento familiare. In sostanza, la Corte è stata chiamata a chiarire se i figli, ancora minorenni alla data di presentazione della loro domanda di ricongiungimento familiare, debbano continuare ad essere considerati a tal fine minorenni anche se essi raggiungono la maggiore età nelle more del successivo procedimento amministrativo concernente la loro domanda o durante il successivo procedimento giurisdizionale.

Con riferimento alla data a cui far riferimento per stabilire come determinare se un cittadino di un Paese terzo o un apolide non coniugato sia un «figlio minorenne», ai sensi art. 4, par. 1, 1° comma, lett. C., della direttiva n. 2003/86/Ue, la Corte di giustizia ha dichiarato che bisogna avere riguardo alla data alla quale è stata presentata la domanda in quanto considerare la data in cui le autorità competenti dello Stato membro devono statuire su tale domanda non sarebbe conforme né agli obiettivi perseguiti da tale direttiva, né alle prescrizioni derivanti dall'art. 7 sul rispetto della vita privata e familiare e dall'art. 24, par. 2, della Carta sulla preminenza dell'interesse superiore del bambino.

Con riferimento poi all'irricevibilità di un ricorso proposto avverso la decisione di rigetto di una domanda di ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare a favore di un figlio minorenne basata unicamente sul fatto che il figlio è divenuto maggiorenne nelle more del procedimento giurisdizionale e che le persone interessate non hanno più un interesse ad ottenere una decisione da parte del Giudice adito, non è accettabile da parte della Corte di giustizia. Un cittadino di un Paese terzo, la cui domanda di ricongiungimento familiare sia stata respinta, potrebbe conservare, infatti, anche dopo aver raggiunto la maggiore età, un interesse ad ottenere la pronuncia del giudice sul merito per introdurre, in un secondo momento, una domanda di risarcimento danni.

**INTERPRETAZIONE DEL REGOLAMENTO N. 1215/2012  
SULLA POSSIBILITÀ PER UN ALBERGO CHE UTILIZZA  
LA PIATTAFORMA *BOOKING.COM* DI CITARE QUEST'ULTIMA  
IN GIUDIZIO DINANZI A UN GIUDICE DELLO STATO  
MEMBRO IN CUI L'ALBERGO È STABILITO PER OTTENERE  
LA CESSAZIONE DI UN EVENTUALE SFRUTTAMENTO  
ABUSIVO DI POSIZIONE DOMINANTE**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 24 novembre 2020 in causa n. C-59/19**

Wikingerhof GmbH & Co. KG c. Booking.com BV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Cooperazione giudiziaria in materia civile - Art. 7, punti 1 e 2 del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 – Competenza giurisdizionale - Competenza speciale in materia di illeciti civili dolosi o colposi - Azione inibitoria di pratiche commerciali**

**considerate contrarie al diritto della concorrenza poste in essere dalla piattaforma di prenotazione alberghiera - Cessazione di abuso di posizione dominante consistente in pratiche commerciali coperte da disposizioni contrattuali - Applicazione del Regolamento (Ue) n. 1215/2012.**

*L'art. 7, punto 2, del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che esso si applica a un'azione diretta a inibire determinate pratiche messe in atto nell'ambito del rapporto contrattuale che vincola l'attore al convenuto e fondata su un'allegazione di abuso di posizione dominante commesso da quest'ultimo, in violazione del diritto della concorrenza<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Il collegamento di una domanda di responsabilità civile alla «materia contrattuale», ai sensi dell'art. 7, punto 1, del Regolamento Bruxelles I bis, o alla «materia di illeciti civili», ai sensi dell'art. 7, punto 2, di detto Regolamento, dipende dalla sua causa, vale a dire dall'obbligazione – «contrattuale» o «da illecito civile» – su cui si basa e che l'attore fa valere contro il convenuto. Così un'azione inibitoria, (come quella promossa dalla Wikingerhof contro Booking.com), basata su un'infrazione alle regole del diritto della concorrenza, rientra nella «materia di illeciti civili».

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 7, punto 2, del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 (in *Gu-Ue* n. L 351 del 2012, p. 1) è sorta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la società tedesca Wikingerhof GmbH & Co. KG, che gestisce un albergo, e, dall'altro lato, la società olandese Booking.com BV che gestisce una piattaforma di prenotazione alberghiera, per alcune pratiche che, a parere della Wikingerhof, costituivano un abuso di posizione dominante.

La Wikingerhof stipulava, infatti, un contratto con la Booking.com affinché il proprio albergo venisse inserito nella piattaforma *online* di prenotazione alberghiera, le cui condizioni generali venivano successivamente modificate in maniera arbitraria (per esempio, all'hotel veniva impedito l'accesso ai dati di contatto dei clienti che aveva acquistato tramite la piattaforma). Per tale ragione la Wikingerhof proponeva dinanzi al giudice tedesco, un'azione inibitoria contro la Booking.com che si difendeva sostenendo l'incompetenza territoriale del giudice adito.

Il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania), adito dalla Wikingerhof in un ricorso per cassazione su tale questione, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se un'azione come quella promossa dalla Wikingerhof contro la piattaforma Booking.com, che si basava su norme di diritto considerate relative a illeciti civili nel diritto nazionale, rientrasse nella «materia di illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'art. 7, par. 2, del Regolamento così formulato: «Una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: (...) 1) a) in materia contrattuale, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio; (...) 2) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire; (...)».

In sostanza, la Wikingerhof ha esercitato dinanzi al giudice nazionale un'azione diretta ad inibire determinate pratiche messe in atto dalla Booking.com nell'ambito del loro rapporto contrattuale ritenendo la sussistenza di un abuso di posizione dominante, in violazione del diritto della concorrenza (cfr. sentenze del 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis*, EU:C:1988:459; del 17 giugno 1992 in causa n. C-26/91, *Handte*, EU:C:1992:268 e del 13 marzo 2014 in causa n. C-548/12, *Brogssitter*, EU:C:2014:148, annotata in questa *Rivista*, 2015, p. 167).

La Corte di giustizia ha precisato che il Regolamento n. 1215/2012 si basa sulla regola generale della competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro del domicilio

del convenuto, mentre le norme sulla competenza speciale previste all'art. 7 costituiscono deroghe a tale regola generale e, come tali, devono essere interpretate restrittivamente (v., in tal senso, sentenza del 27 settembre 1988, *Kalfelis*, cit.). Con riguardo agli obiettivi del Regolamento n. 1215/2012, la Corte ha sottolineato che le norme sulla competenza speciale di cui l'attore può avvalersi in forza dell'art. 7, punto 1, e 2, sono state introdotte in considerazione dell'esistenza, nelle materie oggetto di tali disposizioni, di un collegamento particolarmente stretto tra una domanda e l'autorità giurisdizionale che può essere adita in merito ad essa oppure al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia (v., in tal senso, sentenza del 4 ottobre 2018 in causa n. C-337/17, *Feniks*, EU:C:2018:805).

La Corte ha sostenuto, altresì, che un'azione rientra nella materia contrattuale ai sensi dell'art. 7, punto 1, lett. a., del Regolamento n. 1215/2012, se l'interpretazione del contratto che lega il convenuto all'attore appaia indispensabile per stabilire la liceità o, al contrario, l'illiceità di un determinato comportamento (cfr., in tal senso, sentenza del 13 marzo 2014, *Brogstetter*, cit.; sentenze del 10 settembre 2015 in causa n. C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie e a.*, EU:C:2015:574, nonché del 15 giugno 2017 in causa n. C-249/16, *Kareda*, EU:C:2017:472). Quando ad essere invocate sono le norme sulla responsabilità da illecito civile doloso o colposo ovvero la violazione di un'obbligazione imposta dalla legge, la causa *petendi* rientra nella materia degli illeciti civili dolosi o colposi, ai sensi dell'art. 7, punto 2, del Regolamento n. 1215/2012.

Nel caso di specie, nell'atto introduttivo del ricorso, la Wikingerhof ha dedotto la violazione del diritto tedesco sulla concorrenza, il quale prevede un divieto generale di abuso di posizione dominante: la questione di diritto sottesa al procedimento principale è se la Booking.com abbia commesso un abuso di posizione dominante.

L'Avvocato Generale ha ben chiarito nelle proprie conclusioni che per accertare se le pratiche addebitate alla Booking.com abbiano carattere lecito o illecito alla luce del diritto della concorrenza non risultava necessario interpretare il contratto stipulato tra le parti. Ne consegue che, essendo la causa intentata dalla Wikingerhof fondata sull'obbligo di astenersi da qualsiasi abuso di posizione dominante, essa rientra nella materia degli illeciti civili dolosi o colposi, ai sensi dell'art. 7, punto 2, del Regolamento n. 1215/2012. Per accertare comunque se la Booking.com abbia commesso o meno un abuso di posizione dominante dovrà pronunciarsi il giudice nazionale tedesco.

## **AUTORIZZAZIONE PREVENTIVA PER LE ATTIVITÀ CONSISTENTI NEL METTERE IN CONTATTO TASSISTI AUTORIZZATI, MEDIANTE UN'APPLICAZIONE PER SMARTPHONE, CON SOGGETTI CHE INTENDONO SPOSTARSI NELL'AREA URBANA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 3 dicembre 2020 in causa n. C-62/19**

Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General, Consiliul General al Municipiului București

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 56 TFUE - Applicabilità - Situazione puramente interna - Direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico - Nozione di «servizio della società dell'informazione»**

**- Applicabilità degli artt. 3, par. 2 e 4 e 4 della direttiva - Direttiva n. 2006/123/Ce - Servizi nel mercato interno - Libertà di stabilimento dei prestatori e libera circolazione dei servizi - Direttiva (Ue) n. 2015/1535 - Nozione di «regola relativa ai servizi» - Nozione di «regola tecnica» - Omessa previa comunicazione - Opponibilità - Attività consistente nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per *smartphone*, soggetti che intendono fare uno spostamento nell'area urbana e tassisti autorizzati - Qualificazione del rapporto - Normativa nazionale che assoggetta tale attività a un regime di autorizzazione preventiva - App - Intermediazione - Taxi.**

*L'art. 2, lett. a., della direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), che rinvia all'art. 1, par. 1, lett. b., della direttiva (Ue) n. 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, deve essere interpretato nel senso che costituisce un «servizio della società dell'informazione», ai sensi di tali disposizioni, un servizio di intermediazione consistente, mediante un'applicazione per *smartphone*, nel mettere in contatto, dietro retribuzione, persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana con tassisti autorizzati, per il quale il prestatore di detto servizio ha stipulato a tal fine contratti di fornitura di servizi con detti tassisti a fronte del pagamento di un canone mensile, ma non trasmette loro le richieste, non fissa il prezzo della corsa né ne garantisce l'incasso presso tali persone, le quali lo versano direttamente al tassista, e neppure esercita un controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, né sul comportamento di questi ultimi<sup>1</sup>.*

*L'art. 1, par. 1, lett. f., della direttiva n. 2015/1535 deve essere interpretato nel senso che non costituisce una «regola tecnica», ai sensi di tale disposizione, una normativa di un'autorità locale, che subordina la fornitura di un servizio di intermediazione, avente come oggetto, mediante un'applicazione per *smartphone*, quello di mettere in contatto, dietro retribuzione, persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana con tassisti autorizzati, e rientrando nella qualificazione di «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2015/1535, all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva a cui sono già sottoposti gli altri prestatori di servizi di prenotazione di taxi<sup>2</sup>.*

*L'art. 56 TFUE, l'art. 3, par. 2 e 4, della direttiva n. 2000/31/Ce, nonché l'art. 16 della direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, devono essere interpretati nel senso che non si applicano a una controversia i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro<sup>3</sup>.*

*L'art. 4 della direttiva n. 2000/31/Ce deve essere interpretato nel senso che esso non si applica a una normativa di uno Stato membro che subordina la fornitura di un servizio di intermediazione, avente come oggetto, mediante un'applicazione per smartphone, quello di mettere in contatto, dietro retribuzione, persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana con tassisti autorizzati, e rientrante nella qualificazione di «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'art. 2, lett. a., della direttiva n. 2000/31/Ce, che rinvia all'art. 1, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2015/1535, all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva a cui sono già sottoposti gli altri prestatori di servizi di prenotazione di taxi<sup>4</sup>.*

*Gli artt. 9 e 10 della direttiva n. 2006/123/Ce devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa di uno Stato membro che subordina la fornitura di un servizio di intermediazione, avente come oggetto, mediante un'applicazione per smartphone, quello di mettere in contatto, dietro retribuzione, persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana con tassisti autorizzati, all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva all'esercizio della loro attività, qualora le condizioni per ottenere tale autorizzazione non soddisfino i requisiti previsti da tali articoli, in quanto impongono segnatamente requisiti tecnici inadeguati al servizio interessato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare<sup>5</sup>.*

<sup>1-5</sup> La prima sentenza, sopra massimata, fornisce alla Corte l'occasione di precisare la propria giurisprudenza riferita ad una specifica categoria di servizi, ossia i c.d. servizi «della società dell'informazione», vale a dire servizi forniti a distanza per via elettronica, ovvero via internet. Nel caso specifico, un servizio che mette in contatto diretto mediante una *app* clienti e tassisti.

Tali servizi beneficiano del principio del reciproco riconoscimento tra Stati membri, nonché di alcune agevolazioni per lo stabilimento nei rispettivi Stati membri di origine dei fornitori. Appare però difficoltoso distinguere un servizio della società dell'informazione da un servizio «classico» quando prestazioni di natura differente sono parte integrante di un unico servizio più complesso. Ci si riferisce ai servizi di trasporto urbani caratterizzati da una prenotazione del percorso per via elettronica.

La Corte ha già avuto occasione di fornire alcune indicazioni riguardo a siffatta distinzione nella sentenza del 20 dicembre 2017 in causa n. C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi*, EU:C:2017:981 nella quale ha precisato che «un servizio d'intermediazione, (...) avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di "servizi nel settore dei trasporti", ai sensi dell'articolo 58, par. 1, TFUE.

Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 56 TFUE, della direttiva n. 2006/123/CE e della direttiva 2000/31/CE».

La controversia dalla quale è scaturito il rinvio pregiudiziale ha visto contrapposti, da un lato, la Star Taxi App SRL e, dall'altro lato, il Comune di Bucarest con il Consiglio generale del Comune di Bucarest per una normativa che subordina l'esercizio di un'attività consistente nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per *smartphone*, persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana e tassisti autorizzati, all'ottenimento di una preventiva autorizzazione.

La Star Taxi App, una società di diritto rumeno con sede a Bucarest gestisce un'applicazione per *smartphone* che mette in contatto diretto gli utenti di servizi di taxi con i tassisti. L'applicazione propone all'utente che effettua una ricerca un elenco di tassisti disponibili, con le relative tariffe. La Star Taxi App non trasmette le richieste ai tassisti e non fissa i prezzi del servizio, che sono pagati direttamente dal cliente al conducente al termine della corsa.

La Star Taxi App fornisce tale servizio stipulando direttamente contratti di fornitura di servizi con i tassisti abilitati ad effettuare trasporti mediante taxi e l'oggetto di tali accordi consiste nel mettere a disposizione dei tassisti uno *smartphone* con installata un'applicazione informatica, denominata «Star Taxi - conducente», e una carta SIM contenente un volume di dati limitato, a fronte del pagamento di un canone mensile. Inoltre, la Star Taxi App non esercita alcun tipo di controllo né sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti né sul comportamento di questi ultimi.

In seguito all'adozione della normativa nazionale che ha esteso l'obbligo di ottenere un'autorizzazione preventiva per l'attività di distribuzione ai gestori di applicazioni informatiche come la Star Taxi App, quest'ultima è stata condannata al pagamento di un'ammenda. Per contro, la Star Taxi App ha sostenuto che la propria attività costituisce un servizio della società dell'informazione non soggetta come tale a un regime di autorizzazione preventiva come previsto dal principio contenuto all'art. 4 della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico (in *Guce* n. L 178 del 2000, p. 1). La Star Taxi App ha proposto, così, un reclamo chiedendo la revoca della delibera n. 626/2017 del Consiglio comunale di Bucarest che ha introdotto l'autorizzazione contestata. Il reclamo veniva respinto e la Star Taxi App investiva, quindi, il Tribunale superiore di Bucarest di un ricorso di annullamento della stessa delibera.

Il giudice del rinvio ha constatato che il servizio in discussione era differente da quello relativo alla causa *Asociación Profesional Elite Taxi* (cit). A parere del giudice nazionale, la Star Taxi App, a differenza del prestatore del servizio in questione in tale causa, non seleziona conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo, ma conclude contratti di fornitura di servizi con soggetti abilitati ad effettuare trasporti mediante taxi (la cui attività è preesistente e per i quali tale servizio costituisce una modalità di procacciamento dei clienti), non stabilisce il prezzo dello spostamento, né lo percepisce dal cliente, il quale paga quest'ultimo direttamente al tassista, né esercita un controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti o sul comportamento di questi ultimi. In sostanza, il servizio fornito dalla Star Taxi App si aggiunge ad un servizio di trasporto mediante taxi già esistente e organizzato.

Si è trattato, dunque, di stabilire se il servizio fornito dalla Star Taxi App dovesse essere qualificato come «servizio della società dell'informazione» e, in caso affermativo, se una normativa che subordina la fornitura di tale prestazione a un regime di autorizzazione preventiva fosse conforme al diritto dell'Unione.

In *primis*, la Corte di giustizia ha precisato che il servizio di intermediazione della Star Taxi App consistente nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per *smartphone*, dietro retribuzione, soggetti che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana e tassisti autorizzati, per il quale il prestatore ha stipulato specifici contratti di fornitura di servizi con i tassisti a fronte del pagamento di un canone mensile, ma non trasmette loro le richieste, non fissa il prezzo della corsa, né ne garantisce l'incasso, e neppure esercita un controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, né sul comportamento di questi ultimi costituisce un «servizio della società dell'informazione» ai sensi della direttiva n. 2000/31/Ce. Infatti, il servizio della Star Taxi App mette in contatto persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana unicamente con tassisti autorizzati la cui attività è preesistente e per i quali il servizio di intermediazione costituisce solo una modalità, tra altre, di procacciamento della clientela, della quale, inoltre, essi non sono affatto obbligati ad avvalersi.



Inoltre, il servizio di intermediazione fornito dalla Star Taxi App non può essere considerato parte integrante di un servizio globale il cui elemento principale sarebbe una prestazione di trasporto e rientra, di conseguenza, nella qualificazione di «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'art. 2, lett. *a.*, della direttiva n. 2000/31/Ce.

Infine, la Corte di giustizia, sulla conformità della normativa nazionale (della delibera n. 626/2017 del Consiglio Comunale di Bucarest) al diritto dell'Unione, ha precisato che la normativa rumena impone ai prestatori di servizi che esercitano la loro attività mediante un'applicazione per *smartphone*, al pari di tutti gli altri operatori che forniscono tale servizio (sia telefonicamente o mediante un'applicazione informatica), il possesso di apparecchiature sprovviste di qualsiasi utilità a motivo delle modalità tecniche di prestazione di tale servizio. Ne consegue che la normativa rumena non può essere considerata come «regola tecnica» ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. *f.*, della direttiva e a tale normativa non si applica conseguentemente l'obbligo di previa comunicazione alla Commissione dei progetti di regole tecniche come previsto dal diritto dell'Unione.

IL RITORNO DI UN'AFFERMATA RIVISTA!!

*È ora in distribuzione il n. 1/2021 della Rivista*

# ALIMENTA

RIVISTA DI DIRITTO E SCIENZE DELL'AGRICOLTURA, ALIMENTAZIONE E AMBIENTE

N. 1 - nuovo ciclo

Anno I - Maggio 2021

ISSN 2284-3574

fondata da

ANTONIO NERI<sup>†</sup>

Diretta da: VITO RUBINO. Condirettori: FAUSTO CAPELLI – PAOLO BORGHI

## Editoriale

di Vito Rubino, Fausto Capelli e Paolo Borghi

## PARTE I

### SAGGI E APPROFONDIMENTI

#### Diritto

La trasparenza nell'analisi del rischio all'interno della filiera alimentare come principio di democrazia  
di Fausto Capelli e Giovanni Giangio

L'etichettatura nutrizionale *front-pack*: la «*nutriinform battery*» italiana e la «*nutri-score*» francese  
di Valeria Pullini

#### Biologia

Autocontrollo e HACCP: stato dell'arte della semplificazione nell'ambito delle attività di ristorazione commerciale di piccole e medie dimensioni  
di Maria Ausilia Grassi

#### Chimica

Dalla terra alla tavola con i microelementi: la tracciabilità analitica del tartufo bianco  
di Maurizio Aceto

## PARTE II

### NOTE E COMMENTI

Quale giudice per il biologico: note alla sentenza 1914/2021 resa dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite sulla relativa questione di giurisdizione. Prime luci sul nuovo orizzonte della giustiziabilità delle misure esecutive disposte dagli organismi di controllo designati al controllo e certificazione del biologico  
di Daniele Pisanello

Riprodurre la forma di una DOP: un caso di evocazione o prassi idonea a indurre in errore il consumatore?  
di M. Terenzi

## PARTE III

### DOCUMENTAZIONE

Osservatorio di giurisprudenza alimentare 1/21  
a cura di Valeria Amenta, Giovanni Stangoni

Nota del Ministero della Salute «Indicazioni per l'esecuzione delle attività di campionamento e analisi di matrici afferenti agli ambiti di cui all'articolo 2, comma 1 del decreto legislativo n. 27 del 2 febbraio 2021 nell'ambito dei controlli ufficiali di cui al regolamento (UE) 2017/625, in relazione alle disposizioni previste dal Decreto legge 22 marzo 2021 n. 42 "Misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare" pubblicato sulla Serie Generale n. 72 della GU del 24 marzo 2021»

Nota del Ministero della Salute «Misure straordinarie per la rideterminazione della *shelf-life* dei prodotti alimentari e congelamento carne fresca»

#### Corsi e convegni

Corso di Alta Formazione in Legislazione Alimentare, Università del Piemonte Orientale, XII edizione

#### Libri

Notizie sugli autori

EDITORIALE SCIENTIFICA

# GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

---

## LA SICUREZZA NAZIONALE IN AMBITO OMC: TRA LEGITTIME PREROGATIVE SOVRANE E PROTEZIONISMO DISSIMULATO

**Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*,  
WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), 5 aprile 2019\***

*Presidente:* Georges Abi-Saab

*Membri:* Ichiro Araki, Mohammad Saeed

*Parti terze:* Australia, Bolivia, Brasile, Canada, Cile, Cina, Unione europea, India, Giappone, Corea, Moldavia, Norvegia, Paraguay, Arabia Saudita, Singapore, Turchia e Stati Uniti.

**Art. XXI GATT - Sicurezza nazionale - Interessi essenziali - Misure protezionistiche e discriminatorie - Sistema multilaterale degli scambi - Sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC - *Jurisdictional defence* - *Totally self-judging exception* - Emergenza nelle relazioni internazionali - *Subsequent practice* - Buona fede - Sicurezza cibernetica.**

\* Rapporto reso da un *Panel* in ambito OMC. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <https://docs.wto.org>. In argomento v. *infra*, p. 631 ss., il commento di MASSIMO BOSCHI.

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI, FASC. 3-4/2020, PP. 627-630  
© EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

*Il concetto di «interessi essenziali di sicurezza», evidentemente più limitato di quello di «interessi di sicurezza», può in generale essere letto come un riferimento a quell'insieme di interessi relativi alle funzioni fondamentali dello Stato, in particolare la protezione del proprio territorio e della propria popolazione da minacce esterne e il mantenimento della legalità e dell'ordine pubblico al proprio interno. La definizione degli specifici interessi che di volta in volta vengono in rilievo dipende dalla particolare situazione di fatto e dalle percezioni del singolo Stato in questione, e varia al variare delle circostanze. Per queste ragioni, è a ciascuno Stato Membro che viene in generale devoluto il compito di definire quali interessi esso consideri essenziali per la propria sicurezza. Ad ogni modo, questo non significa permettere allo Stato di elevare qualsiasi interesse ad interesse essenziale. Al contrario, il potere definitorio discrezionale dello Stato trova un limite nel dovere di interpretare ed applicare l'articolo XXI(b)(iii) del GATT 1994 secondo buona fede. Il Panel rammenta che quello della buona fede è un principio generale del diritto e un principio di diritto internazionale generale che sta alla base di ogni trattato, come codificato nell'art. 31(1) («un trattato deve essere interpretato secondo buona fede») e nell'art. 26 («ogni trattato deve essere applicato [dalle parti] in buona fede») della Convenzione di Vienna. La buona fede impone agli Stati Membri di non invocare le eccezioni previste dall'articolo XXI allo scopo di eludere le obbligazioni assunte con il GATT. Un esempio lampante di questa tendenza si avrebbe nel momento in cui uno Stato Membro tentasse di sottrarsi a quegli «impegni reciproci e sinallagmaticamente vantaggiosi» che costituiscono il Sistema multilaterale degli scambi semplicemente riclassificando gli interessi commerciali, che aveva precedentemente accettato di proteggere e promuovere all'interno del sistema stesso, come «interessi essenziali di sicurezza», estranei all'oggetto e alle finalità di quel sistema. Incombe, quindi, sullo Stato invocante il dovere di articolare gli interessi essenziali di sicurezza, che ritenga coinvolti dalla presenza di un'emergenza nelle relazioni internazionali, in una maniera sufficiente a dimostrarne la genuinità. Si avrà un sufficiente livello di articolazione a seconda della specifica emergenza internazionale in questione. In particolare, il Panel ritiene che meno tipica è l'emergenza nelle relazioni internazionali invocata dallo Stato, vale a dire quanto più essa sia distante da un conflitto armato, o da una situazione di sospensione della legalità o di crollo dell'ordine pubblico (sia sul territorio dello Stato invocante sia nelle sue immediate vicinanze), meno evidenti sono gli interessi di difesa e militari, o gli interessi al mantenimento della legalità e dell'ordine pubblico, che generalmente si ritiene vengano in rilievo. In questi casi, allo Stato Membro è richiesto di articolare i propri interessi*

*essenziali di sicurezza con maggiore precisione che non nel caso in cui l'emergenza internazionale implichi, ad esempio, un conflitto armato. (Omissis) L'obbligo di buona fede, cui si è fatto riferimento nei paragrafi 7.132 e 7.133, trova applicazione non solo nell'ambito della definizione statutale degli interessi essenziali di sicurezza coinvolti nella particolare emergenza internazionale, ma anche, cosa ancor più importante, nella connessione tra interessi e misure adottate. Dunque, per quanto concerne l'applicazione dell'articolo XXI(b)(iii), questo obbligo è cristallizzato nella necessità che le misure in questione rispettino un criterio minimo di plausibilità in relazione agli allegati interessi essenziali di sicurezza; in altre parole, è necessario che le azioni intraprese costituiscano verosimilmente misure adottate per proteggere quegli interessi. Il Panel deve, quindi, valutare se le misure siano talmente distanti dall'emergenza del 2014 e ad essa non connesse che risulti implausibile che la Russia le abbia adottate al fine di proteggere i propri interessi essenziali di sicurezza che in quell'emergenza erano coinvolti.\*\**

\*\* La massima in lingua italiana qui sopra riportata costituisce libera traduzione dell'Autore di passi scelti all'interno del rapporto del Panel, e in particolare di alcuni paragrafi dal 7.130 al 7.139 incluso. L'Autore si assume la responsabilità di qualsiasi errore e imprecisione. Di seguito è riportata la versione ufficiale dei paragrafi citati: «"Essential security interests", which is evidently a narrower concept than "security interests", may generally be understood to refer to those interests relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally. The specific interests that are considered directly relevant to the protection of a state from such external or internal threats will depend on the particular situation and perceptions of the state in question, and can be expected to vary with changing circumstances. For these reasons, it is left, in general, to every Member to define what it considers to be its essential security interests. However, this does not mean that a Member is free to elevate any concern to that of an "essential security interest". Rather, the discretion of a Member to designate particular concerns as "essential security interests" is limited by its obligation to interpret and apply Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 in good faith. The Panel recalls that the obligation of good faith is a general principle of law and a principle of general international law which underlies all treaties, as codified in Article 31(1) ("[a] treaty shall be interpreted in good faith ...") and Article 26 ("[e]very treaty ... must be performed [by the parties] in good faith") of the Vienna Convention. The obligation of good faith requires that Members not use the exceptions in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994. A glaring example of this would be where a Member sought to release itself from the structure of "reciprocal and mutually advantageous arrangements" that constitutes the multilateral trading system simply by re-labelling trade interests that it had agreed to protect and promote within the system, as "essential security interests", falling outside the reach of that system. It is therefore incumbent on the invoking Member to articulate the essential security interests said to arise from the emergency in international relations sufficiently enough to demonstrate their veracity. What qualifies as a sufficient level of articulation will depend on the emergency in international relations at issue. In particular, the Panel considers that the less characteristic is the "emergency in international relations" invoked by the Member, i.e. the further it is removed from armed conflict, or a situation of breakdown of law and public order (whether in the invoking Member or in its immediate surroundings), the less obvious are the defence or military interests, or maintenance of law and public order interests, that can be generally expected to arise. In such cases, a Member would need to ar-

*ticulate its essential security interests with greater specificity than would be required when the emergency in international relations involved, for example, armed conflict. (Omissis)*

*The obligation of good faith, referred to in paragraphs 7.132 and 7.133 above, applies not only to the Member's definition of the essential security interests said to arise from the particular emergency in international relations, but also, and most importantly, to their connection with the measures at issue. Thus, as concerns the application of Article XXI(b)(iii), this obligation is crystallized in demanding that the measures at issue meet a minimum requirement of plausibility in relation to the proffered essential security interests, i.e. that they are not implausible as measures protective of these interests. The Panel must therefore review whether the measures are so remote from, or unrelated to, the 2014 emergency that it is implausible that Russia implemented the measures for the protection of its essential security interests arising out of the emergency.*

## **L'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO APPLICA L'ECCEZIONE GATT SULLA SICUREZZA NAZIONALE: IL *REPORT* DEL PANEL NEL CASO *RUSSIA - TRAFFIC IN TRANSIT***

**Sommario:** **1.** *Note introduttive: lo sfondo politico e giuridico su cui si è innestato il rapporto del 2019* - **2.** *Le ragioni di fatto che hanno portato all'istituzione del panel e le opposte visioni interpretative di Russia e Ucraina: passe-partout o eccezione sostanziale?* - **3.** *Gli argomenti propugnati dalle varie parti terze: alla ricerca di una "subsequent practice" comune* - **4.** *L'iter logico-giuridico seguito dal panel: dal riconoscimento della propria giurisdizione a un bilanciato scrutinio della sicurezza nazionale* - **5.** *Un controllo giurisdizionale articolato: standard of review applicabile ai vari termini dell'articolo XXI.*

### **1. Note introduttive: lo sfondo politico e giuridico su cui si è innestato il rapporto del 2019**

Il tema della sicurezza nazionale, inteso come concetto antitetico alle logiche di mercato, ha natura e finalità ad un tempo comunitarie e divisive.

Il concetto, infatti, più si evolve ed espande con l'intento di proteggere la sicurezza della Nazione tutta e dunque in ultima istanza la sovranità della comunità statale, più si pone come antagonista della globalizzazione e delle ragioni del commercio. Nel momento in cui la sicurezza nazionale diviene un contenitore di pretese statali più che una materia e un concetto ben definiti, le spinte protezionistiche e autarchiche fanno capolino nel dibattito internazionalistico e si impongono all'attenzione dei vari attori «con forza cieca di baleno»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dal testo di una canzone di F. GUCCINI, *La locomotiva*, 1972.

Le eccezioni di sicurezza nazionale, contenute nei vari trattati internazionali in materia *latu sensu* commerciale, sono oggi oggetto di tentativi di interpretazione espansiva ed evolutiva, tentativi volti ad includere a fianco del nucleo storico della sicurezza militare e armata le nuove minacce provenienti dalla *cyber(in)security*, dal terrorismo<sup>2</sup>, dal cambiamento climatico, dalle crisi economiche e dalle pandemie<sup>3</sup>.

A voler cedere ad una suggestione cinematografica, corroborata però da illustre dottrina<sup>4</sup>, la sicurezza nazionale assomiglia alla mostruosa massa gelatinosa del celebre film cult *The Blob*, in cui un giovane Steve McQueen è alle prese con questa informe creatura che ingloba tutto ciò che tocca, crescendo sempre più, fino a minacciare l'intero paese e l'intera umanità.

Se dunque è vero che «[t]he security exceptions [...] allowe[d] national security and economic globalization to emerge as two separate spheres of activity in the postwar liberal order», è altrettanto vero che «as WTO members respond to the first-ever decision from a dispute-settlement panel on the trade regime's national security exception, these two spheres are now colliding»<sup>5</sup>.

Il presente articolo si propone come obiettivo proprio questo: analizzare il rapporto *Russia-Traffic in Transit*, reso ad aprile 2019 da un *panel* dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), che per la prima volta dall'entrata in vigore nel 1947 del *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* ha interpretato l'articolo XXI, rubricato «Security Exceptions»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Per un confronto tra terrorismo e nuove preoccupazioni di salute pubblica, come entrambi rientranti nella sicurezza nazionale, si veda O. HATHAWAY, *COVID-19 Shows How the U.S. Got National Security Wrong*, in *Just Security*, 7 aprile 2020, reperibile all'indirizzo internet <https://www.justsecurity.org/69563/covid-19-shows-how-the-u-s-got-national-security-wrong/>.

<sup>3</sup> C. P. CLARKE - L. KLAREVAS, *COVID-19 Is a Threat to National Security. Let's Start Treating It as such*, in *Just Security*, 6 agosto 2020, reperibile all'indirizzo internet <https://www.justsecurity.org/71870/covid-19-is-a-threat-to-national-security-lets-start-treating-it-as-such/>.

<sup>4</sup> H. G. CHOEN, *Nations and Markets*, in *Journal of International Economic Law*, University of Georgia, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2020-24, settembre 2020, pp. 15-16 reperibile all'indirizzo internet [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3689814](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3689814), in cui si sottolinea come il corrente uso e abuso delle eccezioni di sicurezza «has led to attempts to contain the blob, to demand that security only be invoked as an exception to trade when it bears a close relationship to traditional militarized security. This is one of the techniques floated by the WTO dispute settlement panel in Russia - Traffic in Transit case».

<sup>5</sup> J. BENTON HEATH, *The New National Security Challenge to the Economic Order*, in *The Yale Law Journal*, 27 marzo 2019, p. 1026.

<sup>6</sup> Il testo dell'articolo XXI del GATT, come appare oggi nella versione definitiva, datata 30 ottobre 1948, è il seguente: «Nothing in this Agreement shall be construed to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests - relating to fissionable materials or the materials from which they are derived; - relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and such traffic in other goods and materials as is carried on di-



Il *panel* ha affrontato questioni che per settant'anni gli Stati membri hanno cercato di tenere fuori dalle procedure e dagli organi del GATT, considerati fori non competenti a giudicare di una materia esclusivamente politica.

Al fine di sottolineare l'importanza e l'attualità di queste tematiche si ricordano a mero titolo esemplificativo le numerose invocazioni dell'articolo XXI fatte dall'Amministrazione Trump a partire dal 2018 per giustificare i dazi imposti su acciaio e alluminio. Nel momento in cui si scrive pendono di fronte al *Dispute Settlement Body (DSB)* sette controversie sul punto, senza considerare le altre: è quindi evidente come Cina, Unione Europea, Norvegia, Russia, Turchia, India e Svizzera ritengano che le misure statunitensi non rientrino affatto nell'ambito di quelle permesse per proteggere gli interessi essenziali di sicurezza degli Stati membri, ma siano piuttosto misure di salvaguardia dissimulate per proteggere l'industria interna degli Stati Uniti dagli effetti economici delle importazioni. Altri strumenti, infatti, che erano stati negoziati proprio per poter porre rimedio a storture del sistema si sono rivelati inefficaci e inutilizzabili. L'abuso delle eccezioni di sicurezza nazionale è diventato così il mezzo alternativo al sottoparagrafo *ii.* dell'art. 17, par. 6, dell'Accordo Anti-Dumping. Questo sottoparagrafo era stato fortemente voluto dai negoziatori statunitensi e prevede che nel caso in cui una disposizione dell'Accordo Anti-Dumping «admits more than one permissible interpretation», il panel o l'Organo d'appello «shall find the authorities' measure to be in conformity with the Agreement if it rests upon one of those permissible interpretations». Tutto ciò deve comunque avvenire «in accordance with customary rules of interpretation of public international law». Quest'ultimo riferimento alle regole consuetudinarie sull'interpretazione del diritto internazionale che ripete quanto già stabilito dall'art. 3(2) del DSU<sup>7</sup> «venne inserit[o] a seguito della risoluta insistenza delle controparti degli USA, per bilanciare l'inserimento della (...) frase, con la quale Washington in buona sostanza intendeva codificare nell'Accordo Anti-Dumping la dottrina *Chevron*<sup>8</sup>. (...)»

rectly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; - taken in time of war or other emergency in international relations; or - to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security».

<sup>7</sup> Di seguito il testo dell'art. 3(2) del DSU: «The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements».

<sup>8</sup> La dottrina *Chevron* è stata definita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in una sua decisione del 1984. Prevede che laddove il testo di una legge nazionale sia ambiguo, e l'autorità

[G]li altri negoziatori avevano acconsentito alla tardiva richiesta nordamericana convinti che l'applicazione delle regole interpretative del diritto internazionale avrebbe, in realtà, permesso solo una interpretazione corretta, la quale avrebbe, quindi, logicamente evitato una deferenza ingiustificata all'operato delle amministrazioni nazionali. E la convinzione di tali negoziatori si è rivelata fondata»<sup>9</sup>.

Ora, senza indugiare oltre, affrontiamo questa storica decisione presa da un tribunale di primo grado dell'OMC, cominciando da un inquadramento storico e geografico del caso, per poi passare ad analizzare le questioni più prettamente giuridiche sollevate dalle parti in disputa, cioè la Federazione Russa da un lato e l'Ucraina dall'altro. Seguirà una disamina delle varie posizioni interpretative sostenute dalle parti terze che sono intervenute nel procedimento, prima di affrontare il *clou* della pronuncia, cioè la *ratio* della parte dispositiva. Infine si cercherà di inquadrare il *quid novi* apportato dalla pronuncia e le sue implicazioni.

Prima di iniziare, due precisazioni metodologiche paiono doverose.

Prima di tutto, affrontandosi in questa sede la prima interpretazione giurisdizionale dell'articolo XXI, l'approccio interpretativo adottato da chi scrive tenta di rimanere sempre giuridicamente fondato: per questo motivo costituiranno base costante delle considerazioni fatte gli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati.

In secondo luogo, nonostante la precisazione sia probabilmente di esclusiva utilità al lettore formatosi nel contesto di ordinamenti di *civil law*, preme qui sottolineare come i termini «competenza» e «giurisdizione» saranno utilizzati come sinonimi in quanto entrambi riferiti alla legittimazione dei vari soggetti e organi dell'OMC a definire i contenuti e interpretare i termini dell'articolo XXI.

## **2. Le ragioni di fatto che hanno portato all'istituzione del *panel* e le opposte visioni interpretative di Russia e Ucraina: *passe-partout* o eccezione sostanziale?**

Il 14 settembre del 2016, l'Ucraina ha richiesto alla Federazione Russa di avviare le consultazioni previste dagli artt. 1 e 4 del *Dispute Settlement Understanding* e dall'articolo XXII del GATT. Le consultazioni han-

amministrativa lo abbia interpretato ed applicato in un determinato modo, l'attività così compiuta dall'amministrazione debba essere considerata legittima laddove rientri tra i significati normativi possibili e quindi leciti attribuibili a quel testo. Per questo motivo un giudice si deve astenere dal riconsiderare detta interpretazione.

<sup>9</sup> E. BARONCINI, *Il funzionamento dell'Organo d'appello dell'OMC: bilancio e prospettive*, Bonomo Editore in collaborazione con Wolters Kluwer Italia, 2018, pp. 103-104.

no avuto luogo nel novembre dello stesso anno, ma nessun accordo è stato trovato dalle parti. Per questi motivi, trascorsi i sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta di consultazioni previsti dall'art. 4(7) del DSU, il 9 febbraio del 2017, l'Ucraina ha chiesto l'istituzione di un *panel* conformemente a quanto previsto dagli artt. 6 del DSU e XXIII del GATT 1994.

Il 21 marzo del 2017, il DSB ha istituito il *panel*, al quale è stato conferito il seguente mandato: «To examine, in the light of the relevant provisions of the covered agreements cited by the parties to the dispute, the matter referred to the DSB by Ukraine in document WT/DS512/3 and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in those agreements»<sup>10</sup>.

Diciassette Stati hanno richiesto di partecipare come *parti terze* al giudizio di fronte al *panel*, e tra questi l'Unione europea in rappresentanza degli Stati membri.

Le ragioni alla base della richiesta dell'Ucraina riguardavano una serie di misure, imposte dalla Russia a partire dal primo gennaio 2016, volte a vietare sul proprio territorio il transito stradale e ferroviario di vettori commerciali in arrivo dall'Ucraina e diretti verso la Repubblica del Kazakistan e del Kirghizistan<sup>11</sup>.

La Russia, dal canto proprio, ha fin da subito rifiutato di entrare nel merito delle allegazioni ucraine, ritenendo le misure adottate necessarie alla protezione dei propri interessi essenziali di sicurezza, connessi alla situazione di grave tensione internazionale scoppiata nel 2014 sul confine russo-ucraino.

Pur riconoscendo di non avere giurisdizione in tema di qualificazione giuridica degli avvenimenti citati e di accertamento delle responsabilità in proposito, il *panel* ha sottolineato l'importanza di contestualizzare la controversia ad esso sottoposta, cioè di situarla nel contesto storico, politico e geografico di quegli eventi.

<sup>10</sup> WTO Doc. WT/DS512/4, *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit*, Constitution of the Panel Established at the Request of Ukraine, June 7, 2017.

<sup>11</sup> A titolo meramente esemplificativo sono qui riportati alcuni estratti dai par. 7.1 (a) e (b): «a. Since 1 January 2016, Ukraine has not been able to use road or rail transit routes across the Ukraine-Russia border for all traffic in transit destined for Kazakhstan. Rather, under Russian law, such traffic may only transit from Ukraine across Russia from the Belarus-Russia border, and is also subject to additional conditions related to identification seals and registration cards, both on entering and on leaving Russian territory, at specific control points on the Belarus-Russia border and the Russia-Kazakhstan border respectively. As of 1 July 2016, all traffic in transit destined for the Kyrgyz Republic has been subject to the same restrictions. b. Since 1 July 2016, traffic in transit by road and rail from Ukraine, which is destined for Kazakhstan and the Kyrgyz Republic, is not permitted to transit across Russia at all (i.e. not even via the Belarus-Russia border) for particular categories of goods».

A partire dal 2011, l'Ucraina faceva parte di una zona di libero scambio, istituita tra Russia, Bielorussia, Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan, Moldavia e Armenia, in attesa di firmare il Trattato istitutivo dell'Unione Economica Eurasiatica (UEE).

A causa però delle proteste scoppiate nel novembre del 2013 a Kiev contro la decisione di sospendere l'accordo di associazione con l'Unione europea, il Governo ucraino ha deciso di intraprendere un percorso di integrazione economica con l'UE piuttosto che con l'UEE.

Nel 2014 la Russia ha invaso con le proprie truppe di terra la Crimea e occupato con le proprie navi da guerra il porto della città di Sebastopoli, mentre nel dicembre del 2015 ha approvato una legge, entrata poi in vigore a gennaio 2016, con cui sospendeva il trattato istitutivo della zona di libero scambio con l'Ucraina, dopo l'entrata in vigore della parte economica dell'accordo di associazione tra questa e l'UE.

Questa breve ricostruzione degli avvenimenti, nonostante rientri nella parte in fatto del rapporto del *panel*, ha ricoperto un ruolo essenziale per le successive valutazioni in diritto.

Il caso *Russia-Traffic in Transit* è il primo caso in cui è stato deferito ad un *panel* il compito di interpretare l'articolo XXI del GATT e le disposizioni ad esso corrispondenti del GATS e del TRIPS, cioè rispettivamente gli articoli XIV bis e 73.

Mentre l'Ucraina ha presentato il caso «as an ordinary trade dispute»<sup>12</sup>, la Russia fin da subito ha sottolineato «[t]he novel and exceptional features of this dispute»<sup>13</sup> in quanto avente ad oggetto importanti questioni di sicurezza nazionale, le quali «should be kept out of the WTO, an organization which is not designed or equipped to handle such matters»<sup>14</sup>.

Sul punto la Russia riproponeva l'interpretazione dell'articolo XXI, come disposizione costituente una *jurisdictional defence*<sup>15</sup> e dotata di natura *self-judging*, da sempre sostenuta dagli Stati Uniti.

La versione francese del rapporto parla di un'interpretazione dell'articolo come «fondé sur une autonomie de jugement», autonomia riservata interamente allo Stato.

<sup>12</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.20.

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 7.24.

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 7.22.

<sup>15</sup> Si fa qui riferimento alla presunta natura di eccezione processuale dell'articolo XXI, escludente *a priori* la possibilità di intervenire in tema da parte di un soggetto terzo rispetto allo Stato.

Per questo motivo, la Russia negava giurisdizione e competenza al *panel* poiché «the WTO is not in a position to determine what essential security interests of a Member are, what actions are necessary for protection of such essential security interests, disclosure of what information may be contrary to the essential security interests of a Member, what constitutes an emergency in international relations, and whether such emergency exists in a particular case»<sup>16</sup>.

In altre parole, ad avviso della Russia, la locuzione «it considers» contenuta nello *chapeau* del paragrafo *b*. attribuirebbe un esclusivo potere di auto-definizione allo Stato sia in riferimento a cosa costituisca interesse essenziale di sicurezza nazionale, sia a quali siano le misure necessarie per proteggerli, sia infine al significato e alla esistenza/sussistenza dei requisiti elencati nei sottoparagrafi *i.*, *ii.* e *iii.*

L'Ucraina, al contrario, rifiutava «the notion that Article XXI provides for an exception to the rules on jurisdiction laid down in the GATT 1994 or the DSU. Ukraine considers that the Panel has jurisdiction to examine and make findings and recommendations with respect to each of the provisions of the covered agreements cited by either Ukraine or Russia»<sup>17</sup>.

Mentre l'argomento russo riproponeva quindi le considerazioni da sempre (esclusa per la verità l'epoca dei lavori preparatori) svolte dagli Stati Uniti sul tema della sicurezza nazionale, quello ucraino pareva fondarsi su una ricostruzione sistematica del GATT e dell'OMC. Prendeva infatti in considerazione i rapporti tra articolo XXI e articolo XXIII<sup>18</sup>, la Decisione del 1982<sup>19</sup> presa a valle del caso sorto in seguito all'invasione argentina della Falkland, e i rapporti tra GATT e DSU.

<sup>16</sup> *Ibid.*, par. 7.28.

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 7.31.

<sup>18</sup> L'art. XXIII del GATT così dispone: «1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the existence of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it. 2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the Contracting Parties. The Contracting Parties shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate [...]».

<sup>19</sup> Decision Concerning Article XXI of the General Agreement: «*Considering* that the exceptions envisaged in Article XXI of the General Agreement constitute an important element for safeguarding the rights of contracting parties when they consider that reasons of security are involved; *Noting* that recourse to Article XXI could constitute, in certain circumstances, an element of disruption and uncertainty for international trade and affect benefits accruing to

L'Ucraina, fin da subito, aveva sostenuto «that Russia, by merely referring to an emergency in international relations that occurred in 2014, fails to discharge its burden to show the legal and factual elements of a defence under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994, namely, that there was a serious disruption in international relations constituting an emergency that is alike a war that is sufficiently connected to Russia so as to result in a genuine and sufficiently serious threat to its essential security interests»<sup>20</sup>. Questo riferimento all'onere della prova incombente sulla Russia sottintende che lo Stato che invochi l'articolo XXI sia tenuto a dimostrare la base materiale prima e giuridica poi su cui fonda le proprie azioni. Ricorda la «justification» richiesta alla CEE nel caso Argentina-Falkland dal Delegato brasiliano<sup>21</sup>, a cui va riconosciuto il merito di aver per la prima volta tentato di collegare la fattispecie giuridica a quella fattuale, attribuendo valore oggettivo ai prerequisiti indicati nei sottoparagrafi dell'articolo XXI<sup>22</sup>.

Riportando le parole del Professor Abi-Saab, il potere di auto-interpretazione costituisce per lo Stato che aspiri a convivere e cooperare all'interno della Comunità Internazionale anche un dovere. Il riferimento non è casuale, dato che il Professor Abi-Saab è stato il Presidente del *panel* nel caso in parola.

Ad avviso dell'Ucraina, dunque, la locuzione «it considers» attribuiva allo Stato ampio margine di apprezzamento nella valutazione della necessità delle misure prese in difesa dei propri interessi di sicurezza, ma non così tanto da far sfociare quest'operazione in puro arbitrio.

contracting parties under the General Agreement; *Recognizing* that in taking action in terms of the exceptions provided in Article XXI of the General Agreement, contracting parties should take into consideration the interests of third parties which may be affected; That until such time as the Contracting Parties may decide to make a formal interpretation of Article XXI it is appropriate to set procedural guidelines for its application;

The Contracting Parties *decide* that: 1. Subject to the exception in Article XXI:a, contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI. 2. When action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement [corsivo aggiunto]. 3. The Council may be requested to give further consideration to this matter in due course».

<sup>20</sup> *Ibid.*, par. 7.32.

<sup>21</sup> Si veda GATT Council - Minutes of Meeting held May 7, 1982, GATT Doc. C/M/157 June 22, 1982, p. 5: «The representative of Brazil [...] pointed out that while the motives for the trade sanctions against Argentina were clear, the justification was not. [...] He drew attention to sub-paragraph (b)(iii) of that Article and said that the present case could set a dangerous precedent if the measures in question were considered necessary for the protection of essential security interests taken in time of war or other emergency in international relations, because such interests had not been demonstrated».

<sup>22</sup> Vale a dire la specificazione per cui le misure adottate devono essere relative *i.* alla materia nucleare, *ii.* al commercio di armi e munizioni, oppure prese *iii.* in tempo di guerra o di altra emergenza internazionale.

Per la precisione «a panel must then establish: (i) whether the interests or reasons advanced by a defendant in connection with the measures at issue can reasonably be considered as falling within the meaning of the phrase "its essential security interests" and (ii) whether the measures at issue are directed at safeguarding the defendant's security interests, meaning that there is a rational relationship between the action taken and the protection of the essential security interest at issue»<sup>23</sup>.

Ben due volte in poche righe viene fatto riferimento alla ragionevolezza, e alla necessità che essa venga in qualche modo valutata, con ciò richiamando il «reasonableness criterion» di cui parlava il Professor John Jackson commentando l'Helms-Burton Act<sup>24</sup>.

Le due parti in disputa, quindi, proponevano due interpretazioni contrastanti dell'articolo XXI, l'una, quella russa, fondata su criteri esclusivamente soggettivi, l'altra, quella ucraina, basata sulla concorrenza di criteri soggettivi e oggettivi.

### 3. Gli argomenti propugnati dalle varie parti terze: alla ricerca di una "*subsequent practice*" comune

Data l'importanza della materia, diventa fondamentale passare in rassegna i principali argomenti delle parti terze, al fine di comprendere se una "*subsequent practice*"<sup>25</sup> nell'applicazione e interpretazione della norma esista o meno.

Hanno notificato il loro interesse a partecipare ai lavori del *panel* l'Arabia Saudita, l'Australia, la Bolivia, il Brasile, il Canada, il Cile, la Cina, la Corea, gli Stati Uniti, l'India, il Giappone, la Moldavia, la Norvegia, il Paraguay, Singapore, la Turchia e l'Unione europea.

L'Australia, riconoscendo fin da subito il *panel* come competente a giudicare in materia, sottolinea anche come esso debba limitarsi a valutare *prima facie* se le misure prese dallo Stato appaiano necessarie, con ciò dimostrando di ritenere «it considers» collegato a «necessary». Questa limitata analisi sulla necessità non precluderebbe però al *panel* di sindacare il fatto che quelle misure (sicuramente necessarie) siano state prese «for

<sup>23</sup> *Ibid.*, par. 7.34.

<sup>24</sup> J. JACKSON, *Helms-Burton, the U.S., and the WTO*, in *Insights, American Society of International Law*, Vol. 2, 3 marzo 1997, reperibile all'indirizzo internet <https://www.asil.org/insights/volume/2/issue/1/helms-burton-us-and-wto>.

<sup>25</sup> Art. 31 (b) CVDT: «There shall be taken into account, together with the context: (...) (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation».

*the protection of a Member's essential security interests*». Al *panel* spetterebbe quindi di determinare la funzionalizzazione delle misure, cioè la presenza di un nesso causale tra queste e gli interessi, che renda le prime funzionali alla protezione dei secondi. Nel momento in cui le misure prese non apportassero alcun contributo alla protezione della sicurezza nazionale, sarebbe compito del *panel* dichiarare la mancanza di un «*lien suffisant*» tra esse e gli interessi. Questa mancanza sarebbe infatti indicativa del fatto che l'azione intrapresa era volta al raggiungimento di fini diversi e ulteriori rispetto a quelli che l'articolo XXI è deputato a proteggere.

L'intervento del Brasile è di estrema importanza perché anticipa molte delle considerazioni che farà il *panel*.

In primo luogo, il Brasile dichiara di considerare l'articolo XXI «an affirmative defence», con ciò intendendo un'eccezione di merito e non processuale, un'eccezione cioè in grado di conferire legittimità ad azioni altrimenti in contrasto con il GATT, ma incapace di escludere competenza e giurisdizione del DSB in materia.

In secondo luogo, sottolinea la presenza all'interno dell'articolo XXI di componenti soggettive e oggettive, distinguendo tra la necessità lasciata alla discrezionalità dello Stato e invece l'oggettività delle circostanze di fatto enumerate nei sottoparagrafi (i), (ii) e (iii).

In terzo luogo e in conseguenza di ciò, individua come funzione spettante al *panel* quella di assicurarsi che «there is some connection between the measure and the state of war or other emergency in international relations, and whether there is a "plausible link" between the measure and the purpose stated in the Member's motivation for imposing the measure»<sup>26</sup>. Una doppia valutazione quindi: sulla relazione tra misure e «objective prerequisites» e sul nesso tra misure e protezione dei propri interessi essenziali di sicurezza.

In questo modo la Delegazione del Brasile aggiunge due elementi all'intervento dell'Australia: da un lato, infatti, attribuisce valore e significato alle specificazioni incluse nei tre sottoparagrafi, mostrando di voler valorizzare la struttura interna della disposizione e con ciò la sua interpretazione letterale, e dall'altro propone un *test di plausibilità* come criterio per valutare il «*sufficient nexus*» tra azione e interessi.

Il Canada, dal canto proprio, esprime valutazioni più sfumate, che hanno il pregio di introdurre nel dibattito l'argomento del confronto tra norme eccezionali, quali certamente sono l'articolo XXI ed il XX. Pur non contestando la competenza del *panel* in materia di sicurezza nazionale, infatti, proprio prendendo come termine di paragone l'articolo XX, conside-

<sup>26</sup> *Ibid.*, par. 7.37.



rato strutturalmente e testualmente diverso dall'articolo XXI, il Canada dimostra di condividere l'interpretazione russa per cui «it considers» si riferirebbe indistintamente a interessi, misure, necessità delle misure e rispetto delle circostanze enunciate nei sottoparagrafi. Ciò nonostante «it also considers that an invoking Member must substantiate (albeit at a low standard) its good faith belief that the elements for its invocation of Article XXI(b)(iii) exist»<sup>27</sup>. Massima deferenza quindi, e ampio margine di discrezionalità garantito allo Stato, ma uno *standard* minimale di buona fede per rendere effettivo quel controllo giurisdizionale reso obbligatorio dall'art. 11 del DSU.

Si ricorda che la principale differenza esistente tra articolo XX e XXI è la mancanza in quest'ultimo di uno *chapeau*. L'articolo XX infatti è introdotto dal seguente preambolo: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement (...)». Un paragrafo introduttivo che per altro era stato inserito nell'art. 37 del New York Draft, una delle prime versioni dell'attuale articolo XXI, e che poi era stato espunto definitivamente.

Per la verità, la differenza testuale e strutturale sostenuta dal Canada appare scemare laddove lo *chapeau* dell'articolo XX venga riconosciuto come un'esplicitazione del principio di buona fede. In altre parole, l'esplicito divieto di misure discriminatorie arbitrarie e ingiustificate, uscito dalla porta dei lavori preparatori perché eliminato dall'art. 37 del New York Draft, pare rientrare dalla finestra tramite l'applicazione del principio di buona fede.

La differenza che permane riguarda piuttosto il grado di applicabilità del principio: se la qualità delle valutazioni è sempre la stessa, cambia però il profilo quantitativo, per cui in tema di sicurezza nazionale sarebbe necessario e sufficiente limitarsi a perseguire gli abusi più macroscopici della disposizione, accontentandosi di una plausibilità *soft* allorché appaia *prima facie* non pretestuoso il richiamo a certi elementi di fatto (come l'esistenza di una guerra o di altra emergenza internazionale).

Cita la buona fede, come richiamata dall'art. 26 della Convenzione di Vienna, anche la Cina, riconoscendo che il *panel* «has jurisdiction». A conferma di quando precisato all'inizio di questo articolo per evitare incomprensioni, si noti come nella versione francese del rapporto si legga: «La Chine fait valoir que le Groupe spécial est compétent».

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 7.40.

L'Unione europea «argues that Article XXI of the GATT 1994 does not provide for an exception to the rules on jurisdiction laid down in the DSU or to the special rules on consultations and dispute settlement contained in Articles XXII and XXIII of the GATT 1994»<sup>28</sup>. Non contestando la giurisdizione del *panel* in materia, l'UE dimostra di aver modificato il proprio precedente orientamento interpretativo nei confronti dell'articolo XXI<sup>29</sup> e conferma quanto implicitamente riconosciuto nel 1992 quando non si era opposta all'istituzione del *panel* richiesta dalla Jugoslavia.

Disconosciuto quindi il valore di *jurisdictional defence* dell'articolo XXI, l'UE prova a conciliare natura *self-judging* della norma e controllo giurisdizionale del *panel*, facendo riferimento a tre diversi criteri ermeneutici.

In primo luogo, per ciò che concerne i sottoparagrafi (i), (ii) e (iii), considerati «objective factual circumstances which can be fully reviewed by panels», è riconosciuta pienezza di poteri di riesame al collegio arbitrale.

Per ciò che invece concerne la definizione degli interessi essenziali di sicurezza, il *panel* dovrebbe limitarsi ad un giudizio di ragionevolezza o plausibilità, riconoscendo ampio margine di apprezzamento allo Stato nelle sue valutazioni.

Infine il *panel* dovrebbe valutare la necessità di una misura verificando «whether the action is "capable" of protecting a security interest from a threat», valutando quindi la necessità in termini di efficacia<sup>30</sup>, cioè in relazione al confronto tra varie misure al fine di scegliere quella più adeguata a raggiungere lo scopo. A questo criterio, se ne dovrebbe aggiungere un altro, attraverso il quale il *panel* dovrebbe valutare «whether the interests of third parties which may be affected were properly taken into account», con ciò valutando la necessità in termini di bilanciamento degli interessi in gioco.

Di fatto quindi, l'UE dimostra di interpretare l'articolo XXI in modo diametralmente opposto alla Russia: ogni elemento della norma, infatti, sarebbe sottoponibile a controllo giurisdizionale, cambiando solo il grado di incidenza e pervasività del giudizio a seconda dell'elemento da valutare.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 7.42.

<sup>29</sup> A titolo esemplificativo si ricordano le affermazioni del Delegato europeo nel caso *Nicaragua II*: «GATT had never had the role of settling disputes essentially linked to security. Such disputes had only rarely, and for good reason, been examined in the context of the General Agreement, which had neither the authority nor the competence to settle matters of this type, or political disputes» in *GATT Council - Minutes of Meeting held May 29, 1985*, GATT Doc. C/M/188, June 28, 1985, p. 13 (Restricted).

<sup>30</sup> Si ricorda che da una analisi dei criteri interpretativi utilizzati dalle corti, risulta come la necessità venga di solito misurata alternativamente o cumulativamente tramite i criteri della efficacia, della proporzionalità e del bilanciamento degli interessi in gioco.

Il Giappone, coerentemente con quanto sostenuto nei casi *Argentina e Colombia*<sup>31</sup>, sottolinea l'importanza di non sovraccaricare il sistema di risoluzione delle controversie di un «undue burden» che, per quanto dovuto e lecito in base a «object and purpose of the GATT 1994 and the preparatory work for the ITO Charter»<sup>32</sup> potrebbe influire negativamente sul buon funzionamento dell'OMC.

L'intervento della Delegazione della Moldavia conferma almeno in parte le impressioni, delle quali si è reso conto sopra, a proposito del confronto fatto dal Canada tra articolo XX e XXI: nel valutare la necessità di una misura, infatti, il *panel* potrebbe attingere agli strumenti ermeneutici utilizzati nell'interpretazione dell'articolo XX, al fine di procedere ad un «weighing and balancing exercise»<sup>33</sup>. Tra questi strumenti, il principio di buona fede è quello che permetterebbe di comprendere se un giusto e ragionevole equilibrio è stato raggiunto nel differenziare interessi *essenziali*, perché connessi ai sottoparagrafi da (i) a (iii), e interessi non essenziali, e nella scelta delle misure che mai potrebbero dissimulare intenti protezionistici.

L'intervento di Singapore, invece, ha il pregio di connettere per la prima volta il tema della buona fede a quello dell'abuso del diritto, che anche se strettamente collegati, non erano mai stati messi esplicitamente in relazione l'uno con l'altro.

In prima approssimazione, la dottrina dell'abuso del diritto implica un utilizzo distorto dei diritti riconosciuti ad un soggetto, il quale ne abusa nel momento in cui disattende i fini ai quali il diritto era preordinato per raggiungere altri contrari al *telos*, che poi corrisponde alla *ratio*.

Il riferimento alle finalità della disposizione può essere d'aiuto per meglio comprendere la misura del controllo giurisdizionale che secondo Singapore sarebbe ammessa. Riconoscendo infatti la norma molta discrezionalità allo Stato nella definizione dei propri interessi essenziali, la cui protezione costituisce il fine della disposizione, il *panel* dovrebbe limitarsi a un «examination of whether the disputed measure was implemented in a "non-capricious manner", rather than conducting an examination that "approximates an objective substantive review"»<sup>34</sup>. Quello del *panel* dovrebbe quindi essere un giudizio limitato alla superficie della questione: non certo

<sup>31</sup> Si vedano a titolo esemplificativo le dichiarazioni del delegato giapponese in *Dispute Settlement Body - Minutes of Meeting held May 18, 2000*, WTO Doc. WT/DSB/M/80, June 26, 2000, par. 32: «A dispute of political nature could seriously compromise the credibility of the dispute settlement system. Japan, therefore, strongly urged the parties to seek any possible means in an effort to settle this dispute in other fora outside of the WTO».

<sup>32</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.45.

<sup>33</sup> *Ibid.*, par. 7.47.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 7.49.

un riesame, piuttosto un giudizio *prima facie* volto a verificare l'apparenza di fondatezza. Si potrebbe dire un giudizio sulla non manifesta infondatezza delle valutazioni fatte dallo Stato. Il fatto di utilizzare qui un lessico proprio della materia costituzionale è giustificato dalla necessità di affrontare una materia politica e discrezionale come la sicurezza nazionale in una sede giurisdizionale, ciò che le corti costituzionali fanno negli ordinamenti interni.

Da ultimo, ma non certo per importanza, resta da prendere in considerazione l'intervento degli Stati Uniti, che si concentra prima di tutto su di una specificazione terminologica e concettuale volta a differenziare la nozione di giurisdizione da quella di giustiziabilità, termini entrambi assenti nel DSU.

Nello specifico, gli Stati Uniti definiscono giurisdizione «as the extent of power of the Panel under the DSU to make legal decisions in this dispute, and justiciability as whether an issue is subject to findings by the Panel under the DSU. With this understanding, the United States considers that the Panel has jurisdiction in the context of this dispute in the sense that the DSB has established it, and placed the matter raised in Ukraine's complaint within the Panel's Terms of Reference under Article 7.1 of the DSU. The United States also considers that Russia's invocation of Article XXI is non-justiciable, and it follows that the Panel may not make findings on Ukraine's claims. Most importantly, Article XXI is a self-judging provision, and its invocation is not subject to review by the DSB (i.e., all WTO Members convening as that Body) or an adjudicator to which the DSB refers a matter (automatically, under the DSU)»<sup>35</sup>.

In queste considerazioni pare di poter scorgere un cambiamento, almeno parziale e forse puramente tecnico-formale, nell'orientamento interpretativo degli Stati Uniti rispetto al tema della sicurezza nazionale nel contesto del sistema di risoluzione delle controversie. Riconoscere infatti in capo al *panel* la giurisdizione significa confermare quanto per la prima volta fatto trapelare nel caso Colombia nel 2000, cioè la dismissione del tema dell'articolo XXI come *jurisdictional defence*. Se nel 2018 gli Stati Uniti riconoscono al *panel* il potere di rendere decisioni giurisdizionali in tema di sicurezza nazionale, si ricorda come nel 1982, nel caso *Argentina*, sostenessero al contrario che «GATT (...) had no power to resolve political or security disputes»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Third-Party Oral Statement of the United States of America, *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (DS512)*, January 25, 2018, par. 3-4-5.

<sup>36</sup> *GATT Council - Minutes of Meeting held May 7, 1982*, GATT Doc. C/M/157 June 22, 1982, p. 8.

Se qualcosa cambia nella forma, nulla cambia nella sostanza, poiché al *panel* è riconosciuto un potere completamente privo di contenuti. In qualità di organo giurisdizionale potrebbe in teoria rendere una decisione, ma solo in teoria in quanto in materia di sicurezza nazionale un *panel* non potrebbe trarre alcuna conclusione né formulare alcuna raccomandazione. Se la dottrina processualistica distingue solitamente tre tipi di sentenze, di mero accertamento, di condanna e costitutive, a parere degli Stati Uniti nemmeno un mero accertamento sarebbe legittimo. Tutto ciò conseguendo alla natura *self-judging* dell'articolo XXI.

Gli argomenti che, a parere degli Stati Uniti, dimostrerebbero la non giustiziabilità della disposizione sono, da un lato, l'estensibilità di «it considers» alla definizione sia degli interessi sia della necessità delle misure e, dall'altro, una differenza ontologica rispetto all'articolo XX, dotato di uno specifico *chapeau* e privo di «it considers».

Su questi aspetti si rivolgerà l'attenzione del *panel*. Ciò che qui interessa è osservare come nel loro intervento gli Stati Uniti abbiano più volte giustificato l'interpretazione proposta sulla base dei lavori preparatori e del primo caso sorto in tema di sicurezza nazionale, il caso *Cecoslovacchia*<sup>37</sup> del 1949. La disamina dei negoziati sull'articolo XXI lascia quantomeno qualche dubbio sulla coerenza delle considerazioni degli Stati Uniti. Al fine di dimostrare questa incoerenza, un breve riferimento alla fase embrionale dei negoziati sulla carta per l'Organizzazione Internazionale del Commercio (ITO), pare d'aiuto. Proprio a proposito della sottoponibilità dell'eccezione di sicurezza nazionale al meccanismo di risoluzione delle controversie, si ricorda quale fu la risposta data dal delegato statunitense alle preoccupazioni e ai dubbi avanzati da altre delegazioni. Rassicurava Mr Leddy che «[i]t is true that an action taken by a Member under Article 94 [si legga art. XXI] could not be challenged in the sense that it could not be claimed that the Member was violating the Charter; but if that action, even though not in conflict with the terms of article 94, should affect another Member, I should think that that Member would have the right to seek redress of some kind under Article 35 [si legga articoli XXII e XXIII, sistema di risoluzione delle controversie, *n.d.A.*] as it now stands. In other words, there is no exception from the application of Article 35 to this or any other Article»<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> GATT/CP.3/SR.22, *Summary Record of the Twenty-Second Meeting, June 8, 1949*, p. 4.

<sup>38</sup> E/PC/T/A/PV/33, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Verbatim Report, July 24, 1947*, pp. 26-27.

#### 4. **L'iter logico-giuridico seguito dal *panel*: dal riconoscimento della propria giurisdizione a un bilanciato scrutinio della sicurezza nazionale**

Preso atto degli interventi delle parti e delle parti terze, il *panel* ha dovuto pregiudizialmente affrontare la questione della propria giurisdizione.

In ossequio al Principio della Kompetenz-Kompetenz il collegio arbitrale ha il diritto e il dovere di valutare la propria *potestas iudicandi*, cioè la sussistenza del potere di giudicare sulla controversia.

Come statuito dall'Organo di Appello «"[t]he vesting of jurisdiction in a panel is a fundamental prerequisite for lawful panel proceedings". For this reason, panels cannot simply ignore issues which go to the root of their jurisdiction – that is, to their authority to deal with and dispose of matters. Rather, panels must deal with such issues – if necessary, on their own motion – in order to satisfy themselves that they have authority to proceed»<sup>39</sup>.

Basandosi sui par. 1 e 2 dell'art. 1 del DSU, il *panel* dichiara di avere giurisdizione perché mentre l'Appendice 1, contenente gli accordi cui si applicano regole e procedure del DSU, include il GATT, l'Appendice 2, contenente regole e procedure speciali in deroga a quelle ordinarie, non include l'articolo XXI. Per questi motivi, «[g]iven the absence in the DSU of any special or additional rules of procedure applying to disputes involving Article XXI of the GATT 1994, Russia's invocation of Article XXI(b)(iii) is within the Panel's terms of reference for the purposes of the DSU»<sup>40</sup>.

Il *panel* dimostra di aver ben chiare le eccezioni sollevate dalla Russia (e dagli Stati Uniti) quando riconosce che aver dichiarato la propria giurisdizione non significa aver evaso l'argomento riguardante la natura *self-judging* dell'articolo XXI.

Il fatto però che la Russia sostenga di aver rispettato tutte le condizioni richieste dall'articolo XXI per la sua invocazione costringe il *panel* «to interpret Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 in order to determine whether, by virtue of the language of this provision, the power to decide whether the requirements for the application of the provision are met is vested exclusively in the Member invoking the provision, or whether the

<sup>39</sup> Appellate Body Report, *Mexico - Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, WT/DS132/AB/RW (*Mexico - Corn Syrup*), adottato il 21 novembre 2001.

<sup>40</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.56.

Panel retains the power to review such a decision concerning any of these requirements»<sup>41</sup>.

In questo modo il *panel*, dichiarata la propria giurisdizione, non esclude *a priori* la possibilità che l'articolo XXI(b)(iii) sia effettivamente non giustiziabile, ma afferma che per poterlo accertare, deve prima interpretarlo.

Questo passaggio appare al giurista come estremamente lineare e senza soluzione di continuità rispetto alle premesse del *panel*, eppure questa consequenzialità allo stesso tempo lascia l'impressione di un salto logico nel percorso argomentativo. Ed in questo sta la differenza fondamentale tra l'interpretazione sostenuta dalla Russia e le considerazioni del *panel* rispetto alle proprie funzioni istituzionali.

Da un lato Russia e Stati Uniti, pur riconoscendo una formale e astratta giurisdizione, considerano l'articolo XXI una disposizione in grado di derogare non solo a norme e principi del GATT e dell'OMC o del diritto internazionale generale, ma in grado anche di derogare a premesse logiche e pre-giuridiche riguardanti la funzione giurisdizionale. Dall'altro il *panel* non può prescindere da queste premesse, se non rinnegando la propria funzione. I primi vorrebbero escludere *a priori* un'interpretazione sul punto, il secondo accetta la possibilità di riconoscere la propria incompetenza *ratione materiae* ma solo *ex post*, a valle di un'interpretazione limitata al significato della disposizione e non incidente sul merito delle decisioni politiche. La differenza si apprezza se si considera che un conto è chiedersi se «it considers» lasci al *panel* la possibilità di sindacare ad esempio la necessità di una misura, un altro è rispondere affermativamente alla domanda e quindi passare ad un esame più approfondito sulla necessità, un altro ancora è effettuare a questo punto un mero controllo di legittimità o un riesame nel merito.

Per rispondere alla prima domanda, per comprendere cioè se l'espressione «it considers» si riferisca indistintamente a interessi, misure, loro necessità e sottoparagrafi, il *panel* si rifà proprio e preliminarmente all'argomento logico.

Si chiede infatti quale sia la funzione logica dei tre sottoparagrafi, insomma la ragione per cui sono stati inseriti all'interno della struttura della norma: «[d]oes it stand to reason, given their limitative function, to leave their determination exclusively to the discretion of the invoking Member? And what would be the use, or *effet utile*, and added value of these limitative qualifying clauses in the enumerated subparagraphs of Article XXI(b), under such an interpretation?»<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> *Ibid.*, par. 7.58.

<sup>42</sup> *Ibid.*, par. 7.65.

Materiali fissili, armamenti e la presenza di una guerra o di altra emergenza internazionale sono quindi «limitative qualifying clauses», definizione che pare corrispondere a quella più datata di «objective prerequisites», ma che ha il pregio di accentuarne la funzione limitativa.

Premesso che questi requisiti devono essere rispettati alternativamente e non cumulativamente, i primi due sono introdotti da «relating to», espressione presente anche nell'articolo XX(g) (relating to the conservation of exhaustible natural resources) e quindi interpretabile nello stesso modo. A proposito di quest'ultimo, più volte si è espresso l'Organo d'Appello, per il quale «for a measure to relate to conservation in the sense of Article XX(g), there must be "a close and genuine relationship of ends and means"»<sup>43</sup>.

E questa «objective relationship between the ends and the means [is] subject to objective determination»<sup>44</sup>.

Per ciò che invece concerne il terzo sottoparagrafo, quello specificamente invocato dalla Russia, esso è introdotto dall'espressione «taken in time of», la quale a parere del *panel* esprimerebbe una coincidenza o, meglio, una concomitanza cronologica per cui le misure devono essere applicate durante la guerra o altra emergenza. E «[t]his chronological concurrence is also an objective fact, amenable to objective determination»<sup>45</sup>.

Resta quindi da comprendere cosa si intenda con le espressioni guerra ed emergenza internazionale, per poi sapere quando esse siano in corso.

Il *panel* riconosce la maggiore genericità dell'espressione «emergency in international relations» se paragonata alle precedenti, materiale atomico, bellico e guerra, ma non per questo la considera il grimaldello interpretativo, necessario per trasformare all'occorrenza l'intero trattato in *carte blanche*.

Per interpretarla correttamente è fondamentale inserirla «in the context of the other matters addressed in the subparagraphs, as belonging to the same category of objective facts that are amenable to objective determination»<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (*US - Shrimp*), adottato il 6 novembre 1998, par. 136. In proposito si precisa come in alcuni testi di riferimento si trovi citato erroneamente il par. 136 del rapporto dell'Organo di Appello adottato il 21 novembre 2001; Appellate Body Report, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS/398/AB/R (*China - Raw Materials*), adottato il 22 febbraio 2012, par. 355; e Appellate Body Report, *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS/433/AB/R (*China - Rare Earths*), adottato il 29 agosto 2014, par. 5.90.

<sup>44</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.69.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 7.70.

<sup>46</sup> *Ibid.*, par. 7.71.



Il procedimento ermeneutico del *panel* può essere scomposto in tre diversi momenti logici: innanzitutto vengono messi in relazione tra loro i termini interni al sottoparagrafo (iii), considerati avere un rapporto di genere a specie, poi si cerca di ricostruire il significato comune dei termini "emergenza" e "relazioni internazionali" ed infine si inserisce la nozione così ricostruita all'interno del contesto dei tre sottoparagrafi.

Nel dettaglio questo percorso interpretativo prende le mosse dalla congiunzione disgiuntiva «or» che insieme all'aggettivo «other» «in "war *or* other emergency in international relations" in subparagraph (iii) indicates that war is one example of the larger category of "emergency in international relations". War refers to armed conflict. Armed conflict may occur between states (international armed conflict), or between governmental forces and private armed groups, or between such groups within the same state (non-international armed conflict)»<sup>47</sup>. La nozione ampia di emergenza nelle relazioni internazionali costituirebbe quindi il *genus* cui apparterebbe quella più ristretta di guerra.

Il secondo momento del ragionamento del *panel* è poi volto a ricostruire il significato corrente delle due componenti della locuzione «emergenza nelle relazioni internazionali». «The dictionary definition of "emergency" includes a "situation, esp. of danger or conflict, that arises unexpectedly and requires urgent action", and a "pressing need (...) a condition or danger or disaster throughout a region". "International relations" is defined generally to mean "world politics", or "global political interaction, primarily among sovereign states"»<sup>48</sup>.

Infine «[t]he Panel also takes into account, as context for the interpretation of an "emergency in international relations" in subparagraph (iii), the matters addressed by subparagraphs (i) and (ii) of Article XXI(b), which cover fissionable materials, and traffic in arms, ammunition and implements of war, as well as traffic in goods and materials for the purpose of supplying a military establishment. While the enumerated subparagraphs of Article XXI(b) establish alternative requirements, the matters addressed by those subparagraphs give rise to similar or convergent concerns, which can be formulated in terms of the specific security interests that arise from the matters addressed in each of them»<sup>49</sup>.

In primo luogo, il *panel* dà una definizione ampia di guerra, considerando tali sia i conflitti armati inter-statali sia quelli intra-statali.

In secondo luogo, usufruendo della definizione data dal vocabolario,

<sup>47</sup> *Ibid.*, par. 7.72.

<sup>48</sup> *Ibid.*, par. 7.72-7.73.

<sup>49</sup> *Ibid.*, par. 7.74.

sottolinea come il termine «emergenza» indichi non una generica situazione di pericolo, ma una situazione di pericolo caratterizzata alternativamente o cumulativamente da un elemento cronologico e da un elemento «qualitativo». La situazione di pericolo, rischio, conflitto corrisponde ad un'emergenza se accade inaspettatamente, in modo improvviso e impreveduto, oppure se, presente o meno l'effetto sorpresa, implica una necessità urgente, impellente, straordinaria.

In terzo luogo, il *panel* inserisce quei termini, sui quali potrebbe residuare ancora qualche dubbio, all'interno dell'ambiente fattuale palesato dai sottoparagrafi (i), (ii) e (iii) prima parte.

Questa contestualizzazione diventa fondamentale perché il *panel*, partito con l'interpretare la seconda parte del sottoparagrafo (iii), finisce per trarre conclusioni in tema di interessi essenziali di sicurezza. Il *panel* «makes findings» non solo nel merito della lamentela proposta dall'Ucraina, ma per la prima volta nella storia dell'invocazione e, diciamo in generale, dell'applicazione dell'articolo XXI, definisce e interpreta l'espressione «essential security interests».

Per la prima volta un *panel* afferma che «[t]hose interests, like the interests that arise from a situation of war in subparagraph (iii) itself, are all defence and military interests, as well as maintenance of law and public order interests»<sup>50</sup>.

La delimitazione dell'essenzialità (*essential security interests*), positivamente qualificata come attinente ad interessi di difesa e quindi militari, oltretutto alla tutela della legge e al mantenimento dell'ordine pubblico, viene qualificata anche per esclusione, in senso negativo. Non sarebbero infatti sufficienti a costituire un'emergenza internazionale e quindi a minare tali interessi «political or economic differences between Members»<sup>51</sup>. Parafrasando, essenziali sono gli interessi che mettono in pericolo l'esistenza stessa dello Stato sovrano, siano essi collegati a fatti esterni o a fatti interni all'entità statale. Non costituirebbero, al contrario, interessi vitali le semplici controversie economiche e politiche, intese come l'attività ordinaria di uno Stato all'interno della Comunità Internazionale. Va da sé che «[a]ctions driven by an interest in autarky are not immunized by Article XXI, as economic interdependence is the necessary, and desired, effect of a system based on comparative advantage – the heart of WTO system»<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 7.74.

<sup>51</sup> *Ibid.*, par. 7.75.

<sup>52</sup> H. L. SCHLOEMANN - S. OHLHOFF, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence, in *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2, aprile 1999, p. 444.

Il *panel* entra quindi nel merito del significato da attribuire alla perifrasi «emergenza nelle relazioni internazionali», proponendo quella che sembra essere più un'esemplificazione piuttosto che una elencazione esaustiva e inderogabile. Fatte le premesse di cui si è reso conto, a parere del *panel*, costituirebbe un'emergenza internazionale «a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state»<sup>53</sup>.

È interessante notare come il *panel* dimostri di comprendere la delicatezza delle questioni sottoposte alla sua attenzione e la necessità di bilanciare interessi diversi rispettando le sfere di competenza degli Stati quando sente il bisogno di specificare in una nota quanto segue: «This interpretation of an emergency in international relations is consistent with the preparatory work [...], which indicates that the United States, when proposing the provision of the Geneva Draft of the ITO Charter that was carried over into Article XXI of the GATT 1947, and in referring to an "emergency in international relations", had in mind particularly the situation that existed between 1939 and 1941. During this time, the United States had not yet participated in the Second World War, yet owing to that situation, had still found it necessary to take certain measures for the protection of its essential security interests»<sup>54</sup>.

Il riferimento ai lavori preparatori conferma quanto sostenuto in precedenza, che cioè la prassi interpretativa e applicativa degli Stati Uniti nel corso di settant'anni di GATT ha spesso sconfessato intenzioni e affermazioni dei negoziatori statunitensi nel 1946-1947, o viceversa. Il passaggio a cui fa qui riferimento il *panel* fa parte della risposta del delegato statunitense alle questioni poste da quello olandese nel luglio del 1947.

La risposta di Mr Leddy era stata la seguente: «As to the second provision, "or other emergency in international relations," we had in mind particularly the situation which existed before the last war, before our own participation in the last war, which was not until the end of 1941. War had been going on for two years in Europe and, as the time of our own participation approached, we were required, for our own protection, to take many measures which would have been prohibited by the Charter. Our exports and imports were under rigid control. They were under rigid control because of the war then going on»<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.76.

<sup>54</sup> *Ibid.*, nota 152 al par. 7.76.

<sup>55</sup> E/PC/T/A/PV/33, Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Verbatim Report, July 24, 1947, p. 20.

Questa risposta acquista ancora maggiore chiarezza se contestualizzata: essa, infatti, era volta a fugare i dubbi del delegato olandese, il quale si chiedeva «what are the "essential security interests" of a Member? I find that kind of exception very difficult to understand, and therefore possibly a very big loophole in the whole Charter, I might say that in a time of emergency we have no Peace Treaties signed, and I consider that it is essential for me to bring as much food to the country as possible, so that I must do everything to develop my agriculture, notwithstanding all the provisions of this Charter. It might be a little bit far fetched, but as it stands here it really is worrying me. I cannot get the meaning of it»<sup>56</sup>.

Ritornando al caso in parola, il *panel*, una volta ricostruito il significato da attribuire a «emergency in international relations», considera oggettivamente valutabile da parte propria l'esistenza o meno dell'emergenza allegata dalla Russia.

Non sfugge che, al di là dell'efficacia tutta e solo *inter partes* del rapporto, la portata delle conclusioni del *panel* costituisce un *quid novi* perché decreta la fine del *Cold War Settlement*, cioè dell'atteggiamento di prudenza e *self-restraint* che aveva caratterizzato la materia per cinquant'anni. La novità si apprezza anche in relazione alla prassi invalsa nel successivo periodo OMC, dato che fin dal 1996 (caso *Helms-Burton Act*) si era tentato di riproporre un vecchio modello in un mondo e in un contesto normativo completamente cambiati.

Per verificare e completare il proprio ragionamento, il *panel* rivolge la propria attenzione all'oggetto e allo scopo del GATT 1994 e del Trattato istitutivo dell'OMC, nel pieno rispetto di regole e criteri consuetudinari di interpretazione dei trattati, come richiesto dall'art. 3(2) del DSU.

Basandosi su precedenti rapporti, resi sia da *panel* sia dall'Organo di Appello, rileva come questi trattati abbiano per oggetto e scopo «to promote the security and predictability of the reciprocal and mutually advantageous arrangements and the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade»<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>57</sup> Appellate Body Report, *Argentina - Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items*, WT/DS56/AB/R (*Argentina - Textiles and Apparel*), adottato il 22 aprile 1998, par. 47; Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (*EC - Computer Equipment*), adottato il 22 giugno 1998, par. 82; Appellate Body Report, *European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286AB/R (*EC - Chicken Cuts*), adottato il 27 settembre 2005, par. 243; Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA (*EC - Bananas III*), adottati l'11 e 22 dicembre 2008, par. 433.

Paragonando l'articolo XXI alle eccezioni generali dell'articolo XX, conformemente a quanto sostenuto dalla Moldavia e difformemente dall'invito canadese a non trasferire in tema di sicurezza nazionale i criteri giurisprudenziali elaborati per l'interpretazione dell'articolo XX, il *panel* considera gli effetti che un'eccezione del tutto arbitraria avrebbe sull'intero sistema. Infatti «[i]t would be entirely contrary to the security and predictability of the multilateral trading system established by the GATT 1994 and the WTO Agreements, including the concessions that allow for departures from obligations in specific circumstances, to interpret Article XXI as an outright potestative condition, subjecting the existence of a Member's GATT and WTO obligations to a mere expression of the unilateral will of that Member».<sup>58</sup> Ciò che pare trarsi da questo confronto tra i due articoli è quanto sostenuto in precedenza, che cioè la innegabile differenza testuale e redazionale non implichi in realtà una differenza sostanziale per ciò che concerne i criteri interpretativi applicabili. Innanzitutto perché quei criteri, prima di essere utilizzati dalla giurisprudenza del GATT e dell'OMC, hanno valore consuetudinario, quindi hanno efficacia obbligatoria e generalizzata. E poi perché, in conseguenza di ciò, si può sostenere che lo *chapeau* dell'articolo XX costituisca una codificazione *expressis verbis* del generale principio di buona fede. Ed infatti impedire «arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail» e «disguised restriction on international trade» significa parafrasare l'oggetto e lo scopo di trattati come GATT e OMC, a cui devono comunque confarsi anche norme eccezionali come gli articoli XX e XXI.

Sembrano confermare questa impressione varie affermazioni fatte in merito dall'Organo d'Appello, a parere del quale «[t]he chapeau of Article XX is, in fact, but one expression of the principle of good faith. This principle, at once a general principle of law and a general principle of international law, controls the exercise of rights by states. One application of this general principle, the application widely known as the doctrine of *abus de droit*, prohibits the abusive exercise of a state's rights and enjoins that whenever the assertion of a right "impinges on the field covered by [a] treaty obligation, it must be exercised *bona fide*, that is to say, reasonably"».<sup>59</sup>

In altre parole «the chapeau serves to ensure that Members' rights to avail themselves of exceptions are exercised in good faith to protect inter-

<sup>58</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.79.

<sup>59</sup> Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (*US - Shrimp*), adottato il 6 novembre 1998, par. 158.

ests considered legitimate under Article XX, not as a means to circumvent one Member's obligations towards other WTO Members»<sup>60</sup>.

A dimostrazione di come il principio di ragionevolezza costituisca un'articolazione del principio della buona fede «[t]he chapeau serves to ensure that Members' rights to avail themselves of exceptions are exercised reasonably, so as not to frustrate the rights accorded other Members by the substantive rules of the GATS»<sup>61</sup>. Il riferimento qui è alla proposizione introduttiva dell'articolo XIV del GATS, identica allo *chapeau* dell'articolo XX del GATT.

D'altro canto «[the] failure to make serious efforts, in good faith, to negotiate a multilateral solution before resorting to unilateral measures»<sup>62</sup> è un sinonimo di discriminazione ingiustificata.

Sostenere ciò non significa però escludere qualsiasi differenza tra le due disposizioni, significa piuttosto ridimensionarne le conseguenze. Permane infatti una distinzione quantitativa: se i canoni ermeneutici sono gli stessi, l'incisività e la pervasività di questi criteri cambiano.

«It considers» influenza il modo di condurre il controllo giurisdizionale. Influenza il *quomodo*, non l'*an*.

Da questa analisi il *panel* trae alcune rilevanti conclusioni.

In primo luogo, la relativa «it considers» non si estende fino ad implicare un auto-accertamento e un'auto-interpretazione esclusivi delle circostanze fattuali ivi elencate.

Quindi, da un lato, «Russia's argument that the Panel lacks jurisdiction to review Russia's invocation of Article XXI(b)(iii) must fail»<sup>63</sup> e, dall'altro, anche «the United States' argument that Russia's invocation of Article XXI(b)(iii) is "non-justiciable"» dev'essere rigettato.

L'articolo XXI del GATT non costituisce una «*jurisdictional defence*» né ha natura esclusivamente «*self-judging*».

Il *panel*, consapevole di affermare esattamente l'opposto di ciò che per settant'anni è stato sostenuto dagli Stati Uniti e, con alcune differenze, anche da molti altri Stati membri, cita due precedenti giurisprudenziali, uno esterno all'OMC e l'altro interno.

<sup>60</sup> Appellate Body Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R (*Brazil - Retreaded Tyres*), adottato il 17 dicembre 2007, par. 215.

<sup>61</sup> Appellate Body Report, *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R (*US - Gambling*), adottato il 20 aprile 2005, par. 339.

<sup>62</sup> P. VAN DE BOSSCHE - D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, New York, Cambridge University Press, 2016, p. 120.

<sup>63</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.103.

Un altro modo, infatti, di sostenere la natura non giustiziabile di una determinata controversia consiste, in generale, nel qualificarla come «questione politica», con ciò sottolineandone la differenza ontologica rispetto alle questioni giuridiche e attribuendone così la trattazione esclusivamente a quel soggetto politico che è lo Stato.

Nel 1962, fu richiesto dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite un parere consultivo alla Corte Internazionale di Giustizia in tema di contabilità interna all'organizzazione.

La CIG, analizzando pregiudizialmente le questioni procedurali, ebbe a statuire che «[i]t has been argued that the question put to the Court is intertwined with political questions, and that for this reason the Court should refuse to give an opinion. It is true that most interpretations of the Charter of the United Nations will have political significance, great or small. In the nature of things it could not be otherwise. The Court, however, cannot attribute a political character to a request which invites it to undertake an essentially judicial task, namely, the interpretation of a treaty provision»<sup>64</sup>.

Il *panel*, dopo aver ricercato in un precedente autorevole argomenti a sostegno della giustiziabilità di qualsiasi disposizione e quindi anche dell'articolo XXI, passa rapidamente in rassegna i tratti distintivi del DSB per affrontare in modo sistematico i dubbi sollevati sulla propria giurisdizione, e lo fa citando l'Organo d'Appello. «A decision by a panel to decline to exercise validly established jurisdiction would seem to "diminish" the right of a complaining Member to "seek the redress of a violation of obligations" within the meaning of Article 23 of the DSU, and to bring a dispute pursuant to Article 3.3 of the DSU. This would not be consistent with a panel's obligations under Articles 3.2 and 19.2 of the DSU. We see no reason, therefore, to disagree with the Panel's statement that a WTO panel "would seem (...) not to be in a position to choose freely whether or not to exercise its jurisdiction"»<sup>65</sup>.

Il tenore della statuizione ricorda quello della Decisione concernente l'articolo XXI del 1982 e della seconda domanda formulata dal *panel* nelle sue conclusioni nel caso Nicaragua II. In base all'art. 3.2 del DSU, infatti, il sistema di risoluzione delle controversie «serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements». Data questa sua funzione, l'art. 19.2 del DSU specifica che «in their findings and recommendations, the panel and Appellate Body cannot add to or diminish

<sup>64</sup> Certain expenses of the United Nations (*Article 17, paragraph 2, of the Charter*), Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C. J. Reports 1962, p. 155.

<sup>65</sup> Appellate Body Report, *Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R (*Mexico - Taxes on Soft Drinks*), adottato il 24 marzo 2006, par. 53.

the rights and obligations provided in the covered agreements». Proprio sul punto si era soffermata la «Decision Concerning Article XXI of the General Agreement» stabilendo che anche «[w]hen action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement». D'altronde, come si chiedeva il *panel* del caso *Nicaragua II* quattro anni più tardi, nel 1986, «[i]f the CONTRACTING PARTIES give a panel the task of examining a case involving an Article XXI invocation without authorizing it to examine the justification of that invocation, do they limit the adversely affected contracting party's right to have its complaint investigated in accordance with Article XXIII:2?»<sup>66</sup>.

Prima di entrare nel merito delle valutazioni sulle misure adottate dalla Russia e sulla loro "copertura" o meno da parte dell'articolo XXI(b)(iii), il *panel* fornisce un'ulteriore qualificazione giuridica del prerequisito oggettivo ivi previsto, il quale costituirebbe «a fundamental change of circumstances which radically alters the factual matrix in which the WTO-consistency of the measures at issue is to be evaluated»<sup>67</sup>.

Il fatto di riferirsi ad una guerra o ad un'altra emergenza nelle relazioni internazionali come ad una causa di sospensione degli obblighi derivanti dal trattato comporta una serie di conseguenze che necessitano di essere puntualizzate. Infatti, il mutamento fondamentale delle circostanze, come regola generale, non può essere invocato dal soggetto che abbia causato o contribuito a causare il mutamento stesso. È questa un'applicazione dei principi della buona fede e dell'equità per cui un soggetto non è legittimato a trarre vantaggio dalle proprie contraddizioni, secondo la figura giuridica denominata *estoppel* nella *common law*<sup>68</sup>. Se questa regola fosse valida anche nel caso dell'articolo XXI(b)(iii), ne conseguirebbe che solo quello Stato che si trovasse ad essere leso da un uso della forza illegittimo da parte di un altro Stato o da un pericolo da questo provocato potrebbe agire in autodifesa adottando qualsiasi misura. Ma le cose non stanno così.

Infatti «even an aggressor could escape GATT»<sup>69</sup>, poiché l'articolo XXI(b)(iii) «in no way differentiates between legal and illegal confrontations: even a clear aggressor would have all the rights under this provision,

<sup>66</sup> Panel Report, *United States - Trade Measures Affecting Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, L/6053, 13 ottobre 1986, non adottato, par. 5.17.

<sup>67</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.108.

<sup>68</sup> A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, CEDAM 6<sup>a</sup> ed., 2019, p. 370.

<sup>69</sup> M. HAHN, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 3, 1991, p. 589.



an apparent anomaly that sheds light on the particular role the national security exception plays within the WTO system. It insulates the system from essentially noneconomic international tensions»<sup>70</sup>.

Tra clausola generale *rebus sic stantibus* e articolo XXI(b)(iii) dunque esiste un rapporto di specialità, per cui il secondo è *lex specialis* rispetto alla prima che è *lex generalis*.

Quindi «it can be assumed that the more specific provision[s] of article[s] XXI(b)(iii) [...] has] hardly left room for the application of the more general notion of fundamental change in circumstances»<sup>71</sup>.

Sembra quindi di poter affermare che il riferimento fatto dal *panel* nel *Russia - Traffic in Transit* abbia valore gnosologico, ma vada contestualizzato.

Rende conto di quanto sostenuto lo stesso *panel* quando afferma che per determinare se la situazione esistente tra Ucraina e Russia costituisca un'emergenza nelle relazioni internazionali «it is not relevant [...] which actor or actors bear international responsibility for the existence of this situation»<sup>72</sup>.

Per verificare l'esistenza della situazione allegata dalla Russia, il *panel* si affida alle Risoluzioni n. 68/262 e 71/205 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, rispettivamente di marzo 2014 e dicembre 2016, le quali riconoscevano che tra i due Paesi era in corso un conflitto armato. A riprova di quanto detto, nella Risoluzione n. 73/194 del dicembre 2018, l'Assemblea Generale riconosce come ciò che è avvenuto tra i due Paesi nel 2014 si sia sostanziato nell'«occupation of Crimea and the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of Ukraine by the Russian Federation»<sup>73</sup>.

Appurato questo fatto, cioè effettuato un controllo obiettivo sull'esistenza di una condizione oggettiva, il *panel* conclude che «each of the measures at issue was "taken in time of" an emergency in international relations, within the meaning of subparagraph (iii) of Article XXI(b) of the GATT 1994»<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> H. L. SCHLOEMANN - S. OHLHOFF, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence, cit. supra, nota 52, p. 446.

<sup>71</sup> M. HAHN, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, cit. supra, nota 69, p. 602.

<sup>72</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.121.

<sup>73</sup> Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018, A/RES/73/194, Problem of the militarization of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine, as well as parts of the Black Sea and the Sea of Azov.

<sup>74</sup> *Ibid.*, par. 7.125.

D'altronde è incluso nelle funzioni del *panel* «[to] make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case» (art. 11 DSU).

Il *panel*, infine, prosegue e termina l'interpretazione della locuzione «it considers», traendo le necessarie conseguenze dalla precedente qualificazione dei tre sottoparagrafi come «limitative qualifying clauses», sottoponibili a controllo obiettivo, e dalla delimitazione degli interessi *essenziali*, effettuata a partire dal contesto definito dai tre sottoparagrafi.

Poiché «those interests [are] relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally»<sup>75</sup>, allo Stato è riconosciuto il potere discrezionale di definire *nel caso concreto* i propri interessi essenziali e quali misure siano necessarie per proteggerli.

«It considers» in questo modo verrebbe riferito a «interests» e a «necessary». Con una importante precisazione però in riferimento ai primi, che cioè gli interessi essenziali alla cui protezione è finalizzato l'articolo XXI sarebbero solo quelli relativi alla difesa e militari, oltre che quelli connessi alla tutela della legge e al mantenimento dell'ordine pubblico. Solo entro i confini di queste fattispecie generali e astratte, indotte dal contesto fattuale reso palese dai tre sottoparagrafi dell'articolo XXI(b), lo Stato rimarrebbe libero di individuare quali interessi particolari sarebbero a rischio *nel caso concreto*.

Ed infatti, «the discretion of a Member to designate particular concerns as «essential security interests» is limited by its obligation to interpret and apply Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 in good faith»<sup>76</sup>. In buona fede non starebbe mai agendo quello Stato che «sought to release itself from the structure of "reciprocal and mutually advantageous arrangements" that constitutes the multilateral trading system simply by re-labelling trade interests that it had agreed to protect and promote within the system, as "essential security interests", falling outside the reach of that system»<sup>77</sup>.

Merita un'osservazione aggiuntiva in particolare il sottoparagrafo (ii), per la potenzialità onnicomprensiva e la genericità del riferimento al commercio «in other goods and materials» ivi contenuto. Questa locuzione infatti necessita di un'interpretazione accurata, dato il rischio che per il suo tramite facciano ingresso nell'eccezione i celebri bottoni del Presiden-

<sup>75</sup> *Ibid.*, par. 7.130.

<sup>76</sup> *Ibid.*, par. 7.132.

<sup>77</sup> *Ibid.*, par. 7.133.

te Chruščëv<sup>78</sup>. Pur mantenendo ferme tutte le conclusioni raggiunte dal *panel*, in particolare il concetto di emergenza e l'esclusione dal campo di applicazione dell'eccezione di qualsiasi «economic security interest», rimane lo spazio per valutare una concettualizzazione espansiva della nozione di «armi e altri beni». In un contesto come quello attuale infatti potrebbe essere necessario valutare quest'ultima in riferimento ai pericoli derivanti dalla *cyberwarfare*. La guerra cibernetica ed informatica necessita di "armi" specifiche per essere combattuta; si potrebbe quindi considerare che «the concept of arms used and potentially covered by Article XXI lit. b) ii) GATT includes such goods as necessary for such conflicts»<sup>79</sup>.

A questo punto il *panel* dimostra grande equilibrio<sup>80</sup> nella definizione dell'onere della prova incombente sullo Stato che invochi l'articolo XXI(b)(iii): infatti «the less characteristic is the "emergency in international relations" invoked by the Member, i.e. the further it is removed from armed conflict, or a situation of breakdown of law and public order (whether in the invoking Member or in its immediate surroundings), the less obvious are the defence or military interests, or maintenance of law and public order interests, that can be generally expected to arise. In such cases, a Member would need to articulate its essential security interests with greater specificity than would be required when the emergency in international relations involved, for example, armed conflict»<sup>81</sup>.

Proprio perché la situazione specificata nel sottoparagrafo (iii) è oggettivamente determinabile, nel momento in cui lo Stato ne prova l'esistenza gode di una sorta di presunzione di rischio per i propri interessi essenziali, mentre se la situazione di fatto è vaga e lontana dall'insidiare le «fonctions primordiales de l'Etat» allora l'onere si aggrava per quello Stato.

È per questo motivo che, nonostante la Russia, alla richiesta di esplicitare i suoi interessi, si fosse trincerata dietro l'invocazione dell'articolo XXI(a), «the essential security interests that thereby arise for Russia can-

<sup>78</sup> A proposito di possibili utilizzi abusivi della disposizione, il Presidente Chruščëv, come riporta la *Pravda* in un numero del febbraio 1963, si prendeva gioco delle restrizioni alle esportazioni che gli Stati Uniti stavano mettendo in pratica, consigliando loro di interrompere subito le esportazioni di bottoni per motivi di sicurezza nazionale in quanto era fuori discussione che i bottoni servissero a reggere i pantaloni dei soldati al fronte.

<sup>79</sup> W. WEIB, *Interpreting Essential Security Exceptions in WTO Law in View of Economic Security Interests*, in W. WEIB - C. FURCULITA (EDS.), *Global Politics and EU Trade Policy. Facing the Challenges to a Multilateral Approach*, in *European Yearbook of International Economic Law*, Springer, 2020, p. 271.

<sup>80</sup> «Secondo il professor Giorgio Sacerdoti, che tra il 2001 e il 2009 è stato membro dell'Appellate Body, la decisione presa dal panel di primo grado "è molto equilibrata"». Vedi G. DI DONFRANCESCO, *Dazi, la Wto sfida Trump: i motivi di sicurezza nazionale vanno verificati*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 aprile 2019.

<sup>81</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (Russia - Traffic in Transit), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.135.

not be considered obscure or indeterminate. Despite its allusiveness, Russia's articulation of its essential security interests is minimally satisfactory in these circumstances»<sup>82</sup>.

Rimaneva da definire lo *standard* del controllo giurisdizionale applicabile alla necessarietà delle misure: in ciò nuovamente il *panel* ricerca il miglior equilibrio possibile tra le tendenze unilateralistiche dello Stato sovrano e l'effettività del sistema multilaterale degli scambi. È infatti sufficiente che, nel bel mezzo di una guerra o di altra emergenza, lo Stato dimostri che le misure prese rispettino «a minimum requirement of plausibility in relation to the proffered essential security interests, i.e. that they are not implausible as measures protective of these interests»<sup>83</sup>.

Queste considerazioni particolari in tema di onere della prova consentono di effettuare più ampie valutazioni sul ruolo e la funzione del GATT e del sistema multilaterale degli scambi: infatti «when inter-State relations have regressed to the law of the jungle (apart from the *minimalia* of the *jus in bello*), the niceties of GATT have no role of their own. Put differently, the GATT does not even pretend that it has any force in an armed conflict, thus recognizing the limited role of international economic law once States have decided to go to war»<sup>84</sup>.

Nel rispetto dunque di questo criterio minimo di plausibilità «it is for Russia to determine the "necessity" of the measures for the protection of its essential security interests. This conclusion follows by logical necessity if the adjectival clause "which it considers" is to be given legal effect»<sup>85</sup>.

Il *panel* dunque conclude il proprio rapporto constatando come la Russia avesse rispettato tutti i requisiti dell'articolo XXI(b)(iii) e come quindi tutte le misure contestate dall'Ucraina rientrassero a pieno titolo nell'ambito dell'eccezione e fossero da questa giustificate.

Tutti i divieti e gli oneri supplementari imposti dalla Russia nel 2014 e nel 2016, in altre parole, non violano l'articolo V:2 GATT<sup>86</sup> sulla libertà di transito perché sono stati applicati in una situazione di grave tensione internazionale.

<sup>82</sup> *Ibid.*, par. 7.137.

<sup>83</sup> *Ibid.*, par. 7.138.

<sup>84</sup> M. HAHN, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, cit. *supra*, nota 69, p. 587.

<sup>85</sup> Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), adottato il 5 aprile 2019, par. 7.146.

<sup>86</sup> «There shall be freedom of transit through the territory of each contracting party, via the routes most convenient for international transit, for traffic in transit to or from the territory of other contracting parties. No distinction shall be made which is based on the flag of vessels, the place of origin, departure, entry, exit or destination, or on any circumstances relating to the ownership of goods, of vessels or of other means of transport».

## 5. Un controllo giurisdizionale articolato: *standard of review* applicabile ai vari termini dell'articolo XXI

I tre *panelist* del *Russia - Traffic in Transit* giungono a proporre diversi tipi di controllo giurisdizionale, differenziati in base alle varie parti che compongono la struttura interna dell'articolo XXI.

Un vero e proprio accertamento deve essere condotto nella valutazione delle circostanze fattuali previste dai sottoparagrafi (i), (ii) e (iii): il livello della valutazione giurisdizionale è approfondito, si potrebbe parlare di riesame nel merito. Questo significa che nel momento in cui viene invocata dallo Stato una qualche relazione esistente tra le azioni che esso ha intrapreso e i tre domini del materiale nucleare, del commercio di armi e materiali necessari al rifornimento di un apparato militare e, infine, del tempo di guerra o di altra emergenza internazionale, quello stesso Stato deve sopportare un rigoroso onere della prova. Deve cioè essere in grado di giustificare i propri comportamenti alla luce della esistenza nei fatti di una situazione, come ad esempio nel caso che qui ci occupa, di emergenza nelle relazioni internazionali, la quale non deve essere solo asserita e invocata, bensì comprovata da precisi oneri allegatori volti a provarne l'effettività.

Per ciò che invece riguarda interessi essenziali e necessità delle misure, lo *standard* applicabile è più *soft*, ritenendosi sufficiente che lo Stato invochi i tre sottoparagrafi di cui sopra in buona fede e che le misure che adotti appaiano ragionevoli e la loro connessione con gli interessi almeno logicamente accettabile. Il requisito minimo di plausibilità a cui fa riferimento il *panel* e che deve sussistere tra le misure e gli interessi essenziali di sicurezza si spiega se messo in relazione con quanto affermato poco sopra. Più, infatti, le circostanze di fatto si avvicinano a quella fattispecie astratta tipizzata che fa riferimento a un conflitto, a un'emergenza o comunque a un contesto militare, più scontati appaiono i connessi interessi di sicurezza che lo Stato vorrebbe proteggere, il quale avrà buon gioco a qualificare le proprie misure come necessarie.

Cercare di spiegare questo ampio margine di apprezzamento non è privo di utilità. La ricostruzione dei negoziati a partire dal 1947 dimostra come tutte le Parti Contraenti, con sfumature diverse, avessero a cuore la determinazione della discrezionalità in tema di auto-definizione e auto-interpretazione, e così tutta la dottrina internazionalistica in merito. Dall'esame poi della storia dell'applicazione dell'articolo XXI si può indurre come in base a considerazioni storiche legate ai lavori preparatori, confermate da ulteriori considerazioni teleologiche connesse alle finalità del trattato (o dei trattati) e sistematiche riferite al contesto letterale, logico e normativo, si fosse giunti a riferire «it considers» più agli interessi che non

alla necessità. La ragione risiedeva nella ricerca di un bilanciamento equilibrato tra moventi unilateralistici e moventi multilateralistici. Mentre gli interessi si consideravano strettamente connessi alla sovranità dello Stato, perché essenziali, al contrario il concetto di necessità, pur con grande cautela, era considerato maggiormente «giustiziabile». La giurisprudenza in materia di proporzionalità, nelle accezioni di adeguatezza, necessità e bilanciamento degli interessi in gioco, deponeva a favore di questa tendenza.

Ciò che traspare invece dal rapporto *Russia-Traffic in Transit* è una maggiore deferenza nella «considerazione» sia della necessità delle misure sia nella definizione degli interessi perché (purché?) essenziali, come indotti dal contesto reso palese dai tre sottoparagrafi.

La ragione potrebbe risiedere nel fatto che «[n]ecessity control means controlling the means-end relationship, even to the extent of a cost-benefit analysis. Consequently, a necessity review may impact on the determination of the end [...]. Consequently, the deference to the WTO Members' assessment required by the adjectival clause ["it considers"] does not only relate to assessing necessity, but also to the determination of the essential security interests to be protected»<sup>87</sup>.

Si potrebbe dire che nel caso dei sottoparagrafi, la sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta (previamente interpretata dal *panel*) è valutata obiettivamente e in modo approfondito, mentre è sufficiente che gli interessi appaiano *prima facie* invocati in buona fede.

Quando le misure adottate risultano effettivamente assunte in materia nucleare, in riferimento al commercio di armi oppure in un contesto bellico o di emergenza internazionale, è più evidente l'essenzialità degli interessi di sicurezza e quindi la loro legittimità.

**Massimo Boschi\***

#### SINTESI

Il *panel* che nel 2019 ha reso il rapporto *Russia - Traffic in Transit* ha interpretato per la prima volta dall'entrata in vigore del GATT nel 1947 l'articolo XXI sulle eccezioni di sicurezza nazionale.

<sup>87</sup> W. WEIB, *Interpreting Essential Security Exceptions in WTO Law in View of Economic Security Interests*, cit. *supra*, nota 79, p. 277.

\* Dottore in Giurisprudenza e Tutor didattico di area disciplinare e di attività / Cattedra di Diritto Internazionale dell'Università di Bologna; Autore di una tesi dal titolo «L'articolo XXI del GATT nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio»

La legittimazione stessa di un organo giurisdizionale ad effettuare questo tipo di scrutinio era contestata da una parte degli Stati membri. Aver negato che l'eccezione implichi un difetto di giurisdizione generalizzato (*jurisdictional defence*) e sia completamente non giustiziabile (*totally self-judging*), non ha impedito al *panel* di approntare un criterio interpretativo in grado di riconoscere il giusto margine di apprezzamento riservato allo Stato. Aver ancorato la relativa «*which it considers*» alla (auto)definizione degli interessi essenziali e della necessità delle misure adottate trova il suo bilanciamento nella funzione logica e sistematica che viene riconosciuta ai tre sottoparagrafi dell'articolo XXI(b).

I tre requisiti oggettivi (le *limitative qualifying clauses*) paiono costituire il mezzo per evitare utilizzi abusivi della clausola.

#### ABSTRACT

*The panel report Russia - Measures Concerning Traffic in Transit, held in April 2019, has interpreted the national security clause for the first time since the GATT entered into force in 1947.*

*The first issue the panel had to assess was linked to the power itself of a jurisdictional forum to make findings and recommendations on such a political matter. The panel has refused the argument that considers article XXI as a jurisdictional defense or, something that is a different concept, its totally self-judging nature. The rationale of the report can be found in a logical and systematic interpretation of the three subparagraphs of letter (b). The three limitative qualifying clauses (the objective prerequisites – as defined by the prior doctrine) seem to be the hedge against the abuse of the exception.*

*The panel however has sought a careful and significantly appreciable balance between the deference warranted by «which it considers» and the need to not undermine the whole system.*





# ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

---

## LA COMMISSIONE EUROPEA AGGIORNA LE RACCOMANDAZIONI DI RIFORMA PER LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PROFESSIONALI

**Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa al bilancio e all'aggiornamento delle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali del 2017\***

### **I. Regolamentazione dei servizi professionali: il contesto più ampio**

Nel gennaio 2017 la Commissione ha formulato raccomandazioni per gli Stati membri sulle riforme nazionali per la regolamentazione dei servizi professionali<sup>1</sup>. L'obiettivo delle raccomandazioni era incoraggiare e assistere gli Stati membri nella creazione di un contesto regolamentare favorevole alla crescita, all'innovazione e alla creazione di posti di lavoro. Tuttavia negli ultimi anni i progressi in materia di riforma della regolamentazione delle professioni nell'UE sono stati piuttosto deludenti. Nonostante i potenziali effetti economici positivi che le riforme potrebbero generare, solo pochi Stati membri hanno adottato misure per eliminare le regolamentazioni sproporzionate. Anche in questo caso le riforme sono state spesso determinate solo da procedure d'infrazione. Alcuni Stati membri hanno persino inasprito il contesto regolamentare per alcune professioni. Ciò corrisponde all'analisi effettuata nella relazione annuale sul mercato unico 2021 di un mercato unico dei servizi che continua a essere frenato da ostacoli ingiusti-

\* Doc. Com(2021)385 fin. del 9 luglio 2021 (SWD(2021)185 fin.). Il testo integrale è reperibile sul sito internet [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). In argomento v. *infra*, p. 687, il contributo di SALVATORE D'ACUNTO.

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali (Com(2016)820), accompagnata dal documento di lavoro SWD(2016) 436.

ficati e inutili<sup>2</sup>. Pertanto, quattro anni dopo l'adozione delle raccomandazioni e nel contesto di un'economia dell'UE gravemente scossa dalla pandemia di COVID-19, questo è il momento giusto per fare il bilancio delle azioni intraprese in materia di regolamentazione dei servizi professionali. Ciò è pienamente in linea con la comunicazione di recente adozione relativa all'aggiornamento della nuova strategia industriale 2020<sup>3</sup>, che sottolinea l'urgenza di migliorare il mercato unico dei servizi quale importante leva per la competitività e la resilienza dell'economia dell'UE. In tal modo sono integrate le azioni previste nella comunicazione citata per un migliore funzionamento del mercato unico nel settore dei servizi. Come annunciato nel piano d'azione per l'applicazione delle norme del marzo 2020, la presente comunicazione costituisce un aggiornamento delle raccomandazioni del 2017 per la regolamentazione dei servizi professionali<sup>4</sup>.

**Contesto economico** (*Omissis*)

**Contesto normativo** (*Omissis*)

**Professioni in primo piano** (*Omissis*)

**Progressi in materia di riforme della regolamentazione** (*Omissis*)

**Indicatore del carattere restrittivo per la regolamentazione dei servizi professionali** (*Omissis*)

## II. Analisi per professione

Le seguenti sezioni descrivono le regolamentazioni dei diversi servizi professionali analizzati. I concetti e la terminologia (nazionale) nonché l'organizzazione e la portata delle attività delle professioni spesso differiscono da uno Stato membro all'altro. L'analisi tiene conto di tali differenze e considera i servizi che rientrano in un determinato settore piuttosto che le definizioni nazionali di ciascuna professione.

La valutazione che segue si basa principalmente sui seguenti aspetti:

- le informazioni fornite dagli Stati membri nella banca dati delle professioni regolamentate;
- ulteriori ricerche effettuate dalla Commissione in merito alla legislazione nazionale.

L'analisi tiene inoltre conto dei reclami o di altre osservazioni dei portatori di interesse in merito alle restrizioni con cui si sono confrontate. Queste informazioni sono state verificate e discusse con gli Stati membri in più occasioni.

<sup>2</sup> SWD(2021) 351, *Annual Single Market Report 2021*, che accompagna la comunicazione Com(2021)350, "Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa".

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa" (Com(2021)350).

<sup>4</sup> Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico (Com(2020)94 final).

Ogni analisi contiene un grafico che illustra l'indicatore del carattere restrittivo. Questo dovrebbe essere letto unitamente all'analisi descrittiva fornita per ciascuna professione. Lo scopo dell'indicatore è cogliere l'intensità relativa delle regolamentazioni che disciplinano ciascuna delle professioni in ciascuno Stato membro. Le barriere di natura non regolamentare non sono incluse nell'indicatore, ma sono menzionate nella descrizione qualitativa ove possibile e laddove la Commissione dispone di informazioni. Le raccomandazioni si basano principalmente su un'analisi qualitativa più ampia e pertanto i risultati forniti dall'indicatore potrebbero non essere esattamente correlati alle raccomandazioni di riforma.

Sulla base di tali raccomandazioni, gli Stati membri dovrebbero riesaminare e riconsiderare le restrizioni imposte ai prestatori di servizi e le regolamentazioni che disciplinano i settori professionali selezionati. In particolare dovrebbero considerare l'effetto cumulativo che risulta da molteplici livelli di misure regolamentari.

### II.1. Architetti

Sebbene la maggior parte degli Stati membri dell'UE regolamenti la professione di architetto in modo che possa beneficiare del riconoscimento automatico ai sensi della direttiva sulle qualifiche professionali, permangono differenze significative nell'approccio adottato. In diversi paesi le attività di architettura rientrano in una professione regolamentata (ad esempio *Austria, Belgio, Bulgaria, Grecia, Francia, Ungheria, Irlanda, Lussemburgo, Malta*), mentre altri adottano un approccio più frammentario alla regolamentazione (ad esempio *Polonia, Lituania, Lettonia*) con attività diverse riservate a professioni strettamente correlate (ad esempio tecnici architettonici, architetti del paesaggio, urbanisti, architetti d'interni) o svolte da specialisti più specializzati/certificati (ad esempio architetti con attestati supplementari per settori specifici dell'edilizia). *Danimarca, Estonia, Finlandia e Svezia* non regolamentano la professione in senso stretto, ma regolamentano modalità specifiche di esercizio o ricorrono ad altre forme di verifica delle competenze specifiche per il settore edile.

Nel 2017 la Commissione ha formulato una serie di raccomandazioni per la professione di architetto, in particolare per quanto riguarda l'ampia portata delle attività riservate, l'impatto della partecipazione azionaria, la forma societaria e le restrizioni sulle attività multidisciplinari, nonché gli effetti della frammentazione dei sistemi di regolamentazione/dei molteplici requisiti di certificazione.

Sulla base delle informazioni disponibili, gli Stati membri hanno attuato diverse riforme a partire dal 2017, ma con livelli di ambizione piuttosto limitati. In alcuni casi le riforme hanno dato luogo a requisiti regolamentari più severi. (*Omissis*)

I requisiti relativi alla qualifica per gli architetti sono stati recentemente modificati in alcuni Stati membri per rispecchiare i requisiti minimi di formazione aggiornati dalla direttiva 2013/55/UE, ad esempio a *Cipro*, in *Lituania* e in *Slovenia*. La *Lituania* ha inoltre introdotto la protezione del titolo, obblighi di sviluppo professionale continuo e l'iscrizione obbligatoria a un ordine professionale per gli architetti certificati<sup>20</sup>. La *Slovenia* ha leggermente ridotto i requisiti di formazione, ma ha introdotto requisiti di sviluppo professionale obbligatori. La *Lettonia* ha ridotto i requisiti di esperienza professionale per gli architetti soggetti a procedure di certificazione supplementari.

La situazione nei paesi che non regolamentano la professione in senso stretto ma che regolamentano modalità specifiche di esercizio o ricorrono ad altre verifiche delle competenze specifiche per il settore delle costruzioni (*Danimarca, Estonia, Finlandia e Svezia*) non è par-

<sup>20</sup> Vale a dire gli architetti soggetti a procedure di attestazione supplementari per poter svolgere attività specifiche.

ticolarmente mutata. La Commissione non ha rilevato alcuna modifica significativa della legislazione da quando ha formulato la raccomandazione del 2017 agli Stati membri che non regolamentano la professione di rivedere questo modello per evitare che diventasse un ostacolo e non è a conoscenza di alcuna riflessione al riguardo. Le informazioni a disposizione della Commissione confermano le risultanze iniziali secondo cui le differenze tra i due modelli possono essere meno significative di quanto possa apparire nei casi in cui i paesi che non regolamentano la professione facciano ricorso alla certificazione delle competenze degli architetti o a una valutazione ad hoc o caso per caso delle competenze per la fornitura di servizi specifici (ad esempio, la presentazione di progetti o di permessi di costruire). Ad esempio, in *Finlandia* le autorità decidono caso per caso in merito alle qualifiche di progettisti capo, progettisti di edifici e progettisti speciali nell'ambito del processo di rilascio dei permessi di costruire. Oltre alle verifiche per i permessi di costruire, la *Svezia* regola le attività di alcuni specialisti certificati (per la sicurezza antincendio, la ventilazione, l'accesso delle persone con disabilità, la salvaguardia della cultura), dei coordinatori dei cantieri e degli esperti tecnici. *L'Estonia* ha avviato una riforma per semplificare le norme dettagliate di certificazione per gli "specialisti capo"<sup>21</sup>, ma le riforme non hanno apportato modifiche sostanziali alle condizioni di accesso.

Le maggiori differenze tra gli Stati membri si riscontrano nelle attività riservate. Le attività di progettazione e di pianificazione architettonica, la preparazione, la presentazione e la firma della documentazione tecnica di controllo e di conformità sono di norma riservate agli architetti qualificati in tutti i paesi che regolamentano la professione. Molti paesi riservano inoltre agli architetti attività nel settore edile per la gestione dei costi e il monitoraggio della costruzione. Altri servizi, come l'architettura del paesaggio, l'urbanistica, la pianificazione territoriale e l'architettura d'interni, sono riservati agli architetti in misura diversa nei vari Stati membri dell'UE. Alcuni paesi riservano solo servizi specifici, ad esempio la *Germania* riserva solo il servizio di presentazione dei documenti per le domande di concessione edilizia, mentre *l'Austria* riserva esclusivamente il servizio di elaborazione di documenti pubblici. Quando i paesi riservano determinate attività professionali in questo modo, tali attività tendono ad essere condivise con soggetti che esercitano professioni correlate, in particolare ingegneri civili, o professioni affini come architetti del paesaggio, urbanisti, pianificatori del territorio e architetti d'interni.

La Commissione osserva che sembrano essere state apportate pochissime modifiche in risposta alle raccomandazioni del 2017 riguardanti l'ampia portata delle attività riservate agli architetti. Ad esempio, il *Portogallo* ha aperto un servizio riservato per richiedere l'approvazione dei progetti edilizi, che è ora accessibile agli ingegneri, e ha annunciato ulteriori riforme. Analogamente, la *Croazia* ha deregolamentato l'attività di architettura d'interni rendendola accessibile a tutti.<sup>22</sup>

Un'altra differenza importante tra gli Stati membri individuata nel 2017 era l'esistenza di sistemi "unitari" e "frammentati". Gli Stati membri con un sistema unitario consentono agli architetti di fornire un'ampia gamma di servizi, mentre in altri Stati membri le competenze e/o le responsabilità sono ripartite tra diverse categorie di professionisti. Nella presente comunicazione la Commissione ha esaminato più da vicino se la professione è frammentata, valutando eventuali requisiti per ulteriori regimi di certificazione o attestazione per gli architetti ai fini della fornitura di servizi professionali specifici (compresi requisiti supplementari in materia di esperienza professionale).

Sulla base delle informazioni disponibili, l'analisi ha rilevato vari gradi di frammentazio-

<sup>21</sup> In Estonia, qualsiasi impresa che intenda prestare servizi nei settori delle costruzioni, della progettazione, delle perizie degli edifici, degli audit energetici, della supervisione dei proprietari, della consulenza su progetti immobiliari ed edifici e del rilascio di certificati energetici deve iscriversi nel registro delle attività economiche e indicare il nome di uno "specialista capo" per quel particolare settore.

<sup>22</sup> La Croazia ha inoltre abolito il requisito di appartenenza all'ordine per i responsabili di cantiere. Secondo le autorità croate, anche l'obbligo di residenza è stato eliminato.

ne della professione di architetto in diversi paesi (ad esempio *Lettonia, Lituania, Polonia*). In *Lettonia*, per acquisire un diritto indipendente all'esercizio della professione, il richiedente deve ottenere un certificato di esercizio indipendente in aggiunta ai requisiti di istruzione generali obbligatori. La *Lettonia*, pur avendo leggermente ridotto il numero di specializzazioni per gli specialisti edili in risposta alle raccomandazioni del 2017, continua a presentare un numero elevato di requisiti di certificazione<sup>23</sup>. La Commissione ha constatato che a partire dal 2017 la *Lituania* ha accresciuto il livello di frammentazione aumentando il numero di attività soggette a ulteriori attestazioni per gli architetti per "strutture di importanza non eccezionale". La *Polonia* riferisce l'esistenza di quattro tipi di architetti<sup>24</sup> e consente ulteriori specializzazioni in ambito tecnico-edile. Sulla base delle informazioni disponibili, si registra una frammentazione, sebbene in misura minore, anche in *Slovacchia, Romania, Croazia, Slovenia, Cipro, Paesi Bassi e Portogallo*.

Sebbene l'apertura di determinate attività professionali a una o più professioni regolamentate con requisiti normativi meno rigorosi possa avere anche effetti positivi, come indicato nel 2017, la frammentazione delle condizioni stabilite per accedere a diverse attività rimane un fattore importante da prendere in considerazione nella regolamentazione della professione, in quanto può causare inutile confusione e la necessità di cercare livelli multipli di autorizzazione. In particolare la Commissione si rammarica per le limitate azioni intraprese dagli Stati membri per ridurre la frammentazione della gamma di attività soggette a requisiti supplementari. La Commissione invita inoltre tali Stati membri a riconsiderare la proporzionalità della regolamentazione nei sistemi frammentati. In particolare detti Stati membri dovrebbero valutare l'efficienza dei sistemi nel ripartire la responsabilità tra diverse categorie di professionisti nella stessa sfera di attività, così come l'onere generato dalla necessità di ottenere certificazioni multiple per attività strettamente correlate.

La Commissione ha constatato che sono stati compiuti maggiori progressi per quanto riguarda le riforme relative ai requisiti in materia di partecipazione azionaria. Almeno due paesi, *Austria e Cipro*, hanno ridotto le loro restrizioni relative alla partecipazione azionaria e alla forma societaria in seguito alle sentenze della Corte di giustizia.

Il 29 luglio 2019 la Corte di giustizia europea ("la Corte") si è pronunciata nella causa *C-209/18 Commissione/Austria* riguardante, tra l'altro, i requisiti per gli ingegneri/architetti specializzati in ingegneria civile. La Corte ha ritenuto che la (precedente) legge sugli ingegneri/architetti violasse il diritto europeo, anche stabilendo condizioni restrittive per i detentori di capitale<sup>25</sup> e limitando le attività multidisciplinari degli ingegneri/architetti specializzati in ingegneria civile. Nel giugno 2019 è entrata in vigore in *Austria* una nuova legge che modifica le norme sui requisiti relativi alla forma giuridica e alla partecipazione azionaria. Mentre in precedenza solo alcune forme societarie erano autorizzate a costituire persone giuridiche professionali, la nuova legge autorizza tutte le forme giuridiche di società. Ha inoltre attenuato le norme sulla proprietà delle quote, che possono essere detenute non solo da studi di architettura/ingegneria civile o da persone fisiche, ma anche da società di architettura/ingegneria stabilite in un altro Stato membro dell'UE/SEE o in Svizzera.

Inoltre le raccomandazioni del 2017 invitavano *Austria* a rivedere l'ambito di attività esclusivo degli studi di architettura (la prestazione di servizi di architettura) che limita notevolmente la possibilità di esercizio di questa professione in comune con altre professioni. Sebbene le riforme del 2019 non abbiano accolto questa raccomandazione, la nuova legge dovrebbe esse-

<sup>23</sup> 76 ambiti di attività certificabili nel settore edile, di cui 16 nella sfera della progettazione.

<sup>24</sup> Architetti con licenza completa; architetti titolari di un permesso di costruire per la specializzazione struttura ed edilizia; architetti titolari di un permesso di costruire per la specializzazione architettura; architetti tecnici in possesso di un permesso di costruire per la specializzazione architettura.

<sup>25</sup> Ai sensi della precedente legge, solo le persone fisiche e le società di ingegneria civile potevano essere socie di una società di architetti/ingegneri e solo le persone fisiche che sono socie di tale società e che detengono la maggioranza delle sue quote potevano essere nominate amministratori e rappresentanti della società.

re adottata nel primo semestre del 2021 per tenere conto della sentenza della Corte in materia<sup>26</sup>.

La Commissione prende inoltre atto dei progressi compiuti da *Cipro* nel ridurre i requisiti in materia di partecipazione azionaria. Sebbene in precedenza la partecipazione azionaria a società di architettura fosse interamente riservata ai membri della Camera scientifica e tecnica cipriota (ETEK), le modifiche adottate nel 2017 in risposta alle procedure d'infrazione hanno ridotto i requisiti ad almeno il 51%. Viceversa la Commissione si rammarica del fatto che *Malta* mantenga ancora il requisito del 100% di partecipazione azionaria, nonostante le raccomandazioni del 2017 volte a ridurre tale requisito.

Nonostante gli annunci contenuti nel suo piano d'azione nazionale del 2016, la *Germania* non ha compiuto progressi nell'armonizzazione dei requisiti in materia di partecipazione azionaria/voto a livello nazionale.

La situazione relativa ai requisiti obbligatori in materia di assicurazione professionale rimane invariata dal 2017.

Esistono norme sulle tariffe in sette paesi, perlopiù sotto forma di prezzi raccomandati per tutti o alcuni servizi (*Croazia, Germania, Italia, Lussemburgo, Malta, Polonia e Slovenia*).

Su questo punto, la Commissione prende atto dei progressi compiuti dalla *Germania* nell'attuazione della sentenza della CGUE nella causa C-377/17 *Commissione/Germania*, in quanto la *Germania* ha modificato le sue restrizioni tariffarie applicabili agli architetti e agli ingegneri. Le nuove norme, entrate in vigore il 1° gennaio 2021, hanno mantenuto un elenco di intervalli tariffari, precisando tuttavia che potevano essere utilizzati come base per i prezzi concordati tra le parti contraenti e che le parti potevano scegliere di non seguire l'elenco, mediante accordo scritto. La *Bulgaria* vieta la fornitura di servizi di progettazione sotto il prezzo di costo.

Nove paesi mantengono leggere restrizioni pubblicitarie limitate al divieto di pubblicità comparativa o non conforme alla deontologia professionale.

#### **Raccomandazioni**

Gli *Stati membri* con un'ampia portata di attività riservate dovrebbero riesaminare l'impatto di tali restrizioni.

*Austria, Belgio, Cechia, Francia, Germania, Italia, Romania, Slovacchia, Spagna e Portogallo* dovrebbero considerare l'impatto delle loro restrizioni relative alla partecipazione azionaria e/o forma societaria, oltre ad altri requisiti.

L'*Austria* dovrebbe valutare la proporzionalità delle restrizioni imposte sulle attività multidisciplinari (in attesa dell'adozione della nuova legge in risposta alla sentenza della CGUE).

*Malta* dovrebbe rivedere il requisito secondo cui il 100% delle quote di una società deve essere detenuto da professionisti.

Gli *Stati membri* in cui vige un sistema frammentato di regolamentazione della professione o vi siano obblighi molteplici in materia di certificazione, come *Lettonia, Lituania o Polonia*, dovrebbero riesaminare l'effetto di tali sistemi sulla libera circolazione dei professionisti e chiedersi se i potenziali ostacoli possano essere giustificati.

Gli *Stati membri* che prevedono un obbligo di certificazione professionale per le professioni non regolamentate o che ricorrono ad altri tipi di controlli e contrappesi, in particolare per quanto riguarda l'erogazione di servizi specifici, dovrebbero rivedere la coerenza globale e gli effetti concreti di questo requisito per evitare che diventi una barriera all'accesso alla professione.

La *Lituania* è invitata a riesaminare e comunicare i motivi specifici per cui ritiene che le attestazioni per le "strutture di importanza non eccezionale" siano necessarie e proporzionate.

<sup>26</sup> La Corte ha stabilito che «[l']Austria non ha dedotto alcun argomento concreto per dimostrare che altre misure meno restrittive, come l'adozione di regole di organizzazione interna di una società multidisciplinare, prevista dalla Commissione nella sua argomentazione, non sarebbero idonee a garantire l'imparzialità, l'indipendenza e l'integrità di un [architetto/ingegnere] che svolge la sua attività nell'ambito di una siffatta società».

## II.2. Ingegneri civili

Nel 2021 la situazione generale della regolamentazione della professione di ingegnere civile è sostanzialmente identica al 2017. Come riferito nel 2017, vi sono molte analogie tra gli Stati membri, in particolare nel modo in cui perseguono gli stessi interessi generali nella regolamentazione della professione. Tuttavia l'approccio regolamentare varia ancora da uno Stato membro all'altro.

Sebbene la maggior parte degli Stati membri ritenga che la regolamentazione della professione sia necessaria per garantire la qualità e la sicurezza dei servizi di ingegneria civile, Stati membri come i *Paesi Bassi* o la *Svezia* hanno trovato modalità diverse dalla regolamentazione della professione in senso stretto per garantire la qualità o conseguire gli obiettivi di salvaguardia dell'interesse generale.

Le differenze tra i due approcci possono tuttavia essere meno significative di quanto possa apparire nei casi in cui i paesi che non regolamentano la professione nel senso abituale, ad esempio la *Finlandia* e la *Svezia*, facciano ricorso alla certificazione delle competenze degli ingegneri civili o a una valutazione ad hoc delle competenze o dell'esperienza caso per caso come requisito per la fornitura di servizi specifici da parte degli ingegneri (ad esempio, la presentazione di progetti edili o di domande di autorizzazione ecc.). Per questo motivo nel 2017 la Commissione ha raccomandato agli Stati membri che non regolamentano la professione di rivedere questo modello per evitare che diventi una barriera all'esercizio di tali attività. La Commissione non ha rilevato alcuna modifica della legislazione dei paesi che non regolamentano la professione in risposta a questa raccomandazione e non è a conoscenza di alcuna consultazione al riguardo. (*Omissis*)

Un'altra differenza importante tra gli Stati membri individuata nel 2017 era l'esistenza di sistemi "unitari" e "frammentati". Gli Stati membri con un sistema unitario consentono agli ingegneri civili di svolgere un'ampia gamma di servizi, mentre in altri Stati membri le competenze e/o le responsabilità sono ripartite tra diverse categorie di ingegneri.

Quest'ultimo approccio "frammentato" è adottato, in varia misura, in *Croazia, Cechia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia, Slovacchia e Spagna*. Ad esempio, in *Romania* vi sono quattro professioni regolamentate nella categoria degli ingegneri civili e sei in *Polonia*.

Nel 2017 la Commissione ha raccomandato agli Stati membri in cui vigono sistemi frammentati di regolamentazione della professione o molteplici livelli di obblighi a seconda dell'attività specifica, come la *Lettonia*, di valutare gli effetti dei loro sistemi sulla libera circolazione dei professionisti e chiedersi se i potenziali ostacoli possano essere giustificati.

La *Lettonia* presentava un sistema particolarmente frammentato, con molte specializzazioni diverse e circa 80 tipi di certificati richiesti agli ingegneri civili in una serie di servizi. Nel 2017 la *Lettonia* ha attuato una riforma che ha portato all'eliminazione di una serie di specializzazioni di ingegneria civile (ingegnere civile edile, ingegnere civile per le costruzioni di trasporti, ingegnere civile per le tecnologie di riscaldamento e del gas, ingegnere civile per le tecnologie idriche, ingegnere civile per le costruzioni idrotecniche) e all'inserimento di tali attività nell'elenco dei servizi riservati agli ingegneri civili. Allo stesso tempo, la *Lettonia* ha abrogato i requisiti regolamentari per le figure di tecnico edile, geometra e idrografo. Tuttavia, nonostante queste riforme, in *Lettonia* permangono molteplici requisiti di certificazione in questo settore (76 conteggiati).

A seguito di una riforma del 2017, la *Slovenia* ha ridotto il numero di specializzazioni nel settore dell'ingegneria civile da cinque a due (ingegnere qualificato e coordinatore del cantiere), ma ha introdotto altri requisiti (quali la protezione del titolo per entrambe le professioni e lo sviluppo professionale continuo obbligatorio per gli ingegneri qualificati).

La *Lituania* ha reso la legislazione più rigorosa imponendo un'attestazione specifica per le "strutture di importanza non eccezionale" e sostenendo che, sulla base dell'esperienza passata, ciò è necessario per tutelare gli obiettivi di interesse pubblico. La *Lituania* si è impegnata

a comunicare ulteriori dettagli sui motivi specifici per cui ritiene che tali requisiti siano necessari e proporzionati.

Alla luce di quanto precede, la Commissione si rammarica per l'azione limitata intrapresa su questo fronte. Sebbene l'apertura di determinate attività professionali a una o più professioni regolamentate con requisiti regolamentari meno rigorosi possa avere anche effetti positivi, come indicato nel 2017, la combinazione di sistemi unitari e frammentati può rendere difficile e complesso l'accesso a tali attività e creare ostacoli alla libera circolazione degli ingegneri civili. Sorgono inoltre dubbi in merito alla proporzionalità della regolamentazione nei sistemi frammentati, segnatamente quando una gamma di attività è soggetta a requisiti supplementari. In particolare gli Stati membri dovrebbero valutare l'efficienza dei sistemi che ripartiscono la responsabilità tra diverse categorie di professionisti nella stessa sfera di attività (ad esempio, responsabili della progettazione, responsabili della costruzione e responsabili della supervisione o delle piccole strutture rispetto alle strutture significative) e l'onere derivante dalla necessità di ottenere certificazioni multiple per servizi strettamente correlati.

Le differenze nell'organizzazione della professione si riflettono anche nelle attività riservate, che variano da paese a paese. In generale gli Stati membri riservano principalmente servizi di progettazione e di costruzione. Nel 2017 la Commissione ha raccomandato agli Stati membri che hanno una portata particolarmente ampia di attività riservate come *Austria, Cechia, Italia, Malta, Polonia, Portogallo, Romania e Spagna* di riconsiderare la portata delle stesse. *Malta* è stata invitata a chiarire quali attività sono riservate ai *periti*. La *Spagna* è stata inoltre invitata a riesaminare l'obbligo di ottenere un'autorizzazione dall'organizzazione professionale per alcuni progetti/opere di ingegneria.

Nessuno di questi Stati membri ha tuttavia rivisto le proprie regolamentazioni. Il *Portogallo* ha limitato ulteriormente l'accesso alle attività riservate, sebbene l'autorità portoghese per la concorrenza avesse proposto di ridurre la gamma delle attività riservate mantenendo nel contempo gli standard di qualità e di sicurezza. Il *Portogallo* ha eliminato quasi completamente i diritti acquisiti degli ingegneri i cui diplomi sono elencati nell'allegato VI della direttiva 2005/36/Ce per la realizzazione di progetti architettonici. Tale restrizione ha determinato un'azione esecutiva della Commissione e rimane irrisolta.

Maggiori progressi sono stati compiuti per quanto riguarda i requisiti in materia di partecipazione azionaria nella professione di ingegnere. Nel 2017 la Commissione ha raccomandato a *Cipro* e *Malta* di rivedere il requisito secondo cui il 100% delle quote di una società deve essere detenuto da professionisti. La Commissione ha inoltre invitato *Austria, Germania* e *Slovacchia* a valutare la proporzionalità dei loro requisiti in materia di partecipazione azionaria e, per l'*Austria*, le restrizioni sulle attività multidisciplinari.

Nella causa C-209/18 riguardante, tra l'altro, la partecipazione al capitale e le restrizioni alle attività multidisciplinari per gli ingegneri civili in *Austria*, la Corte di giustizia europea ha stabilito che costituiscono una violazione del diritto dell'UE le restrizioni alla partecipazione al capitale che vanno al di là dell'obbligo per cui la maggioranza semplice delle quote di una società deve essere detenuta da membri della professione. A seguito della sentenza della Corte, l'*Austria* ha modificato la propria legislazione per consentire l'uso di qualsiasi forma giuridica di società. La percentuale di quote che devono essere detenute dai professionisti è limitata alla maggioranza semplice, mentre le quote restanti possono ora essere detenute da qualsiasi altra persona fisica o da società di ingegneria civile stabilite in *Austria* o in un altro Stato membro. Un'ulteriore attenuazione di tali norme e l'eliminazione delle restrizioni alle attività multidisciplinari sono previste nell'ambito di una nuova legge che dovrebbe essere adottata nel primo semestre del 2021.

Sebbene la sentenza fosse indirizzata all'*Austria*, la Corte di giustizia ha stabilito principi generali che si applicano anche ad altri Stati membri. Pertanto tutti gli Stati membri dovrebbero esaminare la propria legislazione alla luce di questa causa.

Anche *Cipro* ha compiuto progressi nel ridurre dal 100% al 51% la percentuale delle



quote che devono essere detenute dai professionisti iscritti all'ordine cipriota degli ingegneri.

Tuttavia a *Malta* la situazione rimane invariata. Il 100% delle quote di una società deve ancora essere detenuto da professionisti. Anche in *Italia* il numero dei soci professionisti e la loro partecipazione al capitale sociale devono costituire una maggioranza di due terzi per l'adozione di decisioni da parte degli azionisti (66,66%).

Nel 2017 circa 14 Stati membri hanno chiesto di aderire a un'organizzazione professionale e 16 Stati membri hanno reso obbligatoria la sottoscrizione di un'assicurazione per la responsabilità civile professionale; la situazione rimane invariata nel 2021.

Dopo le riforme attuate in *Germania* in materia di onorari fissi per architetti e ingegneri ("HOAI") a seguito di un'azione esecutiva e di una sentenza della Corte di giustizia europea, non vi sono più tariffe obbligatorie. La *Bulgaria* vieta i servizi di progettazione sotto il prezzo di costo. La pubblicità comparativa è vietata a *Cipro*, in *Grecia*, in *Italia* e in *Portogallo*. Nel 2021 la *Croazia* ha abolito il divieto totale di pubblicità per gli ingegneri.

#### **Raccomandazioni**

Gli *Stati membri* con un'ampia portata di attività riservate dovrebbero riconsiderare l'impatto di tali restrizioni.

*Malta* dovrebbe chiarire quali attività sono riservate ai *periti*.

La *Spagna* dovrebbe riesaminare l'obbligo di ottenere un'autorizzazione dall'organizzazione professionale per alcuni progetti/lavori.

*Malta* dovrebbe rivedere il requisito secondo cui il 100% delle quote di una società deve essere detenuto da professionisti. *L'Italia* dovrebbe rivedere il requisito secondo cui il numero dei soci professionisti e la loro partecipazione al capitale sociale devono costituire una maggioranza di due terzi.

*Gli Stati membri che prevedono un obbligo di certificazione professionale* per le professioni non regolamentate o che ricorrono ad altri controlli, in particolare per quanto riguarda l'erogazione di servizi di ingegneria specifici, dovrebbero rivedere la coerenza globale e gli effetti concreti di tali requisiti per evitare che diventino una barriera all'accesso alla professione.

*Gli Stati membri in cui vige un sistema frammentato* relativo alla professione o che fissano obblighi molteplici a seconda delle attività specifiche, come la *Lettonia*, dovrebbero valutare l'effetto di tali sistemi sulla libera circolazione dei professionisti e se i potenziali ostacoli possono essere giustificati. Tali Stati membri dovrebbero inoltre valutare l'efficienza e la proporzionalità delle norme che ripartiscono la responsabilità tra diverse categorie di professionisti nella stessa sfera di attività. La *Lituania* è invitata a riesaminare e comunicare i motivi specifici per cui ritiene che le attestazioni per le "strutture di importanza non eccezionale" siano necessarie e proporzionate.

### **II.3. Contabili e consulenti fiscali**

Le attività di contabilità/consulenza fiscale sono svolte da un gruppo di professioni particolarmente diversificato, tra cui contabili, contabili certificati e consulenti fiscali, con notevoli differenze tra gli Stati membri in termini di organizzazione e regolamentazione di tali professioni. Una o più professioni in questo settore sono regolamentate in 19 Stati membri:

- tramite attività riservate e protezione dei titoli (*Austria, Belgio, Croazia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia*); oppure
- con attività riservate (*Bulgaria, Cechia, Ungheria, Irlanda*); oppure
- proteggendo soltanto il titolo professionale (*Paesi Bassi*).

In nove Stati membri (*Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Lettonia, Slovenia, Spagna e Svezia*) nessuna delle professioni del settore è direttamente regolamentata. In

generale gli altri Stati membri giustificano la regolamentazione del settore in base al ruolo che i consulenti fiscali/i contabili svolgono in tutti i sistemi fiscali nell'aiutare i consumatori, le imprese e i contribuenti a rispettare i loro obblighi fiscali.

Nel 2017 la Commissione ha formulato una serie di raccomandazioni applicabili alle professioni di contabile e di consulente fiscale. Tali raccomandazioni si concentravano sull'approccio volto a riservare i compiti meno complessi o di routine esclusivamente a professionisti altamente qualificati, ad esempio la gestione delle buste paga o la preparazione delle dichiarazioni dei redditi standard, nonché su un'ampia gamma di attività riservate. La Commissione ha inoltre esortato singoli Stati membri a eliminare gli obblighi di residenza e a riesaminare la proporzionalità della fissazione di requisiti in materia di partecipazione azionaria e di norme di incompatibilità.

Sulla base delle informazioni disponibili, dal 2017 sono state adottate solo poche riforme. La Commissione si rammarica per l'adozione limitata delle raccomandazioni relative alle professioni di contabile e consulente fiscale, nonostante il potenziale impatto positivo che le riforme potrebbero avere sulla competitività e sull'apertura all'innovazione.

La digitalizzazione nel settore dei servizi ha creato opportunità per modelli aziendali innovativi. I servizi di contabilità e di consulenza fiscale hanno un notevole potenziale per sfruttare questo sviluppo. Gli strumenti e gli algoritmi informatici a sostegno delle attività professionali non solo riducono i costi ma anche la complessità di una serie di compiti. Il fatto di riservare tali compiti, e in generale i compiti meno complessi o meccanici, solo a professionisti altamente qualificati meriterebbe pertanto una nuova valutazione. Il panorama normativo in tutta l'UE dovrebbe essere adattato per consentire una facile adozione, lo sviluppo di soluzioni digitali e la creazione di modelli aziendali innovativi e incentrati sull'utente per permettere ai consumatori e alle imprese di beneficiare degli sviluppi attuali e futuri.

In generale, le riforme attuate a partire dal 2017 sono state poco ambiziose e in parte innescate dall'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della CGUE.

La *Germania* ha modificato le proprie norme per i consulenti fiscali per dare esecuzione alla sentenza nella causa C-342/14, ma non ha dato seguito alle raccomandazioni sulle attività riservate e sulle restrizioni alla partecipazione azionaria.

Tra gli altri sviluppi positivi, il *Belgio* ha sostituito le quattro precedenti professioni contabili con due nuove professioni. Ha notevolmente ridotto il livello di restrizioni eliminando i restanti requisiti in materia di forma giuridica e di partecipazione azionaria per entrambe le professioni. Il *Belgio* ha inoltre modificato le proprie norme sulle attività incompatibili e sull'esercizio congiunto della professione contabile per dare esecuzione alla sentenza nella causa C-384/18. Le nuove professioni possono ora fornire servizi multidisciplinari purché non compromettano l'indipendenza, l'imparzialità e il segreto professionale.

Una riforma attuata nel 2017 in *Austria* ha aumentato le possibilità per i professionisti di cooperare con altri professionisti autonomi in relazione a compiti e contratti specifici, ma ha anche introdotto un nuovo obbligo di sviluppo professionale continuo.

In *Croazia* è stata adottata una riforma di più ampio respiro che abolisce l'obbligo di residenza e le restrizioni alla forma giuridica, che avevano impedito ai consulenti fiscali di costituire una società a responsabilità limitata. La *Croazia* ha deciso di non ampliare la portata delle attività riservate come inizialmente previsto e di continuare a non regolamentare la professione di contabile. I consulenti fiscali possono ora partecipare anche a una società multidisciplinare che fornisce anche servizi diversi dalla consulenza fiscale, a condizione che siano soddisfatti i requisiti in materia di partecipazione azionaria, diritti di voto e consiglio di amministrazione. Infine, la Croazia non vieta più ai consulenti fiscali di svolgere altri tipi di attività professionali.

Nel 2019 la *Francia* ha ampliato e chiarito le attività che possono essere svolte dai contabili. I professionisti possono ora gestire il pagamento e il recupero dei crediti per conto del loro cliente e possono ora rappresentare i propri clienti dinanzi alle autorità fiscali e agli enti di previdenza sociale. Compiti meno complessi, come l'elaborazione elettronica delle re-

gistrazioni contabili, possono essere svolti da persone diverse dai contabili (ad esempio, i dipendenti di una società), a condizione che alla fine siano convalidati da un contabile. La Francia ha inoltre abolito il divieto di svolgere attività commerciali per i contabili che sono anche revisori dei conti. (*Omissis*)

Alcuni Stati membri riservano sia le attività di consulenza fiscale che le attività di contabilità (spesso condivise con altri professionisti, ad esempio in *Austria, Cechia, Francia*<sup>29</sup>, *Ungheria* e *Romania*). *Belgio, Bulgaria, Italia, Irlanda, Grecia, Lussemburgo, Malta* e *Portogallo* riservano alla professione contabile solo le attività di contabilità, ossia la tenuta dei libri contabili/la redazione di bilanci consolidati. *Croazia, Germania, Polonia* e *Slovacchia* riservano a una professione regolamentata soltanto i servizi di consulenza fiscale.

Il *Belgio* e la *Romania* prevedono rispettivamente una e due professioni contabili, oltre alla professione di consulente fiscale. *Italia, Grecia* e *Lussemburgo* prevedono due professioni contabili, mentre in *Austria* vi sono tre diverse professioni contabili oltre alla professione di consulente fiscale. Per alcuni di questi Stati membri, la distinzione tra le attività riservate delle singole professioni e la loro portata generale non è molto chiara o coerente.

Alcuni Stati membri, ad esempio *Austria, Francia, Germania, Italia* e *Portogallo*, prescrivono il divieto di esercizio congiunto delle attività e autorizzano la collaborazione soltanto con un numero limitato di professioni, ad esempio nel settore giuridico o contabile.

In *Austria*, i consulenti fiscali hanno a disposizione solo un numero limitato di forme giuridiche. In *Germania*, i consulenti fiscali possono scegliere di costituirsi sotto qualsiasi forma giuridica, ma i membri del consiglio di amministrazione o gli amministratori delegati devono essere consulenti fiscali, avvocati, revisori dei conti, revisori contabili giurati o agenti fiscali. Almeno un consulente fiscale che sia un membro del consiglio di amministrazione, un amministratore delegato o un socio personalmente responsabile deve avere la propria sede professionale presso la sede della società o nelle sue vicinanze. In *Croazia* e *Lussemburgo*, la maggioranza degli amministratori o dei membri del consiglio di amministrazione devono essere professionisti. In *Francia*, almeno un membro della professione che esercita in una società multiprofessionale come socio o dipendente deve far parte del consiglio di amministrazione o di sorveglianza. In *Polonia*, la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione devono essere consulenti fiscali e, se il consiglio di amministrazione è composto da non più di due persone, una di esse deve essere un consulente fiscale.

*Austria, Belgio, Croazia, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo, Romania* e *Slovacchia* richiedono che almeno il 50% delle quote e/o dei diritti di voto sia detenuto da professionisti. In *Austria*, per la professione di consulente fiscale, i professionisti di altri Stati membri non possono detenere più del 25% delle quote e dei diritti di voto.

#### **Raccomandazioni**

*Tutti gli Stati membri che disciplinano le professioni del settore* dovrebbero riconsiderare il fatto di riservare compiti meno complessi quali la gestione delle buste paga o la preparazione delle dichiarazioni dei redditi standard a professionisti altamente qualificati, in particolare alla luce degli sviluppi della digitalizzazione nel settore.

*Grecia, Italia* e *Romania* dovrebbero chiarire la portata delle attività riservate e valutare la coerenza delle attività riservate e la distribuzione tra le molteplici professioni regolamentate nel settore.

*Croazia, Germania, Francia, Lussemburgo* e *Polonia* dovrebbero rivedere le loro restrizioni per quanto riguarda la composizione dei consigli di amministrazione e/o degli amministratori delegati.

<sup>29</sup> In *Francia*, la consulenza fiscale è riservata agli avvocati, ma gli esperti contabili possono fornire consulenza fiscale ai loro clienti se si tratta di un'attività accessoria alla loro principale attività contabile. Anche i revisori dei conti e i notai possono fornire consulenza fiscale se è connessa alle loro attività.

*Austria, Belgio, Croazia, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo, Romania e Slovacchia* dovrebbero valutare la proporzionalità dei requisiti in materia di partecipazione azionaria e/o diritti di voto.

L'*Austria* dovrebbe rivedere le restrizioni in materia di partecipazione azionaria e di diritto di voto per i professionisti di altri Stati membri.

L'*Austria* dovrebbe altresì rivedere le sue restrizioni relative alle forme giuridiche a disposizione dei consulenti fiscali.

*Austria, Germania, Italia, Portogallo e Francia* dovrebbero valutare la proporzionalità delle loro restrizioni all'esercizio congiunto delle attività.

#### II.4. Avvocati

Gli approcci nazionali alla regolamentazione della professione di avvocato sono piuttosto uniformi tra gli Stati membri, nel senso che tutti gli Stati membri regolamentano la professione mediante attività riservate e protezione dei titoli<sup>30</sup>. A livello dell'UE, la direttiva 98/5/Ce e la direttiva 77/249/Cee facilitano la mobilità degli avvocati in tutta l'UE. (*Omissis*)

Nel 2017 la Commissione ha formulato una serie di raccomandazioni per la professione di avvocato. Ha invitato gli Stati membri a riesaminare la portata delle attività riservate agli avvocati e a valutare gli effetti cumulativi dei requisiti in materia di forma giuridica, partecipazione azionaria e società di persone per gli avvocati. La Commissione ha inoltre esortato gli Stati membri a eliminare i rimanenti obblighi di cittadinanza o residenza.

Sulla base delle informazioni disponibili, a partire dalla formulazione delle raccomandazioni di riforma nel 2017 sono state adottate solo poche riforme. Finora non è stata adottata alcuna riforma per quanto riguarda la portata delle attività riservate agli avvocati in connessione allo sviluppo dell'economia digitale e all'emergere di nuovi fornitori con l'ascesa della tecnologia legale. Tuttavia, per quanto riguarda le forme giuridiche a disposizione degli avvocati e degli studi legali, alcuni Stati membri hanno ampliato la portata delle possibilità esistenti. Nel 2020 l'*Austria* ha adottato una riforma per autorizzare tutte le forme giuridiche di esercizio per gli avvocati e gli studi legali, ad eccezione delle società per azioni. Dal 2017 l'*Italia* autorizza gli avvocati a costituire società di persone multiprofessionali e ammette la partecipazione negli studi legali di soggetti senza titolo di avvocato, a condizione che il 66% delle quote sia detenuto da avvocati. L'*Irlanda* ha separato l'autorità di regolamentazione degli avvocati dall'organo di rappresentanza e ha consentito alle società di persone formate da avvocati di operare come società a responsabilità limitata.

Altri Stati membri hanno adottato o sono in procinto di adottare riforme a seguito di azioni esecutive:

- la *Slovenia* ha abrogato il requisito della cittadinanza per gli avvocati dell'UE abilitati in Slovenia;
- *Cipro* ha abrogato il requisito della residenza per gli avvocati dell'UE;
- l'*Italia* sta per abolire l'obbligo per gli avvocati di trattare almeno cinque cause all'anno;
- la *Grecia* ha modificato la propria legislazione per riconoscere la formazione e l'esperienza acquisite in un altro Stato membro ai fini dell'accesso ai tirocini giudiziari;

<sup>30</sup> Grazie alle analogie nella regolamentazione della professione, in particolare per quanto concerne la protezione del titolo professionale, gli avvocati beneficiano di due specifiche direttive, una che dà la possibilità di prestare servizi su base temporanea o occasionale a chi detiene il titolo professionale d'origine (direttiva 77/249/Cee) e l'altra che dà possibilità di stabilirsi in via permanente in un altro Stato membro con il titolo professionale d'origine (direttiva 98/5/Ce). Sebbene queste due direttive non specifichino le attività riservate alla professione in generale, esse fanno riferimento alle "attività di avvocato" quali attività che riguardano la rappresentanza di un cliente in giudizio o dinanzi alle autorità pubbliche, oltre alla consulenza giuridica.

- la *Francia* ha adottato nel 2021 un decreto che consente agli avvocati della Corte suprema di altri Stati membri che esercitano con il proprio titolo professionale d'origine di accedere a tali attività in Francia;
- la *Croazia* è in procinto di adottare una riforma riguardante le condizioni applicabili agli avvocati e agli studi legali stranieri;
- la *Spagna* è in procinto di adottare una riforma riguardante i *procuradores* che abroghebbe le tariffe fisse, consentirebbe società di persone multidisciplinari tra avvocati e *procuradores* e creerebbe un percorso di studi unico per avvocati e *procuradores*.

Le norme che disciplinano l'accesso e l'esercizio della professione forense sono tra le più rigorose nel settore dei servizi per le imprese. In termini di qualifiche, un titolo di istruzione superiore con una laurea in giurisprudenza è richiesto in tutti gli Stati membri, seguito da un tirocinio obbligatorio o da qualifiche professionali supplementari e dall'esame di abilitazione all'esercizio della professione. La durata complessiva minima dell'istruzione e della formazione per accedere alla professione varia tra 5,5 anni (ad esempio *Francia, Grecia, Portogallo, Spagna*) e 9 anni (ad esempio *Finlandia, Slovenia*). Lo sviluppo professionale continuo è obbligatorio nella maggior parte degli Stati membri, ad eccezione di *Cechia, Grecia, Malta, Slovacchia* e *Spagna*, dove è volontario.

Tutti gli Stati membri riservano agli avvocati attività relative alla rappresentanza di un cliente dinanzi alle autorità giudiziarie, sebbene alcuni consentano di condividere l'attività con altre professioni forensi. A *Malta* sia gli *advocates* sia i *legal procurators* sono in grado di rappresentare i clienti dinanzi ai tribunali di grado inferiore. La *Spagna* condivide la rappresentanza dinanzi alla Corte tra *abogados* (difesa del cliente) e *procuradores* (rappresentanza tecnica e notifica dei documenti agli organi giurisdizionali). In *Polonia*, sia i giuristi (consulenti legali) sia gli avvocati possono rappresentare i clienti dinanzi ai tribunali<sup>32</sup>. In *Irlanda*, i *solicitors* rappresentano il cliente nei tribunali di grado inferiore, mentre i *barristers* forniscono consulenza ai *solicitors* e possono dibattere cause in tutti i tribunali<sup>33</sup>.

Alcuni Stati membri impongono ulteriori requisiti per la qualifica professionale per poter patrocinare dinanzi agli organi giurisdizionali superiori (*Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Grecia, Italia* e *Paesi Bassi*). Inoltre alcuni di questi paesi (ad esempio *Belgio, Francia* e *Germania*) hanno imposto restrizioni quantitative al numero di uffici disponibili per poter patrocinare dinanzi alle corti supreme. Dal 2017 la *Francia* ha progressivamente aumentato il numero di uffici disponibili e nel 2021 ha adottato un decreto che, a determinate condizioni, consente l'accesso a tali attività agli avvocati di altri Stati membri che esercitano con il proprio titolo professionale d'origine.

In molti Stati membri si sono stabiliti nuovi fornitori che prestano servizi legali utilizzando algoritmi e soluzioni di apprendimento automatico. Questi sviluppi sono oggetto di intensi dibattiti e hanno dato luogo a procedimenti giudiziari in merito alla difficoltà di determinare cosa costituisca una consulenza legale in settori quali la prestazione di consulenze online, il recupero dei crediti e la redazione automatizzata di documenti. Al tempo stesso, questi sviluppi hanno stimolato la richiesta da parte della professione forense di adeguare il quadro regolamentare per facilitare l'adozione di tali soluzioni di tecnologia legale. In *Germania*, i disegni di legge del governo mirano a promuovere l'offerta sul mercato di servizi legali a misura di consumatore attraverso l'apertura di determinati servizi legali agli operatori della tecnologia legale e la contestuale garanzia della parità di condizioni tra avvocati e fornitori di servizi di recupero crediti.

La maggior parte degli Stati membri impone rigorose norme di incompatibilità e restrizioni multidisciplinari<sup>34</sup>. Tutti gli Stati membri dispongono di una norma generale per evitare

<sup>32</sup> Solo i giuristi possono operare nell'ambito di un rapporto di lavoro, gli avvocati no.

<sup>33</sup> Un cliente non può rivolgersi direttamente a un *barrister*; ciò deve avvenire tramite un *solicitor*.

<sup>34</sup> Cfr. causa C-309/99 *Wouters*.

conflitti di interessi o di norme dettagliate sull'incompatibilità che vietano l'esercizio di alcune attività, come le attività commerciali o il lavoro dipendente, ad eccezione di quelle espressamente autorizzate (ad esempio, l'insegnamento o la ricerca). Le restrizioni multidisciplinari vanno dal divieto assoluto (ad esempio in *Cechia, Lettonia, Lituania*) all'autorizzazione di determinate attività multidisciplinari con un numero limitato di professioni (*Francia, Germania e Paesi Bassi*). In *Estonia*, gli avvocati possono partecipare alla gestione di un'impresa se tale partecipazione è compatibile con le attività professionali di un *advokaat* e non pregiudica l'indipendenza dell'avvocato. In *Francia*, i professionisti possono costituire una *société pluriprofessionnelle d'exercice* che raggruppa diverse professioni forensi e contabili. In *Belgio*, gli avvocati sono autorizzati a organizzare determinate forme di cooperazione con una gamma limitata di altre professioni, ma non sono autorizzati a farlo sotto forma di società a responsabilità limitata.

Per quanto riguarda le forme giuridiche autorizzate di esercizio per gli avvocati, molti Stati membri ammettono un'ampia gamma di forme giuridiche ma escludono determinate forme (come le società per azioni in *Austria*, le forme commerciali in *Francia*, mentre il *Belgio* prevede una restrizione che vieta di negoziare le quote in borsa). Le società di persone sono ammesse, in linea di principio, e in molti Stati membri i servizi professionali possono anche essere forniti sotto forma di società professionale. Un certo numero di paesi consente agli avvocati di costituire una società a responsabilità limitata, ad esempio, *Austria, Belgio, Cipro, Finlandia, Francia e Germania*. Nel novembre 2019 l'*Irlanda* ha introdotto regolamenti per consentire alle società di persone formate da *solicitors* di costituirsi come società a responsabilità limitata. A seguito di una riforma del 2020, l'*Austria* ha ampliato la gamma di forme giuridiche disponibili per gli studi legali, ad eccezione delle società per azioni. Tuttavia nella maggior parte degli Stati membri non è possibile costituire società a responsabilità limitata per gli avvocati.

La possibilità di costituire uno studio legale in una forma giuridica specifica è strettamente legata ai requisiti in materia di partecipazione azionaria e di diritti di voto. La grande maggioranza degli Stati membri richiede che tutte le quote siano detenute da avvocati. In alcuni Stati membri vi sono inoltre limitazioni per quanto riguarda il numero di studi legali di cui un avvocato può essere socio, ad esempio in *Estonia* o in *Ungheria* un avvocato può essere socio di una sola società di avvocati. Un numero limitato di Stati membri ammette la partecipazione negli studi legali di soggetti senza titolo di avvocato. La proprietà di società da parte di soggetti senza titolo di avvocato è prevista in *Spagna* (fino al 49%<sup>35</sup>), come anche in *Francia* ma solo per le professioni forensi e contabili, in *Italia* (fino al 34%), in *Polonia* (ma solo per le professioni forensi) e nei *Paesi Bassi* (ma solo per notai/consulenti in proprietà industriale e consulenti fiscali). In *Germania*, oltre il 50% delle quote di una società deve essere detenuto da avvocati e solo altre figure professionali del settore legale o contabile possono essere azionisti. In *Danimarca* e *Svezia*, al massimo il 10% delle quote può essere detenuto da soggetti senza titolo di avvocato. Nessuno Stato membro consente una partecipazione puramente finanziaria. In *Germania*, una proposta di riforma del gennaio 2021 propone di derogare ai requisiti di maggioranza per il consiglio di amministrazione delle società tra avvocati<sup>36</sup>, di ammettere le società unipersonali a responsabilità limitata e di consentire a tutti gli esercenti libere professioni di costituire una società insieme agli avvocati e di essere soci.

Nella stragrande maggioranza degli Stati membri, gli avvocati possono pubblicizzare i loro servizi, a condizione che le comunicazioni rispettino la deontologia professionale. Tuttavia in *Bulgaria, Croazia, Malta, Polonia e Slovenia* gli avvocati sono ancora soggetti a un divieto totale, in violazione dell'art. 24 della direttiva 2006/123/Ce.

Il libero accordo sull'importo degli onorari tra l'avvocato e il cliente sembra essere la norma nella maggior parte degli Stati membri. Tuttavia in *Bulgaria, Croazia, Cipro, Grecia e Polonia*

<sup>35</sup> Quando la professione non è considerata incompatibile con la professione di avvocato.

<sup>36</sup> Ad eccezione delle società che desiderano detenere il titolo di *Rechtsanwaltsgesellschaft*.

gli avvocati devono seguire tariffe fisse o minime. La *Croazia* sta introducendo la possibilità di derogare a tali onorari minimi fissi mediante accordo scritto tra il cliente e l'avvocato. Una modifica legislativa in corso in *Spagna* eliminerà le tariffe minime per i *procuradores*.

#### **Raccomandazioni**

*Tutti gli Stati membri* che riservano la prestazione di consulenza legale esclusivamente agli avvocati dovrebbero garantire che i servizi legali possano evolvere e innovarsi con lo sviluppo delle soluzioni digitali, senza essere ostacolati da una portata eccessivamente ampia di attività riservate. La *Bulgaria* dovrebbe mantenere un regime aperto per i servizi legali.

*Tutti gli Stati membri* dovrebbero valutare i requisiti in materia di forma giuridica e di partecipazione azionaria, le norme di incompatibilità e le restrizioni multidisciplinari, tenendo conto in particolare della necessità di innovazione e di diffusione delle soluzioni digitali e dei modelli aziendali emergenti. L'*Irlanda* dovrebbe adottare tutte le misure di attuazione previste dalla legge del 2015 sulla regolamentazione dei servizi legali per consentire agli avvocati di fornire servizi multidisciplinari.

Il *Belgio* e la *Germania* dovrebbero introdurre maggiore trasparenza e riesaminare la proporzionalità delle norme in materia di accesso per gli avvocati che intendono esercitare dinanzi alle rispettive corti supreme e in particolare chiarire le norme applicabili agli avvocati dell'UE. La *Germania* dovrebbe rivedere la necessità di mantenere limiti minimi di età per l'esercizio della professione dinanzi alla Corte di giustizia federale (*Bundesgerichtshof*) rispetto a misure che sembrano più adatte per conseguire gli obiettivi perseguiti, come l'esperienza professionale.

*Bulgaria, Croazia, Malta, Polonia e Slovenia* dovrebbero eliminare tutti i divieti totali di comunicazione commerciale per gli avvocati.

#### **II.5. Consulenti in proprietà industriale**

La professione del consulente in proprietà industriale<sup>37</sup> è regolamentata in tutti gli Stati membri tranne due, ossia solo *Danimarca* e *Malta* non regolamentano questo servizio alle imprese<sup>38</sup>. (*Omissis*)

Sebbene l'esigenza di disporre delle competenze necessarie per le leggi in materia di proprietà intellettuale, spesso molto complesse, e per gli aspetti tecnici delle innovazioni, nonché la volontà di proteggere i clienti (ad esempio i titolari dei diritti) da un trattamento improprio delle procedure possano costituire validi motivi per regolamentare la professione, le norme in materia di accesso e di esercizio della professione devono essere proporzionate. Nel 2017 la Commissione ha pertanto formulato una serie di raccomandazioni per la professione di consulente in proprietà industriale, incentrate sulla portata delle attività riservate: molteplici livelli delle misure di regolamentazione, come misure che richiedono più anni di esperienza professionale o di formazione professionale in aggiunta agli obblighi di formazione di base; requisiti in materia di partecipazione azionaria e restrizioni all'esercizio in comune con altre professioni; nonché restrizioni applicabili alle situazioni transfrontaliere.

Inoltre, in una causa relativa alle norme sui consulenti in proprietà industriale in *Austria*, la Corte di giustizia europea ha stabilito che un requisito in materia di sede legale nonché le

<sup>37</sup> In alcuni Stati membri i consulenti in proprietà industriale sono denominati avvocati esperti in proprietà industriale (ad esempio in *Austria* e *Germania* *Patentanwälte*).

<sup>38</sup> Dovrebbe altresì essere menzionata l'esistenza della qualifica di mandatario per i brevetti europei sulla base della Convenzione sul brevetto europeo, firmata da tutti gli Stati membri dell'UE. Tale qualifica consente al professionista di utilizzare il suddetto titolo per la rappresentanza dinanzi all'Ufficio europeo dei brevetti. Tuttavia tale qualifica non consente l'esercizio della professione di consulente in proprietà industriale nei paesi firmatari che disciplinano tale professione.

norme sulla partecipazione azionaria e le norme multidisciplinari violavano gli artt. 14, 15 e 25 della direttiva sui servizi<sup>40</sup>.

Sulla base delle informazioni disponibili, a partire dalle raccomandazioni del 2017 sono state attuate in varia misura riforme in *Austria, Belgio, Estonia, Germania, Grecia, Ungheria, Lituania, Lettonia e Polonia*.

L'*Austria* ha attuato una riforma nel 2019, tenendo conto di alcune delle raccomandazioni quali l'attenuazione dei requisiti di istruzione e una lieve riduzione della durata dell'esperienza professionale pregressa richiesta. Ha inoltre mitigato le norme in materia di partecipazione azionaria, abolito le norme sui diritti di voto e revocato alcune restrizioni all'esercizio in comune con altre professioni. Nel maggio 2021 l'*Austria* ha adottato ulteriori modifiche per conformarsi alla summenzionata sentenza della Corte.

Anche l'*Ungheria* ha recentemente liberalizzato le norme relative alle restrizioni per le quali la Commissione aveva raccomandato di effettuare una valutazione della proporzionalità. Laddove nelle società professionali il 75% delle quote doveva essere detenuto da consulenti in proprietà industriale, l'*Ungheria* ha ridotto tale obbligo alla detenzione di "più del 50%". Per quanto riguarda gli uffici dei consulenti in proprietà industriale, essa ha ridotto il requisito della partecipazione azionaria al 100%, limitandolo all'obbligo per cui solo una delle persone fisiche che possono essere socie deve essere un consulente in proprietà industriale e responsabile dell'ufficio. In entrambi i casi, due terzi dei voti devono ancora essere detenuti da consulenti in proprietà industriale. L'*Ungheria* ha modificato le norme che disciplinano la capacità di fornire servizi multidisciplinari, attenuando il divieto di prestare altri servizi.

La *Polonia* ha modificato le norme sulle tariffe a seguito di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione e ha abolito le tariffe minime.

Infine, a seguito di un'azione esecutiva da parte della Commissione, la *Germania* ha recepito la direttiva 2013/55/UE affinché la professione di consulente in proprietà industriale sia conforme al diritto dell'UE.

Alcuni paesi hanno deciso di varare nuove norme, tra cui la *Lettonia* e la *Grecia*, che hanno introdotto la professione di consulente in proprietà industriale. Mentre in *Lettonia* la professione non era precedentemente regolamentata, in *Grecia* il deposito di brevetti e marchi prima della riforma era riservato agli avvocati che avevano anche il diritto esclusivo di fornire consulenza legale, anche su questioni relative ai brevetti e al diritto dei marchi. Le attività riservate sono pertanto ora ripartite tra gli avvocati e la nuova professione di consulente in proprietà industriale.

Una nuova legge in *Belgio* ha introdotto requisiti supplementari, quali la protezione del titolo, l'iscrizione obbligatoria legata alle quote di iscrizione, l'assicurazione obbligatoria e gli obblighi di sviluppo professionale continuo. Sebbene alcune parti di questa nuova legge siano entrate in vigore il 2 dicembre 2020, le disposizioni che disciplinano i requisiti supplementari non sono ancora in vigore in quanto richiedono l'adozione di un regio decreto.

L'*Estonia* ha inoltre aggiunto nuovi requisiti, con un aumento dei requisiti in materia di istruzione, una nuova iscrizione obbligatoria all'ordine con obblighi di sviluppo professionale continuo e la protezione del titolo per i membri dell'ordine. Il requisito di avere un'esperienza professionale piuttosto lunga di quattro anni è rimasto invariato.

Pur rivedendo i propri requisiti relativi alla qualifica per gli amministratori di brevetti (*patentinis patiketinis*) e riducendo l'obbligo dell'esperienza professionale pregressa, la *Lituania* ha contemporaneamente introdotto la protezione del titolo, l'iscrizione obbligatoria a un ordine professionale, l'obbligo di sviluppo professionale continuo e l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile professionale.

La portata delle attività riservate varia da uno Stato membro all'altro e alcuni Stati membri mantengono una portata piuttosto ampia. Ciò vale in particolare per *Austria, Estonia* e

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia europea del 29 luglio 2019, causa C-209/18, *Commissione/Austria*.



*Ungheria.* Le riserve riguardano la consulenza e la rappresentanza presso l'Ufficio dei brevetti o altre autorità amministrative, la redazione di documenti in materia di proprietà intellettuale e la rappresentanza dei clienti dinanzi ai tribunali nei casi di proprietà intellettuale (anche se in *Austria* tali servizi possono essere prestati sia dagli avvocati sia dai notai). In *Estonia*, i consulenti in proprietà industriale sono altresì competenti ad autenticare le traduzioni e le copie dei documenti relativi alla proprietà industriale da presentare alle autorità (servizi questi che possono essere prestati anche dai notai e dai traduttori giurati).

A *Cipro*, dove non esiste una professione autonoma di consulente in proprietà industriale, tali servizi sono riservati esclusivamente agli avvocati.

In molti Stati membri è richiesta un'esperienza professionale pregressa, ma la durata varia da 2 anni (*Bulgaria*) a 6,5 anni (*Austria*). In alcuni Stati membri (*Belgio, Germania, Ungheria, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Polonia*) è richiesto un tirocinio svolto sotto la supervisione di un consulente in proprietà industriale. La durata totale dell'istruzione richiesta varia dai 3 anni del *Portogallo* (che non prevede l'obbligo di un tirocinio né dell'esperienza pregressa) ai 7 anni della *Germania* (dove è previsto anche un tirocinio di 3 anni). L'obbligo di più anni di esperienza professionale e di formazione deve essere valutato alla luce del fatto che i servizi possono essere forniti, ad esempio, anche dagli avvocati senza bisogno di una specializzazione in diritto della proprietà intellettuale.

Diversi Stati membri hanno stabilito requisiti in materia di partecipazione azionaria. *Cipro* richiede che il 100% dei soci di uno studio legale siano avvocati, e questo riguarda anche i servizi dei consulenti in proprietà industriale. In *Germania e Polonia* almeno il 50% delle quote deve essere detenuto da professionisti.

*L'Ungheria* mantiene (anche se ha leggermente rivisto) il divieto di esercitare la professione di consulente in proprietà industriale con altre professioni, mentre *Estonia* e la *Germania* limitano l'esercizio congiunto alle sole professioni legali o contabili.

La *Slovacchia* mantiene il requisito per i titolari di diplomi di altri Stati membri di sottoporsi a una procedura di riconoscimento accademico in luogo del riconoscimento delle loro qualifiche professionali prima di poter esercitare tale professione in Slovacchia. La legislazione slovacca prevede la procedura di riconoscimento accademico per l'accesso alle professioni non regolamentate da parte di titolari di diplomi stranieri.

#### **Raccomandazioni**

La *Slovacchia* dovrebbe assicurare che la procedura di riconoscimento applicata ai titolari di diplomi di studio stranieri che intendono accedere alla professione di assistente mandatario abilitato in materia di brevetti soddisfi le disposizioni del TFUE in materia di libera circolazione dei lavoratori e di non discriminazione, e che sia conforme alla giurisprudenza applicabile.

La *Germania* dovrebbe riconsiderare la necessità di prevedere più livelli di requisiti relativi alla qualifica, per esempio nel caso di misure che richiedono più anni di esperienza o formazione professionale in aggiunta alla formazione di base, e dovrebbe cercare di offrire soluzioni alternative per il conseguimento delle qualifiche.

*Austria, Estonia e Lettonia* dovrebbero rivalutare la condizione dell'esperienza professionale pregressa come requisito per l'accesso alla professione di consulente in proprietà industriale.

*Austria, Estonia e Ungheria* dovrebbero valutare la portata delle attività riservate per i consulenti in proprietà industriale.

*Cipro* dovrebbe valutare la proporzionalità delle misure che riservano le attività concernenti la proprietà industriale unicamente agli avvocati.

*Estonia, Germania e Ungheria* dovrebbero valutare la proporzionalità delle restrizioni concernenti l'esercizio della professione di consulente in proprietà industriale in parallelo con altre professioni.

La *Germania* e la *Polonia* dovrebbero valutare la proporzionalità dei requisiti in materia di partecipazione azionaria.

## II.6. Agenti immobiliari

Con la possibile eccezione dei paesi nordici<sup>41</sup>, la natura e la complessità dei compiti normalmente svolti dagli agenti immobiliari nei paesi dell'UE sono molto simili. Tali compiti si concentrano sull'intermediazione tra acquirenti e venditori di beni immobili, compresa la fornitura di consulenza (legale) su alcuni aspetti dell'operazione. Nonostante queste analogie, i paesi dell'UE hanno adottato approcci molto diversi per quanto riguarda l'eventualità e la modalità di regolamentare la professione di agente immobiliare.

Nel 2017 solo 14 Stati membri hanno ritenuto necessario regolamentare l'accesso alla professione<sup>42</sup>. I paesi che non regolamentano la professione utilizzano altri mezzi per tutelare gli interessi dei consumatori, quali la legislazione generale sulla protezione dei consumatori e il diritto civile e penale. Inoltre i sistemi di autoregolamentazione e di certificazione volontaria fungono da alternativa alla regolamentazione in alcuni paesi (*Germania, Estonia, Lituania, Paesi Bassi e Polonia*).*(Omissis)*

Le ampie differenze tra gli Stati membri nel livello del carattere restrittivo hanno indotto la Commissione europea a interrogarsi sulla legittimità e sulla proporzionalità di alcuni degli approcci più restrittivi. Nel 2017 la Commissione ha formulato una serie di raccomandazioni per la professione di agente immobiliare, concentrandosi in particolare sulle attività riservate in via esclusiva, sui requisiti relativi alla durata della formazione obbligatoria ai fini della qualifica, sulla mancanza di percorsi alternativi per accedere alla professione, sulle restrizioni in materia di partecipazione azionaria e di diritti di voto, sulle norme di incompatibilità, sulla regolamentazione regionale e sulla necessità di un riconoscimento accademico dei diplomi.

Purtroppo il seguito dato a queste raccomandazioni è stato molto limitato e la maggior parte degli Stati membri non ha compiuto alcuno sforzo concreto per rivalutare la proporzionalità dei requisiti. Al contrario, alcuni Stati membri hanno scelto di inasprire la regolamentazione.

Due Stati membri, *Malta* e la *Cechia*, hanno recentemente iniziato a regolamentare l'accesso alla professione. Finora queste professioni recentemente regolamentate non sono state notificate nella banca dati delle professioni regolamentate e gli Stati membri interessati non hanno comunicato i risultati di alcuna valutazione preliminare della proporzionalità basata sul quadro stabilito nella direttiva relativa a un test della proporzionalità. La decisione di introdurre una nuova regolamentazione sembra tanto più sorprendente a *Malta*, che secondo il quadro di valutazione dei mercati al consumo del 2016 è risultata avere il mercato immobiliare più efficiente di tutta l'UE<sup>44</sup>.

Nel 2018 la *Francia* ha introdotto una legislazione per proteggere il titolo di agente immobiliare.

Mentre la *Germania* ha abbandonato i suoi piani di regolamentazione per gli agenti immobiliari, la *Romania* sembra intenzionata a regolamentare l'accesso alla professione.

Per quanto riguarda l'istruzione, la maggior parte dei paesi continua a richiedere una formazione di circa 2-3 anni, che può dover essere integrata da un tirocinio e/o da un'esperienza di lavoro e/o dal superamento di un esame. Al polo opposto vi sono invece paesi come la *Croazia*, la *Finlandia*, l'*Ungheria*, l'*Italia* e *Malta* che non prevedono requisiti particolarmente elevati in materia di qualifiche. Ad eccezione di *Croazia*, *Finlandia*, *Ungheria*, *Italia* e *Svezia*, la maggior parte dei paesi dispone di percorsi alternativi per ottenere le qualifiche richieste.

Nel marzo 2020 *Cipro* ha adottato una circolare secondo la cui interpretazione il diritto nazionale impone a qualsiasi persona fisica collegata a un'agenzia immobiliare di essere un

<sup>41</sup> In questi paesi non vi è di norma alcun intervento obbligatorio da parte di un notaio o di un avvocato nel processo di passaggio di proprietà e gli agenti immobiliari possono occuparsi dell'intero processo, anche della fase di trasferimento dell'atto e di pagamento.

<sup>42</sup> In Spagna esiste una regolamentazione regionale dei servizi degli agenti immobiliari.

<sup>44</sup> *Consumer Market Scoreboard 2016*, disponibile all'indirizzo: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumer\\_markets\\_scoreboard\\_2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/consumer_markets_scoreboard_2016_en.pdf).

agente immobiliare registrato, il che sembra aggiungere un requisito di partecipazione azionaria del 100%. A *Malta*, la nuova regolamentazione limita la forma giuridica in base alla quale gli agenti immobiliari possono esercitare la loro professione a quella di una società civile. Ciò significa che gli agenti immobiliari non possono costituire una società con soggetti non professionisti o con altri professionisti non autorizzati come agenti immobiliari. Il *Belgio* continua ad esigere che il 60% delle quote e dei diritti di voto nelle società immobiliari professionali sia detenuto da professionisti qualificati.

In *Spagna*, alcune regioni come la Catalogna continuano a regolamentare la professione mediante la riserva di attività e la protezione del titolo.

Poiché la *Slovacchia* sostiene che la professione di agente immobiliare non è regolamentata, i professionisti di altri Stati membri dell'UE che cercano di lavorare come agenti immobiliari continuano a dover seguire una procedura di riconoscimento accademico dei loro diplomi.

Nel frattempo, la *Slovenia* ha abolito il requisito della cittadinanza.

#### **Raccomandazioni**

*Cipro, Croazia, Cechia, Irlanda, Slovacchia, Slovenia e Svezia* dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di consentire ad altri professionisti l'accesso alle attività attualmente riservate esclusivamente agli agenti immobiliari.

*Austria, Belgio, Cipro, Cechia, Danimarca, Francia, Irlanda, Slovenia, Slovacchia e Svezia* dovrebbero valutare in quale misura i requisiti relativi alla durata della formazione obbligatoria ai fini della qualifica siano indispensabili in considerazione dei servizi forniti dagli agenti immobiliari e degli obiettivi della regolamentazione.

*Croazia, Finlandia, Ungheria, Italia e Svezia* dovrebbero considerare la possibilità di creare percorsi alternativi per l'accesso alla professione.

Il *Belgio* dovrebbe valutare la necessità delle restrizioni relative alla partecipazione azionaria e ai diritti di voto.

*Cipro e Malta* dovrebbero riesaminare la giustificazione e la proporzionalità dell'obbligo per cui il 100% delle quote deve essere detenuto da agenti immobiliari.

L'*Italia* dovrebbe valutare la necessità e la proporzionalità del divieto sulle attività incompatibili.

La *Spagna* dovrebbe riesaminare i regolamenti esistenti a livello regionale, che potrebbero dare adito a confusione per quanto concerne l'accesso a tale professione e il suo esercizio, oltre a creare ostacoli alla mobilità.

La *Slovacchia* dovrebbe abolire l'obbligo per i titolari di qualifiche ottenute in altri Stati membri dell'UE di sottoporsi a una procedura di riconoscimento dei loro diplomi accademici.

## **II.7. Guide turistiche**

La professione di guida turistica è ancora regolamentata in due terzi degli Stati membri, con una chiara concentrazione geografica nell'Europa meridionale e orientale. (*Omissis*)

Né il *Belgio* né la *Bulgaria* hanno indicato questa professione tra le professioni regolamentate nella banca dati delle professioni regolamentate, ma è chiaro che entrambi gli Stati membri regolamentano la professione almeno dal 2016.

Le raccomandazioni del 2017 si concentravano sulla giustificazione e sulla proporzionalità della regolamentazione della professione, nonché sul riesame e sulla valutazione della portata delle attività riservate. Agli Stati membri con regolamentazioni regionali diverse è stato chiesto di esaminare attentamente la frammentazione delle norme e la portata geografica delle autorizzazioni per le guide turistiche. Infine la Commissione ha invitato gli Stati membri a rivedere gli elenchi che riservano il diritto di lavorare in un numero significativo di mete turistiche ai titolari di licenze specifiche.

La Commissione ha raccomandato a tutti gli Stati membri che regolamentano la professione di valutare se tale regolamentazione fosse necessaria o se norme meno restrittive potessero raggiungere l'obiettivo di tutelare il patrimonio culturale, storico, archeologico e artistico e il suo corretto apprezzamento. Tali considerazioni, avanzate dagli Stati membri per giustificare la regolamentazione, sono state riconosciute dalla Corte di giustizia europea come motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare una restrizione. Tuttavia la proporzionalità di tali norme dovrebbe essere valutata in modo approfondito. Gli Stati membri dovrebbero pertanto imporre norme e obblighi in materia di accesso alla professione di guida turistica e di esercizio della stessa solo se ciò è chiaramente necessario per evitare di danneggiare la ricchezza culturale di uno Stato membro.

Nessuno degli Stati membri che regolamentano la professione ha informato la Commissione di un riesame e la Commissione prende atto che sono state adottate solo riforme molto limitate.

In *Slovenia*, sebbene la professione rimanga regolamentata con un'ampia portata di attività riservate, i requisiti di accesso sono stati attenuati mediante l'abolizione delle condizioni preliminari per sostenere l'esame di Stato.

Nel 2018 la *Lituania* ha modificato la regolamentazione delle guide turistiche, ma nonostante le raccomandazioni, i requisiti per l'accesso alla professione sono diventati più rigorosi, in particolare per quanto riguarda la portata delle attività riservate. La Lituania ha comunque attenuato diversi requisiti, ad esempio abolendo la parte teorica dell'esame di Stato.

Alla fine del 2017 la *Croazia* ha adottato una nuova legge sui servizi turistici. Tuttavia le modifiche non hanno risposto ad alcuna delle preoccupazioni sollevate dalla Commissione in merito alle guide turistiche e sembrano addirittura aver peggiorato la situazione. La nuova legge ha però eliminato l'obbligo di dimostrare la "capacità d'impresa".

La *Grecia* non ha intrapreso alcuna riforma, ma dal 2017 le scuole per guide turistiche del ministero del Turismo stanno nuovamente offrendo un programma biennale per il conseguimento di un diploma. L'iscrizione a queste scuole è soggetta a condizioni e restrizioni. Anche la *Francia* ha lievemente attenuato le restrizioni e ha aperto un accesso supplementare alla professione aggiungendo un terzo percorso per l'ottenimento delle qualifiche professionali richieste.

Infine la Commissione prende atto che nel 2021 la *Cechia* ha adottato una riforma della professione di guida turistica, che ha portato alla regolamentazione della professione mediante la protezione del titolo. La professione di guida turistica può essere esercitata solo con una tessera posizionata in modo visibile (grado I o II) rilasciata dal ministero dello Sviluppo regionale su richiesta. Per ottenere una tessera di grado II è richiesta una qualifica professionale.

*Austria*, *Bulgaria*, *Malta* e *Slovenia* riservano un'ampia gamma di attività ai titolari di qualifiche professionali specifiche. Ciò riguarda il lavoro come guida destinata a mostrare e spiegare la situazione sociale e politica di un paese in contesti nazionali e internazionali, o talvolta anche come guida in eventi sportivi e sociali e per l'accompagnamento dei turisti dall'aeroporto all'albergo. Tali restrizioni limitano notevolmente l'accesso a queste attività e devono essere limitate a quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse pubblico generale.

La *Bulgaria* ha riesaminato la regolamentazione della professione nel 2019, ma la portata delle attività riservate è rimasta invariata. Le modifiche apportate alla legislazione in *Slovenia* non hanno inciso sulle norme relative alla portata delle restrizioni. In *Austria* e a *Malta* non sono state adottate modifiche.

In *Croazia*, *Italia* e *Spagna* la professione è regolamentata a livello regionale, con la conseguenza che i professionisti possono dover ottenere qualifiche e autorizzazioni diverse all'interno di uno stesso Stato membro se intendono prestare servizi in più di una regione. Tali differenze rendono più complicato l'accesso alla professione e il suo esercizio<sup>46</sup> e potrebbero sol-

<sup>46</sup> Cfr. anche il documento di lavoro dei servizi della Commissione sui risultati del "test di efficacia" del mercato unico dei servizi (SWD(2012) 147 final) che accompagna la comunicazione della Commissione sull'attuazione della direttiva sui servizi (Com(2012)261 final).

levare questioni di compatibilità con il diritto dell'UE, in particolare con l'art. 10, par. 4, della direttiva sui servizi (direttiva 2006/123/Ce) e con l'art. 7, par. 2 bis, della direttiva sulle qualifiche professionali (2005/36/Ce).

A seguito di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione, la *Croazia* ha annunciato che avrebbe sostituito gli esami professionali specifici per 21 contee con un unico esame centralizzato. La *Spagna* e l'*Italia* non hanno comunicato alla Commissione alcuna riforma o chiarimento in merito al sistema attuale relativo alle varie regolamentazioni esistenti.

Nel 2016 il *Belgio* ha introdotto la protezione del titolo per diversi tipi di guide turistiche nella regione vallona. Sebbene la validità di tali titoli sia limitata a questa regione, non è previsto alcun regime specifico di riconoscimento reciproco per le guide turistiche delle altre due regioni, dato che la regione di Bruxelles e la regione fiamminga non ritengono necessario regolamentare la professione.

In *Slovenia*, i comuni possono ancora stabilire condizioni per l'accesso alla professione in una determinata zona turistica e prevedere la protezione del titolo per coloro che soddisfano tali condizioni. Poiché le attività riservate alle guide turistiche sono fissate a livello comunale, tali riserve potrebbero essere molto diverse in tutto il paese.

La *Croazia* e la *Francia* tengono elenchi dei siti in cui l'attività di guida è riservata ai titolari di qualifiche specifiche. Ciò potrebbe portare a una frammentazione del mercato e rappresentare un onere considerevole per i prestatori di servizi di altri Stati membri che accompagnano i turisti in varie zone di un paese e non limitano la prestazione di servizi a un particolare sito. Tali elenchi, in particolare se coprono un numero significativo di mete, creano restrizioni ingiustificate se i motivi per l'inclusione di un determinato sito non sono stati adeguatamente valutati.

Mentre la *Francia* consente solo alle guide turistiche qualificate di lavorare presso un certo numero di monumenti storici, la legge della *Croazia* contiene un lungo elenco di località e di siti protetti (che comprendono la maggior parte dei luoghi di interesse turistico del paese) per i quali le guide turistiche sono tenute a superare uno o più esami distinti. Ciò significa che una guida turistica che intenda lavorare in siti protetti in tutta la Croazia dovrà superare fino a 21 esami specifici per contea, organizzati perlopiù separatamente nelle diverse contee, con una tassa a carico del candidato per ogni singolo esame. *Malta* ricorre a un elenco analogo di siti protetti.

A seguito di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione, la *Croazia* ha annunciato che avrebbe ridotto significativamente il numero di siti che fanno parte dell'elenco dei siti protetti, che attualmente coprono la maggior parte dei principali luoghi di interesse turistico.

Nel 2017, con decisione emessa da un tribunale amministrativo, l'*Italia* ha abolito il proprio elenco del 2015 che riservava un numero significativo di mete turistiche ai titolari di licenze specifiche.

#### **Raccomandazioni**

*Tutti gli Stati membri che regolamentano questa professione dovrebbero considerare la giustificazione e la proporzionalità della regolamentazione della professione.*

*Austria, Bulgaria, Malta e Slovenia dovrebbero prendere in considerazione l'introduzione di una definizione più precisa delle attività riservate, data la portata molto ampia o indefinita delle attività riservate.*

*Croazia, Italia e Slovenia dovrebbero chiarire il quadro regolamentare che disciplina la professione di guida turistica, date le divergenze normative a livello regionale che sembrano ostacolare l'accesso al mercato e che incidono sui prestatori di servizi nazionali e, in alcuni casi, su quelli di servizi temporanei.*

*La Croazia e Malta dovrebbero rivedere la lista dei siti riservati ai titolari di qualifiche specifiche e valutare la proporzionalità di ciascuna riserva.*

*La Spagna dovrebbe: i) rivedere l'accesso all'attività di guida turistica, che attualmente varia a seconda delle comunità autonome, limitando l'accesso e l'esercizio della professione sia ai prestatori del servizio stabiliti sia a coloro che lo prestano temporaneamente; ii) garantire la validità delle autorizzazioni su tutto il territorio nazionale.*

### III. Azioni di follow-up

La panoramica che precede mostra che, nonostante gli orientamenti specifici forniti dalla Commissione nelle raccomandazioni di riforma del 2017, gli Stati membri non hanno compiuto molti progressi nel riesaminare ed eliminare la regolamentazione professionale ingiustificata o sproporzionata. La presente comunicazione mira a sostenere e rafforzare gli sforzi nazionali in materia di adeguatezza della regolamentazione e integra altre iniziative dell'UE, come la nuova strategia industriale 2020 aggiornata, individuando settori specifici caratterizzati da livelli di regolamentazione relativamente elevati e indicando possibilità concrete per aumentare la competitività del mercato unico dei servizi.

La Commissione intende dare seguito a tali raccomandazioni monitorando attentamente le azioni degli Stati membri in questo settore e portando avanti un dialogo permanente con i portatori di interessi, in particolare attraverso i suoi gruppi di esperti. I progressi, o la mancanza di progressi, in materia di riforme saranno inoltre un tema ricorrente del dialogo con gli Stati membri nel quadro del semestre europeo e del dispositivo per la ripresa e la resilienza. Qualora le norme nazionali violino palesemente il diritto dell'UE, la Commissione avvierà un dialogo con gli Stati membri interessati e, se necessario, intraprenderà azioni esecutive. La Commissione intende continuare ad aggiornare le raccomandazioni di riforma quando necessario e opportuno. Sarà inoltre valutata la possibilità di sviluppare indicatori supplementari e di estendere la portata ad altre professioni economicamente importanti.

Le raccomandazioni e il loro seguito sono complementari alle azioni annunciate nella nuova strategia industriale 2020 aggiornata<sup>47</sup>. Tali azioni potrebbero affrontare settori economici simili e faciliteranno la permeabilità del mercato unico, anche esplorando nuovi approcci, da sviluppare in un dialogo con gli Stati membri e i portatori di interessi, in particolare una valutazione dei vantaggi di norme armonizzate per i servizi, laddove queste potrebbero aggiungere valore<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Com(2021)350.

<sup>48</sup> Tali iniziative potrebbero riguardare altri settori dei servizi diversi da quelli contemplati nella presente comunicazione, a seconda dei risultati della valutazione esplorativa da effettuare.

## **LE PROFESSIONI NEL MERCATO INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA: BILANCIO DI UN VENTENNIO (2000-2020)\***

**Sommario:** **1.** *Introduzione* - **2.** *I recenti sviluppi normativi a livello europeo in materia di professioni* - **2.1** *La direttiva generale n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali* - **2.2** *La Comunicazione della Commissione europea del 2015 «Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese»* - **2.3** *La Comunicazione della Commissione del 2017 recante raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali* - **2.4** *La direttiva n. 2018/958/UE relativa al «test di proporzionalità»* - **3.** *Conclusioni: il funzionamento complessivo del mercato interno delle professioni.*

### **1. Introduzione**

Il periodo tra dicembre 2009 e dicembre 2019 ha segnato simbolicamente il decennale dal termine di recepimento della famosa direttiva gene-

\* Il presente articolo è stato pubblicato nel n. 5/2020 (settembre-ottobre) della Rivista *ADR "Argomenti di Diritto del Lavoro"*, diretta dal Prof. Mattia Persiani e dal Prof. Franco Carinei.

Le opinioni espresse dall'Autore (Capo Unità alla Commissione europea - Direzione Generale «Mercato interno, industria, imprenditoria e PMI») non riflettono necessariamente la posizione della Commissione europea. L'A. intende sentitamente ringraziare il Prof. Avv. Enrico Traversa e il Dott. Martin Frohn dei preziosi consigli ricevuti per la stesura del presente articolo.

Questo scritto costituisce una rielaborazione, un aggiornamento e un arricchimento della relazione dal titolo «*The Services Directive and the Directive on the recognition of qualifications: the state of play on Professions*», svolta dall'A. in occasione del convegno «*Regulated Professions in UE - Legislation and Jurisprudence: the current State of Art*», organizzato dal Prof. Alberto Pizzoferrato, il 2 dicembre 2019, presso l'Università di Bologna (Law School, Bologna Business School).

rale «*Servizi*»<sup>1</sup>, conosciuta anche come direttiva Bolkestein, dal nome del commissario competente per il Mercato interno che, in seno alla Commissione europea all'epoca presieduta da Romano Prodi, ne fu l'iniziatore. Una direttiva la cui concezione risale in realtà all'anno 2000: vent'anni fa ...

Il ventennio 2000-2020 ha rappresentato una fase cruciale per l'integrazione del mercato interno dei servizi in molti dei suoi settori, tra i quali quello delle professioni regolamentate è certamente uno dei più importanti. Le due direttive che hanno maggiormente segnato quest'epoca, quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali n. 2005/36/Ce<sup>2</sup> e la precipitata direttiva generale «*Servizi*» n. 2006/123/Ce sono quasi coeve e figlie della medesima temperie politico-istituzionale: scaturirono entrambe, infatti, dalla c.d. Strategia di Lisbona del 2000, che indicava nella realizzazione di un mercato interno dei servizi maggiormente integrato uno degli obiettivi primari per la Comunità (poi Unione) europea e per la sua competitività su scala mondiale all'inizio del nuovo millennio. Il ventennio 2000-2020 è stato, peraltro, un periodo di iniziative di riforma delle regole di mercato anche negli Stati membri e segnatamente in Italia con, ad esempio, le c.d. "lenuolate" promosse dall'allora ministro dello Sviluppo economico Pierluigi Bersani, vale a dire provvedimenti legislativi aventi ad oggetto la liberalizzazione delle attività delle libere professioni nonché di altri servizi e della grande distribuzione.

Obiettivo del presente studio è un rapido *excursus* dell'evoluzione in quest'ultimo ventennio della legislazione europea in materia di professioni, ovvero di un ambito in parte disciplinato dalla direttiva generale «*Servizi*» n. 2006/123/Ce ed in parte ancora maggiore oggetto, negli stessi anni, di nuovi e rilevanti atti legislativi e altri provvedimenti da questa medesima direttiva largamente ispirati. Direttiva generale «*Servizi*» e direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali sono, quindi, da rite-

<sup>1</sup> Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36-68). La data ultima di recepimento era il 28 dicembre 2009. Cfr. S. D'ACUNTO, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>2</sup> Direttiva n. 2005/36/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in *Gu-Ue* n. L 255 del 30 settembre 2005, pp. 22-142).

Cfr. B. NASCIMBENE, *Servizi, professioni, interessi generali e regole di concorrenza*, in ID. (a cura di), *Un percorso tra i diritti*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 509-540; C. NOURISSAT, *Accès aux professions réglementées dans l'Union européenne: objectif 2015*, in *La semaine juridique*, No. 47 (2013), pp. 2105-2106; J. PERTEK, *Consolidation de l'acquis des systèmes de reconnaissance des diplômes par la directive 2005/36 du 7 septembre 2005*, *RMCUE*, No. 515, 2008, pp. 122-129; S. ADALID, *La directive services et les professions réglementées: retour sur une décennie*, in *Revue des affaires européennes*, 2017, 3, pp. 423-431; S. LA ROSA, *L'Union européenne et les professions réglementées: continuité ou nouvelle approche?*, *ivi*, pp. 409-422; C. NOURISSAT, *Regard sur les "acteurs": les professions réglementées à l'épreuve de la transposition de la directive "services"*, 2011, pp. 193-203.



nersi «direttive sorelle» che, in qualche modo, hanno attinto l'una dall'altra. Inoltre, entrambe si possono anche considerare direttive «madri», in quanto hanno dato origine, a loro volta, ad altre iniziative ed altri atti normativi di rilievo in ambito europeo che ne hanno esteso la portata, al fine di perseguire il comune obiettivo del completamento di un grande spazio integrato in cui la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi<sup>3</sup> (nonché, nel caso della direttiva sulle qualifiche professionali, anche la libertà di circolazione dei lavoratori) potessero dispiegarsi con sempre meno ostacoli.

A riprova di tale assunto merita senz'altro di essere rilevato, da un lato, che la direttiva generale «*Servizi*» ha direttamente ispirato il c.d. regolamento «Geoblocking»<sup>4</sup>, così denominato in quanto esso vieta le discriminazioni fondate sulla cittadinanza, la residenza o lo stabilimento nei confronti degli acquirenti, sia di servizi, che di beni, sviluppando in tal modo alcune delle potenzialità inerenti alla tutela del consumatore (oscurate dalle polemiche dell'epoca sull'"idraulico polacco") contenute nella direttiva generale «*Servizi*». La direttiva n. 2006/123/Ce «*Servizi*» è stata inoltre alla base, sia pure indirettamente, della successiva direttiva sulla mobilità dei pazienti<sup>5</sup> oltre che di una serie di documenti esplicativi e di iniziative legislative proposte dalla Commissione nel 2015, tuttavia non ancora portate a compimento. Quanto alla direttiva n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali, va ricordato che, oltre ad essere stata oggetto di varie modifiche, essa ha dato origine a molte novità, sia di natura amministrativa, che di carattere procedurale e normativo, la più importanti delle quali è senz'altro la direttiva sul c.d. «*test di proporzionalità*», che dovrà obbligatoriamente presiedere all'adozione di nuove norme degli Stati membri in materia di regolamentazione delle professioni (v. *infra*, par. 2.4).

Entrambe le due suddette direttive «sorelle e madri» sono state e continuano ad essere parte integrante del cantiere permanente costituito dalla

<sup>3</sup> S. D'ACUNTO, *Codice dell'Unione europea*, commentario agli artt. da 56 a 62 TFUE, pp. 765-798, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2012; E. TRAVERSA, *Il diritto di stabilimento*, e S. D'ACUNTO, *La libera circolazione dei servizi*, in M. COLUCCI - S. SICA, *L'Unione europea - Principi, Istituzioni, Politiche, Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 2005, pp. 194-225 e pp. 226-247.

<sup>4</sup> Regolamento n. 2018/302/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2018 recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (Ce) n. 2006/2004 e (Ue) n. 2017/2394 e la direttiva n. 2009/22/Ce, in *Gu-Ue* n. L 601 del 2 marzo 2018, pp. 1-15.

<sup>5</sup> Direttiva n. 2011/24/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, in *Gu-Ue* n. L 88 del 4 aprile 2011, pp. 45-65.

realizzazione del Mercato interno, un obiettivo che non è stato compiutamente realizzato alla scadenza del 31 dicembre 1992 e che rappresenta tuttora l'asse principale di quell'idea fondante affermata nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e consistente nel «porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa» e nell'«assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale (...) eliminando le barriere che dividono l'Europa»<sup>6</sup>. Un'idea, quella del Mercato interno, che ancora oggi è al centro della politica dell'Unione europea, con la sua azione di stimolo agli scambi, alla concorrenza e all'occupazione (56 milioni di posti di lavoro dipendono dalla realizzazione del Mercato interno), e che mira a migliorare l'efficienza delle imprese e l'offerta di beni e servizi a 447 milioni di consumatori, rappresentando al contempo un trampolino di lancio per competere a livello globale<sup>7</sup>. Come esplicitamente dichiarato dalla Commissione nel marzo del 2020 «la modernizzazione e il rafforzamento del mercato unico (...) costituiscono una delle principali priorità della Commissione per i prossimi cinque anni»<sup>8</sup>.

In effetti, senza la realizzazione dell'obiettivo giuridico ed economico costituito dal Mercato interno viene meno l'idea stessa di integrazione politico-culturale dei popoli dell'Unione europea. In particolare, ogni forma di frammentazione del Mercato interno dei servizi ha un impatto estremamente negativo su crescita, lavoro e innovazione, in quanto sono proprio i servizi a costituire la componente economica più significativa di questo spazio economico comune. Qualche cifra al riguardo è illuminante. I servizi rappresentano più del 70% del PIL europeo (UE), vale a dire una cifra d'affari complessiva di 10.000 miliardi di euro, nonché il 68% dell'occupazione, cioè l'equivalente di 152 milioni di posti di lavoro e la principale fonte di creazione di nuova occupazione. Su base annuale, è stato calcolato che una maggiore integrazione del mercato dei servizi potrebbe determinare un formidabile aumento del PIL europeo di ben 297 miliardi di euro<sup>9</sup>.

A loro volta, le professioni regolamentate sono un pilastro essenziale del settore terziario. Se ne contano più di 5500 nell'Unione. Questo porta ad una media di circa 200 professioni per ogni Stato membro con variazioni sensibili: appena 76 nello Stato membro con minore presenza di pro-

<sup>6</sup> Preambolo del TFUE.

<sup>7</sup> Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020, Com(2020)93 e 94.

<sup>8</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020, Com(2020)93 *loc. cit.*

<sup>9</sup> Studio del Parlamento europeo «*Un dividendo europeo da duemila miliardi di euro: mappatura del costo della non-Europa 2019-2024*» (pp. 9-11), il quale va oltre, affermando anche che i vantaggi derivanti dalla rimozione delle rimanenti barriere al pieno funzionamento del mercato unico delle merci e dei servizi potrebbero essere dell'ordine di 713 miliardi di EUR alla fine del 2029, reperibile all'indirizzo internet [https://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=EPRS\\_STU\(2019\)631745](https://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2019)631745).

fessioni (Lituania) a fronte delle 543 in quello con il loro più alto numero (Ungheria). I servizi professionali generano il 9% del PIL dell'Unione europea e le professioni regolamentate impiegano il 22% della forza lavoro nell'Unione stessa, ovvero 47 milioni di occupati, calcolati nell'Unione a 28 Stati membri, anche sotto questo profilo con significative variazioni fra uno Stato membro e l'altro: dal 14% in Danimarca al 33% in Germania<sup>10</sup>.

Le cinque seguenti categorie di professioni più rappresentative coprono da sole più dell'80% dell'intero comparto: servizi sanitari e sociali (circa il 40%), servizi alle imprese o «Business services» (15%), trasporti (10%), servizi pubblici (forniti cioè dalle amministrazioni nazionali o da enti pubblici) ed istruzione (9%), costruzioni (6,5%).

Si comprende da queste poche cifre come l'attenzione prestata in maniera costante al settore dei servizi professionali dalle Commissioni che si sono succedute in questi ultimi vent'anni abbia risposto alla priorità rappresentata dal sostegno alla crescita, alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di nuove opportunità d'investimento. La regolamentazione delle professioni, infatti, nel tutelare legittime esigenze di interesse generale, produce un impatto considerevole sul piano economico complessivo e, più in particolare, sul livello dei salari, dei prezzi e dei profitti, sulla creazione e sulla mobilità del lavoro, sulle scelte dei consumatori, sull'innovazione, sulla concorrenza da parte di nuovi attori e di nuovi servizi, sulla creazione di nuove imprese o *start-up* e sugli investimenti, oltre all'impatto economico "a cascata" su altri settori dell'economia. A questo riguardo, i Servizi della Commissione hanno calcolato che sussiste un potenziale di crescita occupazionale tra il 3 e il 9 % a fronte di un eventuale ed auspicabile processo di riduzione delle barriere attuali alla prestazione dei servizi professionali. E, non a caso, in quest'ultimo decennio, la metà degli Stati membri ha ricevuto dalla Commissione europea, nell'ambito del c.d. Semestre europeo, raccomandazioni aventi ad oggetto riforme dei rispettivi sistemi nazionali delle professioni regolamentate. Nel 2011, la Grecia ha addirittura avviato una riforma profonda della propria legislazione in materia.

Essendo le due direttive – quella generale sui servizi e quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali – state concepite a distanza di solo qualche mese l'una dall'altra come strumenti complementari di un'unica strategia, è comprensibile che ciascuna di esse sia stata fin dall'inizio strettamente coordinata all'altra, di modo che questi due atti legislativi presentano svariati profili di analogia e di contiguità. Mirando congiuntamente ad una maggiore integrazione del mercato interno, sotto il profilo tanto del diritto di stabilimento dei prestatori quanto della libera prestazio-

<sup>10</sup> Dati della Commissione del 2015.

ne dei servizi, entrambe le direttive puntano molto sulla semplificazione amministrativa: le norme riguardanti l'istituzione dello sportello unico (art. 6)<sup>11</sup>, del diritto all'informazione (art. 7), delle procedure per via elettronica (art. 8) della direttiva generale «*Servizi*» si ritrovano anche in quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali e, anzi, tali medesime norme di principio sono state rafforzate ulteriormente nelle varie modifiche apportate successivamente al testo di base della direttiva n. 2005/36/Ce. Altre importanti disposizioni della direttiva generale «*Servizi*» si applicano poi direttamente al settore delle professioni, completando in tal modo la dettagliata disciplina contenuta nella direttiva relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali: ad esempio, le norme della direttiva n. 2006/123/Ce sulla comunicazione commerciale (art. 24), sulle attività multidisciplinari (art. 25) o sulla qualità dei servizi (art. 26).

Allo stesso tempo, avendo evidentemente una direttiva (la direttiva n. 2005/36/Ce) un ambito di applicazione più settoriale dell'altra (la direttiva n. 2006/123/Ce) è stato importante anche definire l'articolazione reciproca fra i due atti legislativi dell'Unione. A tal fine, la direttiva generale «*Servizi*», adottata successivamente all'altra, precisa al punto 31 della motivazione, che essa «è coerente con» e «non pregiudica» la direttiva n. 2005/36/Ce, e prevede esplicitamente, all'art. 3, par. 1, lett. *d.*, la preminenza, in caso di conflitto di norme, della direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali quale *lex specialis* nel settore delle professioni. Più specificamente, nel Capo III della direttiva generale «*Servizi*» disciplinante la «*Libertà di stabilimento dei prestatori*» vengono fatte salve, *expressis verbis*, le disposizioni dell'Unione in materia di professioni rispetto, ad esempio, a taluni requisiti vietati (art. 14, par. 6, sull'intervento di operatori concorrenti nel rilascio di autorizzazioni) o da valutare (art. 15, par. 2, lett. *c.*, sulla riserva di accesso a determinate attività). Nel Capo IV riguardante la «*Libera prestazione dei servizi e relative deroghe*» si lasciano altresì impregiudicate le regole dello Stato di prestazione sia per gli avvocati<sup>12</sup> (art. 17, par. 4), sia per i professionisti in generale (art. 17, par. 6). A tali deroghe specifiche va poi aggiunta l'esclusione *in toto* delle professioni sanitarie dall'ambito di applicazione della medesima direttiva generale «*Servizi*» (art. 2, par. 2, lett. *f.*).

<sup>11</sup> Per l'attuazione del quale le difficoltà riscontrate sono testimoniate dalle 28 lettere di costituzione in mora inviate a tutti gli Stati membri nel giugno 2019 ed aventi ad oggetto questo specifico aspetto della direttiva n. 2006/123/Ce.

<sup>12</sup> Gli avvocati sono, infatti, oggetto di specifica regolamentazione dell'Unione europea, peraltro non solo con riguardo alla prestazione di servizi ai sensi della direttiva n. 77/249/Ce del Consiglio del 22 marzo 1977, in *Guce* n. L 78 del 26 marzo 1977, p. 17, ma anche in materia di libertà di stabilimento, disciplinata dalla direttiva n. 98/5/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, in *Guce* n. L 77 del 14 marzo 1998, p. 36.

Volgendo uno sguardo a ritroso, se si confronta l'evoluzione recente della normativa europea nei due ambiti tra loro strettamente compenetrati – quello dei servizi in generale e quello delle professioni in particolare – si può constatare che se il primo decennio degli anni 2000 è stato caratterizzato, anche mediaticamente<sup>13</sup>, da un'attenzione istituzionale particolarmente accentuata sui servizi nel loro complesso, nel secondo decennio appena concluso, al contrario, è il settore specifico delle professioni che ha presentato maggiori spunti e novità, soprattutto con l'accelerazione dell'adozione di nuove iniziative politico-legislative osservata nel 2015. Si espone pertanto qui di seguito un'analisi in ordine cronologico di questi recenti sviluppi della normativa europea sulle professioni.

## **2. I recenti sviluppi normativi a livello europeo in materia di professioni**

### *2.1 La direttiva generale n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali*

Il punto di partenza è evidentemente la direttiva del 7 settembre 2005 n. 2005/36/Ce, modificata ben una decina di volte sia con atti legislativi del Parlamento europeo e del Consiglio, tra i quali soprattutto la direttiva n. 2013/55/Ce<sup>14</sup>, sia con atti delegati della Commissione. Il suo presupposto è che la disciplina delle professioni rimane di competenza degli Stati membri, ai quali spetta decidere anche il livello di normazione: nazionale, regionale, locale o professionale (ordini professionali). È altresì competenza degli Stati membri fissare, nel rispetto beninteso del principio di proporzionalità, le norme disciplinanti una data professione, allo scopo di garantire la salvaguardia di obiettivi di interesse generale quali: la tutela del consumatore nell'ambito di una relazione tra professionista e cliente caratterizzata da una notevole asimmetria di competenze e di informazioni, la protezione della salute, dell'ambiente, del pubblico in generale, o ancora del buon funzionamento del sistema giudiziario (vedi *infra*).

<sup>13</sup> Come forse alcuni ricorderanno, perfino con appelli e manifestazioni di massa di decine di migliaia di persone contro la direttiva, soprannominata direttiva "*Bolkenstein*" (con la "n" di Frankenstein) dai detrattori di allora.

<sup>14</sup> Direttiva n. 2013/55/UE del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva n. 2005/36/Ce relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del Regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("*Regolamento IMI*"), in *Guce* n. L 354 del 28 dicembre 2013, p. 132.

Cfr. pure comunicazione della Commissione del 2 ottobre 2013, Com(2013)676, nonché Commission Staff Working Document on the peer review on legal form, shareholding and tariff requirements under the Services Directive of 2/10/2013 (SWD(2013)402).

In tale ottica, la diversità tra gli Stati membri dei modelli regolatori o le differenze di contenuto delle normative professionali non sono di per sé un problema. Non esiste un modello unico o ottimale di regolamentazione di una professione in ambito europeo. Anche la circostanza che un dato Stato membro dell'Unione imponga norme meno vincolanti rispetto ad altri Stati non significa che i requisiti di questi ultimi risultino sproporzionati. La questione che si affronta e si cerca di risolvere è piuttosto quella di prevedere e predisporre meccanismi di coordinamento a livello europeo, che, a seconda delle esigenze e delle circostanze, consentano, a certe condizioni, di riconoscere le qualifiche professionali da uno Stato all'altro, contemperando il rispetto delle tradizioni e delle forme nazionali di tutela di interessi pubblici, da un lato, con le esigenze di reciproca integrazione e inter-penetrazione transfrontaliera dei mercati nazionali dei servizi professionali all'interno di uno spazio unico europeo, dall'altro.

Le regole di coordinamento contenute nelle direttive dell'Unione sono pertanto volte ad evitare, o quantomeno a ridurre, gli oneri amministrativi e le procedure estenuanti o eccessivamente complicate, costose e lente per gli interessati allo svolgimento di attività professionali sul piano transfrontaliero, rispondendo in tal modo alla prima richiesta che, anche nel settore delle professioni, proviene sia dagli operatori sia dai destinatari dei servizi: quella della semplificazione del procedimento amministrativo per l'effettuazione della prestazione. Si tratta pertanto di una filosofia d'azione alquanto elementare, che tuttavia – e ovviamente – presuppone l'esistenza di solide garanzie in ordine alle competenze che devono essere possedute dai professionisti in regime di mobilità intra-europea. È in tale prospettiva di mantenimento e di riconoscimento delle specificità nazionali di ciascuna professione che vanno inquadrati i principi di base della direttiva n. 2005/36/Ce, così come modificata dalla direttiva n. 2013/55/Ce, recante regole di coordinamento variabili in funzione del livello di diversità tra i vari ordinamenti nazionali. Tali regole possono, sommariamente, essere così riepilogate.

Anzitutto, è previsto un sistema generale di riconoscimento delle qualifiche, attestate da un titolo di formazione, un attestato di competenza e/o un'esperienza professionale, qualifiche alle quali sono subordinati l'accesso e l'esercizio di una professione in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative. Se sussistono differenze significative tra i requisiti di qualifica professionale dello Stato membro di origine e i requisiti dello Stato di accoglienza, quest'ultimo può applicare misure compensative, e precisamente un *test* di competenza o – ad esclusione di alcune categorie di prestatori di servizi quali gli avvocati, i marinai, i prestatori di servizi di assicurazione e di trasporto ed altri – un periodo di tirocinio fino

a tre anni. Il tutto in un'ottica di razionalizzazione e semplificazione di tali regole di riconoscimento delle qualifiche.

Al suddetto sistema generale si affianca una procedura specifica di riconoscimento automatico delle qualifiche professionali basata sull'armonizzazione dei requisiti minimi di formazione, che riguarda sette professioni: medici generici e medici specialisti, infermieri responsabili dell'assistenza generale, dentisti e dentisti specialisti, veterinari, ostetriche, farmacisti e architetti.

Esiste poi un regime speciale di libera prestazione dei servizi in caso di spostamento fisico del professionista (art. 5.1 della direttiva n. 2005/36/Ce), con applicazione di procedure meno onerose nei suoi confronti. Da un lato, attraverso l'esenzione da obblighi di autorizzazione, registrazione o iscrizione in un organismo professionale o di sicurezza sociale o mediante l'esenzione dal ricorso a rappresentanti locali, fatta salva la possibilità di essere sottoposti sia a registrazione automatica e temporanea o a iscrizione *pro forma* senza costi né ritardi, sia ad un obbligo di dichiarazione iniziale, da rinnovarsi annualmente, precedente lo spostamento iniziale. D'altro lato, tale procedura semplificata si traduce in un'applicazione meno stringente, rispetto all'ipotesi di stabilimento del professionista, delle regole dello Stato membro di accoglienza, relative tanto al controllo preventivo delle qualifiche professionali – ovviamente per le professioni alle quali non si applica il meccanismo di riconoscimento automatico di cui sopra – che sono imposte per la tutela della salute e della sicurezza pubbliche, onde evitare potenziali gravi rischi in questi due ambiti, quanto alle misure disciplinari *ex post*.

La direttiva n. 2005/36/Ce contempla, peraltro, un sistema di trasparenza e di valutazione reciproca tra Stati membri avente ad oggetto la proporzionalità delle loro rispettive regolamentazioni professionali (ad esclusione di quelle disciplinanti la professione di notaio) ma senza un obbligo di eliminare le norme nazionali eccessivamente restrittive. Da rilevare anche la possibilità – prevista inizialmente fino al 2019 e poi, a seguito di un rapporto della Commissione del 2018, rinnovata fino al 2024 – di aggiornare dei requisiti professionali minimi attraverso il conferimento alla Commissione del potere di emanare degli atti delegati, potere da questa utilizzato finora nei confronti dei maestri di sci (*test* comune dal 2019), in quanto professione ad alto tasso di mobilità. Quanto ai requisiti linguistici, la direttiva prescrive che essi vadano commisurati alle esigenze connesse all'esercizio di una professione, sia a titolo di stabilimento permanente sia di prestazione temporanea di servizi, nonché al livello di qualifica richiesto e di complessità delle funzioni svolte dal professionista. La direttiva introduce peraltro dei «punti di contatto unico», vale a dire degli sportelli

unici nazionali, in un'ottica di utilizzo concreto delle procedure elettroniche, previsto, come sopra rilevato, sia dalla direttiva generale «*Servizi*» sia da quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali.

Sempre sul piano operativo-procedurale, la direttiva n. 2005/36/Ce prevede, a partire dal 2008, l'utilizzo dell'IMI (*Internal Market Information System*), tramite piattaforme *on-line* protette e meccanismi di dialogo pre-tradotti per le comunicazioni e lo scambio di richieste (standardizzate) tra le autorità di controllo degli Stati membri. Il sistema IMI è divenuto obbligatorio dal 2013. Da un numero iniziale di circa 400 richieste, si è passati ad una media di circa 10.000 richieste l'anno, con il coinvolgimento di 3000 autorità competenti. A partire dal 1° gennaio 2016, a seguito dell'entrata in vigore di un Regolamento di esecuzione della Commissione del 2015, il sistema IMI utilizza la tessera professionale europea ed il meccanismo di allerta rapido. La tessera professionale europea rappresenta un certificato rilasciato attraverso una procedura di riconoscimento elettronico delle qualifiche, in linea con il progetto del Digital Single Market, per cinque professioni: infermieri responsabili dell'assistenza generale, farmacisti, fisioterapisti, agenti immobiliari e guide di montagna. Tale carta ha riscosso un notevole successo in quanto strumento sicuro ed affidabile di scambio di informazioni in tempi rapidi, con termini definiti, attraverso una procedura articolata in fasi strutturate e chiare. Non è un caso quindi che siano ormai ben 800 le autorità registrate e che ogni anno vengano effettuate 1500/2000 richieste, sia per lo stabilimento di professionisti, sia per prestazioni temporanee di servizi, in una proporzione rispettivamente del 47% e 53%. Quanto al meccanismo di allerta rapido, esso consiste in un collegamento "in rete" di circa 6.000 autorità competenti e ha consentito di trattare più di 40.000 casi sospetti nell'ambito di servizi sottoposti a regole di tutela della salute o di servizi riguardanti l'educazione di minori, prestati da parte di professionisti colpiti da provvedimenti di interdizione o di limitazione all'esercizio della professione o che avevano fatto uso di diplomi falsi.

Un ultimo aspetto da rilevare della direttiva n. 2005/36/Ce è il procedimento c.d. di trasparenza e di valutazione reciproca che si è svolto tra il 2013 e il 2016. Basato su un questionario predisposto dalla Commissione, lo scopo di tale esercizio è stato quello di approfondire una serie di tematiche legate alle discipline nazionali relative alle professioni, quali: l'obiettivo di interesse generale perseguito dal legislatore nazionale; i rischi e i benefici di ogni misura vincolante e la sua efficacia; la valutazione concreta degli effetti reali di ogni regolamentazione; l'esigenza di eventuali provvedimenti di adattamento e revisione. A tale meccanismo sullo *status quo ante*, si aggiungevano: un sistema di notifica *ex-post* dei nuovi requisiti di



accesso ed esercizio di una professione entro sei mesi dalla loro adozione da parte di uno Stato membro e un'informativa da parte di ciascuno Stato membro circa requisiti eliminati o attenuati. In tal modo, sono state effettuate, malgrado alcune resistenze a livello nazionale, circa 3500 analisi di proporzionalità. In questa stessa ottica va inquadrata la creazione della banca dati europea per le professioni quale seguito concreto di tale procedura di valutazione reciproca. Dal gennaio 2016 gli Stati membri hanno così notificato la lista delle loro professioni per il cui esercizio un controllo preventivo ai fini del riconoscimento delle qualifiche è indispensabile in quanto coinvolgono interessi pubblici in materia di salute e sicurezza, un obbligo di controllo preventivo che tuttavia non può riguardare le professioni con riconoscimento automatico.

L'adozione prevista per il gennaio 2016 da parte di ogni Stato membro del Piano d'azione nazionale ha tuttavia rivelato dei limiti e delle carenze rispetto all'esigenza tanto di un'analisi organica ed oggettiva delle varie normative nazionali in materia di professioni, quanto di un processo decisionale sufficientemente aperto e trasparente. La maggior parte delle c.d. valutazioni reciproche effettuate dagli Stati membri non si è, infatti, basata su un'indicazione esauriente degli obiettivi perseguiti da tali regolamentazioni, o su una disamina degli effetti da esse provocati o comunque su un'adeguata analisi delle stesse. Oltre al mancato contributo di sette Stati membri, anche tra gli altri Paesi che hanno partecipato a questo esercizio di valutazione reciproca sono state registrate ampie differenze quanto all'ambito di applicazione delle normative nazionali in materia di professioni o all'ambizione degli obiettivi perseguiti, nonché casi di mera accettazione delle tesi sostenute dalle organizzazioni professionali. In sostanza, questo processo di mutua valutazione non ha condotto alla riforma sperata del metodo di elaborazione delle normative nazionali riguardanti le professioni e non ha, di conseguenza, realizzato quell'obiettivo di vaglio approfondito della proporzionalità delle condizioni di accesso e di esercizio delle professioni e quindi di prevenzione dell'introduzione di requisiti professionali eccessivamente restrittivi. È apparsa chiara, pertanto, l'esigenza di un "cambio di passo" (anche) in materia di legislazione dell'Unione europea riguardante le professioni.

## *2.2 La Comunicazione della Commissione europea del 2015 «Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese»*

Alla luce dei risultati non all'altezza delle attese, la Commissione, verso la metà dell'ultimo decennio, ha impresso una netta accelerazione alle proprie iniziative nel settore dei servizi e delle professioni nel mercato in-

terno. Tale svolta si è tradotta nella Comunicazione, presentata nell'ottobre del 2015<sup>15</sup>, riguardante una nuova strategia nella realizzazione del mercato interno. In questo documento la Commissione ha annunciato in particolare quattro nuove proposte. Due, entrambe legislative, in materia di prestazione di servizi: il «passaporto servizi» e una nuova procedura di notifica preventiva. Due in materia di professioni: un documento-guida recante varie raccomandazioni sulle esigenze di riforma suddivise per Stato membro e per professione, nonché una proposta legislativa volta ad istituire un c.d. «*test di proporzionalità*», vale a dire una procedura di analisi e valutazione non più solo *ex post*, ma anche *ex ante* delle norme nazionali aventi ad oggetto la disciplina delle attività professionali. Tralasciando in questa sede le due prime proposte sui servizi che non hanno prodotto risultati, meritano invece di essere esaminate con attenzione le ultime due iniziative sopra menzionate, entrambe basate sull'art. 58, par. 8 e 9, della direttiva n. 2005/36/Ce sul riconoscimento delle qualifiche professionali.

### *2.3 La Comunicazione della Commissione del 2017 recante raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali.*

Le raccomandazioni in materia di riforma delle regolamentazioni delle professioni sono state formulate in due testi: uno politico, rappresentato da una Comunicazione della Commissione, e uno più tecnico («*Staff Working Document*»), preparato dai suoi uffici<sup>16</sup>. Entrambi i documenti vanno comunque considerati congiuntamente, stante la loro complementarità. L'analisi che in essi viene svolta vuole essere complessiva, vale a dire basata su un approccio organico, sistemico e non frammentario della materia, e soprattutto dinamica, in considerazione del fatto che un sistema di regole disciplinanti a vari livelli le professioni deve attualmente tener conto di un contesto profondamente mutato nel corso dei decenni grazie all'azione di fattori di inter-penetrazione globale dei mercati, di innovazione tecnologi-

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione del 28 ottobre 2015, Com(2015)550. Essa recita: «I servizi professionali generano il 9% del PIL dell'UE e le professioni regolamentate contribuiscono a circa il 20% dell'occupazione nell'UE. I servizi professionali sono strettamente connessi ad altri settori. Un settore dei servizi professionali più competitivo ed efficiente contribuirebbe pertanto ad accrescere la competitività industriale e l'economia nel suo insieme. In Europa le professioni regolamentate sono al momento più di 5000 e interessano oltre 50 milioni di persone. Se le normative relative all'accesso e all'esercizio di tali professioni erano state concepite per tutelare sia l'interesse pubblico sia i beneficiari dei servizi prestati, molte di esse sono ora sproporzionate e frappongono ostacoli normativi ingiustificati alla mobilità dei professionisti, riducendo in tal modo la produttività».

<sup>16</sup> Comunicazione della Commissione e Staff Working Document dei Servizi della Commissione del 10 gennaio 2017, Com(2016)820 e SWD(2016)436.

ca, di maggior consapevolezza e istruzione dei consumatori, di sviluppo sociale e di mercato e di altri elementi.

Questa disamina compiuta dalla Commissione nel 2017 incrocia quattro categorie di restrizioni normative con sette gruppi di libere professioni. Le quattro categorie di restrizioni attengono: alla natura della limitazione scelta dal legislatore nazionale (riserva di attività a favore di una data categoria di professionisti, protezione del titolo professionale, ecc.); ai requisiti per il conferimento delle qualifiche (anni di formazione, superamento di esami di Stato, obblighi di formazione professionale continuata, ecc.); ad altri tipi di requisiti (iscrizione o registrazione obbligatoria ad organismi professionali; limiti al numero di abilitazioni rilasciate dallo Stato per esercitare una data professione; ecc.); alle forme di esercizio di una data professione, quali tipologia (esercizio a titolo individuale o in forma societaria e in tale secondo caso eventuali limiti all'azionariato) e possibilità di esercizio congiunto di varie attività professionali e/o previsione di incompatibilità.

Quanto ai sette gruppi di professioni – i quali appartengono a quattro settori economici chiave: servizi alle imprese, costruzioni, settore immobiliare, turismo – si tratta di: 1. architetti, che beneficiano certamente del riconoscimento automatico della qualifica professionale, ma che sono soggetti ad ampie riserve di attività o a numerose restrizioni in materia di multidisciplinarietà e azionariato di società fino al 100%; 2. ingegneri, in ordine ai quali l'Italia figura tra gli Stati membri con maggiori restrizioni; 3. revisori contabili e consulenti legali e/o fiscali rispetto ai quali, in alcuni casi, viene evidenziato il problema dell'esistenza di una riserva di attività anche per atti alquanto semplici quali la redazione delle buste paga o la compilazione delle dichiarazioni fiscali; 4. avvocati, per i quali la Comunicazione della Commissione pone in evidenza problemi in materia di attività di consulenza soprattutto *on-line* e regimi rigorosi in tema di incompatibilità o di multidisciplinarietà (l'Italia viene identificata come un Paese a basso tasso di restrizioni); 5. agenti in materia di marchi e brevetti, una professione regolamentata in 22 Stati membri con, in generale, requisiti di elevati livelli di qualifica; 6. agenti immobiliari, per la cui regolamentazione si registra una forte variabilità fra gli Stati membri, segnatamente per quanto concerne la riserva di attività o le forme di incompatibilità professionale, con normative introdotte solo di recente in alcuni Paesi; 7. guide turistiche, una professione disciplinata in metà degli Stati membri con riserve di attività e restrizioni territoriali (in 14 Stati) anche a livello regionale (Croazia, Italia e Spagna) e liste di siti riservati (Croazia e Italia).

## 2.4 La direttiva n. 2018/958/UE relativa al «test di proporzionalità»

La direttiva n. 2018/958/UE<sup>17</sup>, il cui termine di recepimento era il 30 luglio 2020<sup>18</sup>, ha una triplice base giuridica nel TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), a conferma dell'ampiezza del suo campo di applicazione: l'art. 46, per gli aspetti riguardanti la libera circolazione dei lavoratori dipendenti, l'art. 53, par. 1, per le disposizioni in materia di libertà di stabilimento dei liberi professionisti, e l'art. 62, per le norme relative alla libera prestazione dei servizi dei professionisti medesimi. La direttiva si applica ad ogni disposizione di uno Stato membro, nuova o di modifica di norme preesistenti, di natura legislativa, regolamentare o amministrativa, che sia suscettibile di porre limiti o restrizioni all'accesso a professioni regolamentate o al loro esercizio. Lo scopo della direttiva è quello di ovviare ai limiti di chiarezza e precisione dei criteri sottesi al meccanismo di controllo («*screening*») delle disposizioni nazionali previsto all'art. 59 della direttiva n. 2005/36/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2013/55, ponendo rimedio in tal modo al problema delle applicazioni disparate ed incoerenti di tali stessi criteri, evitando la frammentazione normativa tra i criteri utilizzati tra gli Stati membri, a favore invece di un approccio comune fondato su principi interpretativi comuni a livello europeo, nell'interesse di una maggiore efficienza del mercato interno dei servizi professionali. Va rilevato inoltre che la direttiva ricorda al primo punto della sua motivazione che «La libertà professionale è un diritto fondamentale» sancito dall'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per le definizioni, questo atto legislativo del 2018 si fonda su quelle previste nella direttiva di base del 2005, ma introduce al contempo anche nuove nozioni: precisamente quella di «*titolo professionale protetto*», il cui uso è subordinato al possesso di una specifica qualifica professionale ed il cui abuso comporta l'applicazione di sanzioni; e quella di «attività riservata», che in quanto tale può essere esercitata unicamente dagli appar-

<sup>17</sup> Direttiva n. 2018/958/UE del 28 giugno 2018 relativa a un *test* della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni, in *Gu-UE* n. 173 del 9 luglio 2018, pp. 25-34. V. anche *Commission Staff Working Document - Impact Assessment for the proposed Directive on a proportionality test for new regulation of professions*, del 10 gennaio 2017 - SWD(2016)463.

Cfr. F. BERROD, *La proposition de directive sur le principe de proportionnalité dans les professions réglementées: prendre la responsabilité des États au sérieux*, in *L'observateur de Bruxelles*, No. 109, 2017, pp. 30-33.

<sup>18</sup> Il provvedimento di recepimento nell'ordinamento italiano è rappresentato dal dlgo n. 142 del 16 ottobre 2020, Attuazione della direttiva (UE) n. 2018/958 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018 relativa a un *test* della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni, in *Guri* n. 271 del 30 ottobre 2020.

tenenti ad una professione regolamentata in possesso di una qualifica specifica. Pur confermando il presupposto di fondo, già ricordato in precedenza, secondo cui la disciplina di una professione – vale a dire il «se» e il «come» definire, organizzare e controllare il contenuto della formazione e il sistema di tirocinio, nonché in generale la regolamentazione del livello di protezione – rimane, seppur nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, di competenza dei legislatori nazionali, la recente direttiva n. 2018/958/UE compie un passo ulteriore in termini di convergenza delle normative degli Stati membri, affermando e disciplinando il principio comune della valutazione *ex ante* e non più solo *ex post* delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nuove o modificate, che limitano l'accesso alle professioni regolamentate o il loro esercizio. In tal modo, grazie a questo innovativo strumento giuridico, può essere passato al vaglio un vasto spettro di requisiti nazionali di accesso e/o di esercizio di una professione, requisiti che possono essere contenuti in disposizioni nuove o di riforma di norme preesistenti e che sono in grado di produrre effetti positivi o negativi di vario tipo<sup>19</sup>.

Questi requisiti incontrano dei limiti maggiormente esplicitati nella direttiva e derivanti dal rispetto tanto del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità o dello Stato di residenza, quanto del principio di proporzionalità. Premesso che tali requisiti si traducono, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, in altrettante restrizioni ad una libertà fondamentale del Trattato, essi devono: essere giustificati in base ad obiettivi di interesse generale, risultare idonei ad assicurare il conseguimento degli stessi e non eccedere quanto necessario per la realizzazione degli obiettivi medesimi. Questo comporta, più in particolare, che ogni restrizione che uno Stato membro intende introdurre nella propria legislazione dovrà: risultare proporzionata per natura, contenuto e impatto rispetto all'obiettivo perseguito; essere corredata da spiegazioni adeguatamente dettagliate; essere giustificata da motivazioni qualitative e quantitative; essere presentata in modo obiettivo e imparziale mediante, per quanto possibile, il parere di un organismo indipendente che possa integra-

<sup>19</sup> Si veda in particolare l'art. 7, par. 3, della direttiva n. 2018/958/UE, *cit. supra*, nota 17: attività riservate; titolo professionale protetto; obbligo di aggiornamento professionale continuo; norme sull'organizzazione della professione, di deontologia e di supervisione; affiliazione obbligatoria a un'organizzazione o a un ordine professionale; regimi di registrazione o di autorizzazione; restrizioni quantitative, quali *numerus clausus* o numero minimo o massimo di dipendenti, amministratori o rappresentanti in possesso di qualifiche professionali specifiche; requisiti di forma giuridica specifica o di assetto proprietario o di gestione di una società; restrizioni territoriali; limiti all'esercizio congiuntamente o in partenariato di una professione e norme di incompatibilità; requisiti di copertura assicurativa o di protezione dalla responsabilità professionale; conoscenze linguistiche; tariffe minime e/o massime; requisiti in materia di pubblicità.

re, con un'analisi neutrale, quella già effettuata dalle autorità locali o da un ordine professionale; essere oggetto di monitoraggio successivo alla sua introduzione.

Entrando più in dettaglio, la direttiva n. 2018/958/Ue fornisce indicazioni chiave per effettuare il suddetto duplice *test* di necessità e di proporzionalità in base ai principi elaborati dalla Corte di giustizia. Sotto questo profilo, merita di essere rilevato incidentalmente un altro elemento di forte affinità tra la normativa dell'Unione in materia di professioni e quella relativa ai servizi (essendo evidentemente le professioni parte integrante dell'ambito dei servizi). Infatti, anche in quest'ultima direttiva del 2018 sulle professioni, il legislatore dell'Unione europea ha compiuto un'opera di codificazione di principi giurisprudenziali in un testo normativo di diritto derivato, allo stesso modo di quanto fece a suo tempo la direttiva n. 2006/123/Ce, c.d. Bolkestein. Ancora una volta, quindi, la Corte di giustizia ha svolto un ruolo fondamentale, che si potrebbe definire di "pre-legislatore". Per valutare la necessità, vale a dire l'esistenza di una valida causa di giustificazione, di una norma o di un complesso di norme nazionali contenenti restrizioni all'esercizio di una professione occorre pertanto rifarsi agli esempi positivi, e non esaustivi, di ragioni imperative di interesse generale ammesse dalla Corte, in aggiunta alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza e della sanità pubblica già previste dal Trattato.

Tali esempi possono essere raggruppati attorno a tre obiettivi essenziali di interesse pubblico. Anzitutto, la preservazione di un'ordinata organizzazione dello Stato perseguita con strumenti quali: il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale; la salvaguardia della buona amministrazione della giustizia; la lotta contro la frode e la prevenzione dell'evasione e dell'elusione fiscale; la salvaguardia dell'efficacia dei controlli fiscali. In secondo luogo, la tutela di particolari categorie di soggetti quali i consumatori, i destinatari di servizi e i lavoratori, nonché, più in generale, la garanzia della correttezza delle operazioni commerciali. In terzo luogo, la salvaguardia di interessi e valori generali quali: la sicurezza dei trasporti; la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano; la salute degli animali; la protezione della proprietà intellettuale; la salvaguardia e la conservazione del patrimonio storico e artistico nazionale; gli obiettivi rientranti nella politica sociale e quelli riguardanti la politica culturale. Esempi di motivi di giustificazione di restrizioni ad una libertà fondamentale che la Corte di giustizia ha ritenuto, invece, non ammissibili sono quelli relativi ad obiettivi di natura meramente economica, quali la preservazione dei redditi di una data categoria professionale, o basati su ragioni puramente amministrative, come ad esempio l'alleggerimento del carico di lavoro di una data categoria di funzionari pubblici.

Quanto al *test* di proporzionalità, allo scopo di valutare se una norma restrittiva che uno Stato membro intende adottare, pur essendo essa in grado di conseguire l'obiettivo mirato, non vada oltre quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo stesso, la direttiva n. 2018/958/Ce fornisce una serie di parametri da utilizzare ai fini di tale giudizio: la natura dei rischi rilevanti, in particolare per il destinatario dei servizi in questione e/o per i consumatori; la protezione assicurata da altri regimi normativi, europei o nazionali, ad esempio in materia di sicurezza generale dei prodotti; il grado di adeguatezza della norma restrittiva prospettata, ovvero se tale norma nazionale persegue in modo «coerente e sistematico» l'obiettivo di interesse pubblico dichiarato; l'impatto della restrizione sulla libera circolazione, tanto dei prestatori di servizi, quanto dei servizi stessi, nonché sulle scelte dei consumatori o sulla qualità del servizio offerto; la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi meno restrittivi, per esempio la tutela di un titolo professionale anziché la riserva di attività a favore di una esclusiva categoria di professionisti, lasciando quindi al cliente la scelta se rivolgersi a un professionista qualificato o meno, qualora la misura sia giustificata dalla tutela dei consumatori e i rischi eventuali siano circoscritti alla relazione tra professionista e consumatore, senza conseguenze negative per soggetti terzi; gli effetti prevedibili delle norme restrittive che uno Stato membro intende adottare, in particolar modo se tali conseguenze sono collegate ad altre disposizioni nazionali già in vigore; una serie di altri elementi pertinenti da considerare in una valutazione "contestuale", cioè complessiva o "di sistema", onde collocare l'analisi di una norma professionale in una prospettiva più ampia<sup>20</sup>; vari aspetti specifici al settore della salute: la garanzia di accesso al sistema sanitario nazionale e un elevato

<sup>20</sup> Si vedano gli elementi forniti dall'art. 7, par. 2, della direttiva n. 2018/958/UE, *cit. supra*, nota 17: la natura dei rischi connessi agli obiettivi d'interesse pubblico perseguiti, in particolare per i destinatari di servizi, i consumatori, i professionisti o terzi; l'idoneità delle vigenti norme specifiche o generali, in materia di sicurezza dei prodotti o di protezione dei consumatori, al conseguimento dello scopo perseguito; l'adeguatezza della normativa a conseguire lo scopo perseguito, in modo coerente e sistematico nonché analogo a quanto avviene per attività comparabili; l'impatto sulla libera circolazione delle persone e dei servizi all'interno dell'Unione, sulle opportunità di scelta dei consumatori e sulla qualità del servizio prestato; la possibilità di ricorrere a mezzi meno restrittivi soprattutto in alternativa alla riserva di attività; l'effetto di disposizioni nuove o modificate in combinato disposto con altri requisiti; il nesso tra l'ambito riservato e la qualifica professionale richiesta; il collegamento tra la complessità delle mansioni interessate e la necessità di possedere determinate qualifiche professionali, in particolare per quanto riguarda il livello, la natura e la durata della formazione o dell'esperienza richieste; la possibilità di ottenere la qualifica professionale attraverso percorsi alternativi; la possibile condivisione delle attività riservate con altre professioni; il grado di autonomia nell'esercizio di una professione regolamentata e l'incidenza di disposizioni organizzative e di supervisione sul conseguimento dello scopo perseguito, in particolare nel caso di esercizio sotto il controllo e la responsabilità di un professionista qualificato; gli sviluppi scientifici e tecnologici che possono effettivamente ridurre o aumentare l'asimmetria informativa tra i professionisti e i consumatori.

livello di qualità ed efficienza delle prestazioni mediche offerte ai cittadini sul territorio dello Stato membro in questione; l'esigenza di assicurare una fornitura sicura di medicinali; la necessità di garantire l'indipendenza professionale degli operatori sanitari.

Tutta questa valutazione complessiva ed articolata delle misure nazionali prospettate, da svolgere necessariamente *ex-ante*, vale a dire prima della loro adozione, impone allo Stato membro anzitutto l'onere della prova in ordine al rispetto dei criteri di non discriminazione e di proporzionalità, prova che le autorità nazionali competenti devono fornire sulla base di analisi e motivazioni sufficientemente chiare, precise e concludenti.

Inoltre, gli Stati membri sono soggetti ad una serie di obblighi generali sul piano metodologico e procedurale. Anzitutto obblighi di trasparenza: l'informazione deve essere resa disponibile ai cittadini, ai destinatari dei servizi e a tutte le altre categorie interessate, ivi comprese le parti sociali, coinvolgendole e richiedendone il parere, se necessario mediante una consultazione pubblica. Vi è, poi, il dovere imposto agli Stati membri di rendere disponibili, ai soggetti eventualmente contro-interessati all'introduzione della norma restrittiva, dei rimedi efficaci di natura amministrativa e/o giurisdizionale. È contemplato, inoltre, un obbligo di scambio di informazioni con un eventuale confronto tra diverse normative nazionali e su possibili alternative alla norma restrittiva. È, infine, prevista una condivisione delle disposizioni nazionali in materia di regolamentazione delle professioni, con allegate le relative motivazioni, e la registrazione di tali normative in una banca dati europea, con la possibilità di commenti da parte dei soggetti interessati, comunicati sia alla Commissione che agli Stati membri. Come indicato nella Comunicazione sul Mercato unico del marzo 2020<sup>21</sup>, la Commissione si impegna a fornire in futuro assistenza e orientamenti agli Stati membri per agevolare lo scambio di migliori prassi sulle valutazioni *ex ante* della proporzionalità delle norme restrittive di attività professionali e, più in generale, per facilitare un'attuazione uniforme delle disposizioni di questa nuova direttiva che disciplinano il *test* di proporzionalità.

### **3. Conclusioni: il funzionamento complessivo del mercato interno delle professioni**

Se una valutazione specifica della direttiva n. 2018/958/UE, che rappresenta un atto legislativo profondamente innovativo e dalle forti poten-

<sup>21</sup> Comunicazione del 10 marzo 2020, Com(2020)94, Piano d'azione a lungo termine per una migliore attuazione e applicazione delle norme del mercato unico.



zialità, potrà essere compiuta soltanto dopo un congruo periodo di attuazione della direttiva stessa a partire dal luglio 2020, un bilancio complessivo del funzionamento del sistema di riconoscimento delle professioni regolamentate negli ultimi venti anni può essere stilato già oggi, in base ad una serie di indicatori applicati alla direttiva n. 2005/36/Ce, che è a sua volta il risultato della fusione in un unico atto legislativo di quindici direttive specifiche adottate dagli anni Sessanta in poi e che è stata profondamente modificata dalla direttiva n. 2013/55/Ue, con la recente introduzione di una serie di meccanismi di modernizzazione, di riduzione degli oneri amministrativi e di semplificazione di procedure e mediante l'introduzione di nuove tecnologie quali il ricorso sistematico all'IMI (*Internal Market Information System*).

Due indicatori generali, raccolti nel 2019 e relativi al triennio 2015-2017<sup>22</sup>, appaiono particolarmente probanti ai fini di questa riflessione. Il primo è quello del tasso, ormai alto, di accettazione delle richieste di riconoscimento delle qualifiche professionali, sia pure con l'imposizione di «*misure compensative*» quali esami o tirocini: la media delle accettazioni delle domande di riconoscimento è addirittura del 93% sul totale delle istanze. Il secondo indicatore quantitativo, su livelli inferiori ma pur sempre rilevanti, è quello della percentuale di accoglimento delle domande di riconoscimento delle qualifiche professionali senza misure compensative: la media si attesta sul 36%. Un dato, quest'ultimo, che va evidentemente rapportato al livello di risorse (umane, amministrative, finanziarie, ecc.) disponibili e di complessità di regole e procedure di riconoscimento proprie ad ogni Stato membro. Nella classifica stilata dagli uffici della Commissione, sempre nel 2019, l'Italia è il solo Stato membro ad avere una percentuale inferiore alla media europea in entrambe le classifiche di riconoscimento, con o senza misure compensatorie: 81%, contro una media europea del 93%, nella prima categoria (seconda dopo l'Olanda), e 11%, contro una media europea del 36%, nella seconda classifica, il tasso più basso in assoluto.

I dati resi disponibili dagli uffici della Commissione forniscono altre indicazioni interessanti. Anzitutto informazioni sui settori nei quali più si concentrano le domande di riconoscimento: infermieri/e (23%), medici (17%), insegnanti di scuola media superiore (13%). Questi primi tre settori, da soli, assorbono più della metà di tutte le domande di riconoscimento delle qualifiche professionali. Lo Stato membro di destinazione più ricercato è stato,

<sup>22</sup> Single Market Scoreboard, Professional Qualifications 2015/2017, reperibile all'indirizzo internet [https://ec.europa.eu/internal\\_market/scoreboard/performance\\_per\\_policy\\_area/professional\\_qualifications/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/professional_qualifications/index_en.htm).

ovviamente nella situazione antecedente alla data del c.d. *Brexit* (31 gennaio 2020), il Regno Unito (55.000 decisioni di riconoscimento), con l'Italia al quarto posto (13.500 decisioni), dopo Germania e Francia, su un totale di 140.000 decisioni, sempre nel triennio 2015-2017. Sull'altro versante, gli Stati membri col più alto numero di richiedenti "in uscita" sono risultati la Romania, la Spagna e l'Italia. Quanto a quest'ultimo Stato, le destinazioni più di frequente scelte dai richiedenti il riconoscimento si sono rivelate Regno Unito, Germania e Belgio. Più in particolare, gli uffici della Commissione hanno presentato nell'aprile del 2018<sup>23</sup> un documento che rende conto dell'esperienza delle parti interessate e traccia un bilancio fattuale complessivamente positivo del funzionamento di alcuni strumenti essenziali del sistema europeo di riconoscimento dei diplomi: il successo sia della carta professionale UE, quale valida procedura elettronica alternativa per il riconoscimento, che del meccanismo di allerta; i requisiti armonizzati di formazione per il riconoscimento automatico; l'uso del potere di adozione di atti delegati da parte della Commissione; l'impiego dell'IMI; le informazioni e i servizi di *e-government* forniti ai cittadini.

Nel complesso, e per concludere, permangono certamente tuttora criticità nel recepimento e nell'attuazione delle direttive dell'Unione su alcuni aspetti particolari, come attestato da corposi "pacchetti" di lettere di costituzione in mora<sup>24</sup> o di pareri motivati<sup>25</sup> notificati nel recente passato dalla Commissione agli Stati membri, come illustrato dal rapporto del maggio 2020 della Commissione dedicato precipuamente al funzionamento della direttiva n. 2013/55/UE<sup>26</sup> e come, più in generale, confermato dalla comu-

<sup>23</sup> Commission SWD - Assessment of stakeholders' experience with the European Professional Card and the Alert Mechanisms procedure of 9/4/2018 SWD(2018)90.

<sup>24</sup> Notifica, a luglio 2018, a tutti gli Stati membri (con esclusione della Lituania) e a gennaio 2019 (ad eccezione della sola Danimarca) di lettere di costituzione in mora.

<sup>25</sup> Notifica a marzo 2019 di 24 pareri motivati (e di due lettere di costituzione in mora complementari) e a novembre 2019 di altri 22 pareri motivati (e di due lettere di costituzione in mora complementari; solo Danimarca, Croazia, Belgio e Regno Unito sono rimasti fuori da questo complesso di procedimenti di infrazione). Un'altra decina di decisioni circa l'invio di lettere di costituzione in mora, pareri motivati o il deferimento dinanzi alla Corte sono state più recentemente (tra maggio, luglio e ottobre 2020) approvate dalla Commissione, la quale nel frattempo ha comunque archiviato un numero pressoché corrispondente di casi.

<sup>26</sup> Relazione della Commissione dell'11 maggio 2020, Com(2020)191. Il documento, in particolare, basato sull'art. 60, par. 2, della direttiva n. 2005/36 riveduta, verte sui punti meno avanzati e su quelli più positivi. Tra i primi: alcuni requisiti procedurali in certi Stati membri, che creano notevoli oneri e costi per i richiedenti; l'uso di procedure che vanno al di là delle pratiche consentite dalla direttiva; i limiti persistenti al funzionamento degli sportelli unici nazionali, in termini di messa a disposizione di informazioni e procedure *online*; il non rispetto degli obblighi di trasparenza delle informazioni sulle professioni e di proporzionalità della regolamentazione (da cui la necessità della direttiva n. 2018/958/UE); casi di recepimento non corretto delle disposizioni in materia di controlli linguistici, di prestazione transfrontaliera di servizi e di accesso parziale. Tra i secondi: l'attuazione complessiva della direttiva; il sistema IMI (che contribuisce al buon funzionamento della stessa fornendo una piattaforma *online* si-

nicazione di marzo del 2020 avente ad oggetto le barriere al buon funzionamento del mercato unico<sup>27</sup>. Tuttavia, anche se ancora persistono questioni specifiche aperte, si può invece affermare che non sussistono più problemi sistemici in termini di funzionamento complessivo del sistema europeo di riconoscimento delle qualifiche professionali e questo, per quanto riguarda sia il diritto di stabilimento dei professionisti, che la prestazione temporanea di servizi in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento. La stessa crisi senza precedenti provocata dal Coronavirus ha dimostrato come perfino in una situazione estrema, di chiusura generalizzata delle frontiere non solo nazionali ma addirittura regionali, la libera circolazione tra gli Stati membri di alcune professioni essenziali (e non solo in ambito sanitario ma anche tecnologico, informatico, d'ingegneria, di sicurezza, di trasporti, alimentare, ecc.) è diventato ormai un connotato essenziale di osmosi tra gli ordinamenti nazionali, seguendo «un approccio integrato (...) al fine di tutelare la salute pubblica preservando nel contempo l'integrità del mercato interno»<sup>28</sup>. A dimostrazione appunto del profondo livello di reciproca integrazione transfrontaliera oramai raggiunto nell'ambito delle professioni in seno all'Unione europea.

Negli ultimi anni, inoltre, al di là dei requisiti giuridici che sono tenuti a rispettare tanto i soggetti interessati quanto gli Stati membri e sui quali si era focalizzata in passato l'attenzione, la Commissione europea ha concentrato la propria azione sugli aspetti di ordine procedurale e sulla modernizzazione dell'apparato normativo nel suo complesso, allo scopo di offrire soluzioni pratiche ed efficaci volte a favorire la mobilità dei professionisti nell'ambito del mercato interno. In questo contesto, i nuovi meccanismi

cura per gli scambi amministrativi, per la gestione delle domande per la tessera professionale europea e per il funzionamento del meccanismo di allerta proattiva); la cooperazione continuativa degli Stati membri; la procedura di aggiornamento dell'allegato V della direttiva (sul riconoscimento in base al coordinamento della condizioni minime di formazione); gli aggiornamenti sulla base delle notifiche effettuate dagli Stati membri attraverso il sistema IMI.

<sup>27</sup> Comunicazione della Commissione «Individuare e affrontare le barriere al mercato unico» del 10 marzo 2020, Com(2020)93, la quale fa riferimento alle problematiche segnalate dalle imprese del settore dei servizi in merito ai requisiti per l'accesso ad attività o professioni specifiche e per il loro esercizio. La comunicazione indica, in particolare, che «i requisiti di accesso e di esercizio sono stati individuati come barriere di rilievo per numerose professioni regolamentate (quali contabili, commercialisti, revisori contabili, operatori del settore edile, architetti e ingegneri, professioni legali o agenti di proprietà intellettuale) e per i servizi di commercio al dettaglio. Nell'ambito delle professioni regolamentate i requisiti di accesso sollevano problematiche quali l'accesso ad attività riservate (che richiedono qualifiche specifiche e il rispetto di altre condizioni quali l'iscrizione obbligatoria a un ordine professionale) e i requisiti di autorizzazione. I requisiti di esercizio comprendono restrizioni in materia di pubblicità, forma giuridica o partecipazione azionaria, divieti relativi all'esercizio di più professioni o requisiti assicurativi».

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione «Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19», in *Gu-UE* n. C 102I del 30 marzo 2020, p. 12 ss.

europei di cooperazione amministrativa e di semplificazione di procedure, quali ad esempio la carta professionale, lungi dal destare preoccupazioni per le amministrazioni di controllo o sollevare problemi per la salute dei pazienti, hanno apportato notevoli benefici operativi nella vita reale di tutte le parti interessate alla prestazione dei servizi professionali.

Volgendo lo sguardo all'indietro sugli ultimi due decenni, si può pertanto prendere atto con soddisfazione della realizzazione di uno spazio comune delle libere professioni maggiormente integrato ed interconnesso, nonché più sicuro, efficiente e caratterizzato da maggiore mobilità; un grande spazio integrato a disposizione non solo degli operatori ma anche dei consumatori, sotto il controllo delle autorità nazionali. Lo scorso 9 luglio la Commissione ha pubblicato ulteriori raccomandazioni di riforma delle legislazioni nazionali sui servizi professionali al fine di aggiornare le raccomandazioni formulate nel gennaio 2017, suonando la carica in vista di sforzi e risultati ancora più decisi e marcati<sup>29</sup>. Più in generale, le Istituzioni dell'Unione europea, le amministrazioni nazionali, le professioni e tutte le altre parti interessate devono impegnarsi a proseguire ed accelerare, nel corso del terzo decennio da poco iniziato, il vasto lavoro già intrapreso per attuare la libera circolazione dei servizi in generale e delle attività professionali in particolare, al fine di sfruttare appieno tutte le potenzialità ancora inespresse del Mercato interno in termini di crescita, di creazione di posti di lavoro e di innovazione, nel solco e sulla spinta delle positive realizzazioni degli ultimi vent'anni.

**Salvatore D'Acunto\*\***

#### SINTESI

Sono trascorsi buoni vent'anni, dal 2000 al 2020, da quando la Commissione europea ha avviato una riforma profonda del Mercato interno dei servizi e più particolarmente delle professioni. L'articolo traccia un *excursus* delle tappe fondamentali di questo ventennio: dalle due direttive "sorelle", la direttiva Servizi (detta "Bolkestein") n. 2006/123/Ce e la direttiva generale sul riconoscimento delle qualifiche professionali n. 2005/36/Ce, passando attraverso le raccomandazioni di riforme professionali della metà dello scorso decennio, fino alla direttiva n. 2018/958/UE sul "test di proporzionalità" *ex ante* relativo alle regolamentazio-

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione del 9 luglio 2021, Com(2021)385 fin.

\*\* Capo Unità - Commissione europea

ni nazionali in materia di professioni, divenuta applicabile dall'estate 2020. Dati alla mano, i profondi mutamenti normativi a livello europeo di questi ultimi venti anni hanno recato risultati ragguardevoli tanto per il sistema delle professioni nel suo complesso quanto per la mobilità dei professionisti individuali in seno all'Unione.

*ABSTRACT*

*20 years have passed by, between 2000 and 2020, since when the European Commission launched a profound reform of the Internal Market for services and more particularly for professions. This article provides an overview of the milestones of these 20 years: first, the two "sister" directives, i.e. the Services Directive (so called "Bolkestein") EC/2006/123 and the general directive on the recognition of professional qualifications EC/2005/36; subsequently, the recommendations for professional reforms of 2015; finally the directive EU/2018/958 on the "proportionality test" ex ante concerning the national regulations on professions, which applies since the summer of 2020. Based on official figures, the extensive legislative changes which have been introduced at European level in the last 20 years have produced remarkable results both for the whole system of professions and the mobility of individual professionals within the Union.*



## CONSIGLIO EUROPEO\*

### Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020

*Mentre l'Europa piange la perdita di vite umane a seguito della pandemia di COVID-19, il Consiglio europeo esprime il suo più profondo cordoglio per le vittime e la sua solidarietà alle loro famiglie. Mentre i cittadini europei continuano ad affrontare quotidianamente incertezze e sfide eccezionali, tutti i nostri sforzi continueranno a essere finalizzati a proteggere i cittadini e a superare la crisi.*

*La crisi COVID-19 pone l'Europa di fronte a una sfida di proporzioni storiche. L'UE e i suoi Stati membri hanno dovuto adottare misure di emergenza per preservare la salute dei cittadini e impedire il collasso dell'economia. Stiamo lentamente uscendo dalla fase acuta della crisi sanitaria. Sebbene la situazione sanitaria esiga ancora la massima vigilanza, l'attenzione si sta ora concentrando piuttosto sull'attenuazione dei danni socioeconomici. A tal fine sono necessari uno sforzo senza precedenti e un approccio innovativo, in grado di promuovere la convergenza, la resilienza e la trasformazione nell'Unione europea. Su richiesta dei capi di Stato o di governo, la Commissione ha presentato, alla fine di maggio, un pacchetto di amplissima portata che combina il futuro quadro finanziario pluriennale (QFP) con uno specifico sforzo per la ripresa nell'ambito dello strumento Next Generation EU.*

*Sulla base delle ampie consultazioni tenutesi al livello del presidente del Consiglio europeo e dei lavori svolti in sede di Consiglio, le conclusioni presentano una soluzione equilibrata che tiene conto degli interessi e delle posizioni di tutti gli Stati membri. Si tratta di un pacchetto ambizioso e articolato che combina il tradizionale QFP con uno sforzo straordinario per la ripresa volto a contrastare gli effetti di una crisi senza precedenti nell'interesse dell'UE.*

*Next Generation EU e QFP sono indissociabili. Abbiamo bisogno dello sforzo per la ripresa per rispondere con rapidità ed efficacia a una sfida temporanea, ma questo potrà dare i risultati auspicati ed essere sostenibile soltanto se*

\* I testi integrali delle Conclusioni del Consiglio europeo sono reperibili sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

associato e in armonia con il tradizionale QFP, che dal 1988 plasma le nostre politiche di bilancio e offre una prospettiva a lungo termine.

La prima parte delle presenti conclusioni riguarda lo sforzo per la ripresa, che è notevole, mirato e limitato nel tempo: notevole perché gli effetti della crisi sono di ampia portata; mirato perché deve essere destinato alle regioni e ai settori maggiormente colpiti dalla crisi; limitato nel tempo perché il QFP e le norme che lo disciplinano rimangono il quadro di base per la pianificazione e l'esecuzione del bilancio dell'Unione. I fondi supplementari generati dai prestiti contratti dall'UE saranno erogati sotto forma di sovvenzioni e prestiti attraverso gli strumenti e i programmi del QFP. Ciò è garanzia di uniformità e coerenza. Sia Next Generation EU che il QFP contribuiranno a trasformare l'UE attraverso le sue principali politiche, in particolare il Green Deal europeo, la rivoluzione digitale e la resilienza.

La seconda parte verte sul QFP 2021-2027. L'approccio si basa sulla proposta di febbraio, che è stata adattata per rispondere alla crisi COVID-19 e per tener conto delle misure adottate nell'ambito di Next Generation EU.

## **I. NEXT GENERATION EU**

A1. La natura eccezionale della situazione economica e sociale dovuta alla crisi COVID-19 impone misure eccezionali a sostegno della ripresa e della resilienza delle economie degli Stati membri.

A2. Il piano per la ripresa europea necessiterà di ingenti investimenti pubblici e privati a livello europeo che avviino saldamente l'Unione verso una ripresa sostenibile e resiliente, capace di creare posti di lavoro e di riparare i danni immediati causati dalla pandemia di COVID-19, sostenendo nel contempo le priorità verdi e digitali dell'Unione. Il QFP, rafforzato da *Next Generation EU*, sarà il principale strumento europeo.

A3. Al fine di dotare l'Unione dei mezzi necessari per affrontare le sfide poste dalla pandemia di COVID-19, la Commissione sarà autorizzata a contrarre prestiti, per conto dell'Unione, sui mercati dei capitali. Gli importi ottenuti saranno trasferiti ai programmi dell'Unione in conformità di *Next Generation EU*.

A4. Poiché *Next Generation EU* rappresenta una risposta eccezionale a una situazione estrema ma temporanea, chiari limiti di entità, durata e raggio d'azione vincolano il potere di contrarre prestiti conferito alla Commissione.

A5. In virtù della decisione sulle risorse proprie, per *Next Generation EU* alla Commissione è conferito il potere di contrarre, per conto dell'Unione, prestiti sui mercati dei capitali fino a 750 miliardi di EUR a prezzi 2018; la nuova attività di assunzione netta di prestiti cesserà al più tardi alla fine del 2026. L'Unione utilizza i prestiti contratti sui mercati dei capitali al solo scopo di far fronte alle conseguenze della crisi COVID-19.

A6. Gli importi così reperiti possono essere usati per erogare prestiti, fino a concorrenza di 360 miliardi di EUR a prezzi 2018, e per spese, fino a concorrenza di 390 miliardi di EUR a prezzi 2018.



A7. Il calendario dei rimborsi è fissato, secondo il principio della sana gestione finanziaria, in modo da ridurre costantemente e prevedibilmente le passività fino al 31 dicembre 2058. (*Omissis*)

A13. Gli impegni giuridici di un programma integrato da *Next Generation EU* devono essere contratti entro il 31 dicembre 2023. I relativi pagamenti saranno effettuati entro il 31 dicembre 2026.

## II. QFP 2021-2027

A22. Il progetto di conclusioni del Consiglio europeo di febbraio 2020 (doc. 5846/20) costituisce la base del compromesso globale. Tale progetto rispecchiava le discussioni tenute nel corso di molti mesi. Alla luce della crisi COVID-19 e delle misure adottate a titolo di *Next Generation EU*, è stata introdotta una serie di modifiche, riprese nell'allegato.

A23. L'importo totale degli impegni è pari a 1 074,3 miliardi di EUR. Questa cifra è leggermente inferiore a quella di febbraio. Ciò va visto nel contesto dell'ambizioso sforzo europeo per la ripresa delineato nella prima parte del presente documento.

A24. Gli interessi finanziari dell'Unione sono tutelati in conformità dei principi generali sanciti dai trattati dell'Unione, in particolare i valori di cui all'art. 2 TUE.

Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza del rispetto dello Stato di diritto. (*Omissis*)

## III. Transizione

A31. Non vi saranno modifiche al QFP 2014-2020. Le due Iniziative di investimento in risposta al coronavirus rimangono elementi importanti della nostra risposta a breve termine alla crisi.

A causa della situazione eccezionale, le azioni pertinenti avviate dal 1° febbraio 2020 in poi dovrebbero essere ammissibili al finanziamento a titolo di REACT-EU e del dispositivo per la ripresa e la resilienza, purché perseguano gli obiettivi dei rispettivi programmi.

## IV. Prossime tappe

A32. Il Consiglio è invitato ad avviare negoziati con il Parlamento europeo al fine di assicurare il completamento dei lavori su tutti gli atti giuridici conformemente alle pertinenti basi giuridiche con carattere di eccezionale urgenza per far sì che l'UE sia in grado di rispondere alla crisi.

A33. Non appena sarà stata adottata la decisione sulle risorse proprie, gli Stati membri procederanno alla sua approvazione nel più breve tempo possibile, conformemente alle rispettive norme costituzionali.

## **Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 1° e 2 ottobre 2020**

### **I. COVID-19**

1. Il Consiglio europeo ha tenuto una discussione approfondita sulla gestione della pandemia di COVID-19. È determinato a restare unito in questa difficile situazione e invita il Consiglio, insieme con la Commissione, a intensificare ulteriormente gli sforzi generali di coordinamento e i lavori sullo sviluppo e sulla distribuzione di un vaccino a livello dell'UE. Il Consiglio europeo tornerà periodicamente sulla questione.

### **II. Mercato unico, politica industriale e digitale**

2. La pandemia di COVID-19 avrà un impatto duraturo sull'economia europea e mondiale. Ha messo in evidenza sia le risorse che le dipendenze dell'Europa. Una solida base economica è ora più essenziale che mai per una crescita inclusiva e sostenibile, per la competitività, l'occupazione, la prosperità e il ruolo dell'Europa sulla scena mondiale.

3. A luglio il Consiglio europeo ha approvato un pacchetto per la ripresa senza precedente volto a contrastare gli effetti della COVID-19 sulle nostre economie e società e a promuovere una solida ripresa dell'Europa nonché la trasformazione e la riforma delle nostre economie. I due pilastri di tale ripresa, ossia la transizione verde e la trasformazione digitale, che si rafforzano a vicenda, insieme a un mercato unico forte e approfondito, favoriranno nuove forme di crescita, promuoveranno la coesione e la convergenza e aumenteranno la resilienza dell'UE. Raggiungere l'autonomia strategica mantenendo nel contempo un'economia aperta è un obiettivo fondamentale dell'Unione.

#### ***Mercato unico e politica industriale***

4. Il Consiglio europeo sottolinea la necessità di tornare quanto prima al normale funzionamento del mercato unico. Ma ciò non è sufficiente: trarremo insegnamenti dalla crisi COVID-19, affronteremo la frammentazione, gli ostacoli e le debolezze rimanenti e aumenteremo la nostra ambizione. Il Consiglio europeo approva le conclusioni del Consiglio del 21 settembre 2020 su un mercato unico approfondito per una ripresa forte e un'Europa competitiva e sostenibile. *(Omissis)*

5. L'UE deve perseguire una politica industriale europea ambiziosa per rendere la sua industria più sostenibile, più verde, più competitiva a livello mondiale e più resiliente. Il Consiglio europeo invita la Commissione a individuare le dipendenze strategiche, in particolare all'interno degli ecosistemi industriali più sensibili come quelli per la salute, e a proporre misure per ridurre tali dipendenze, anche diversificando le catene di produzione e di approvvigionamento, garantendo la costituzione di scorte strategiche e promuovendo la produzione e gli investimenti in Europa. *(Omissis)*

### ***Digitale***

6. La pandemia di COVID-19 ha messo ancor più in evidenza la necessità di accelerare la transizione digitale in Europa.Cogliere le opportunità offerte da tale transizione è fondamentale per rafforzare la nostra base economica, garantire la nostra sovranità tecnologica, rafforzare la nostra competitività a livello mondiale, agevolare la transizione verde, creare posti di lavoro e migliorare la vita dei cittadini. La creazione di un vero e proprio mercato unico digitale fornirà un quadro interno volto a consentire alle imprese europee di crescere ed espandersi.

Il Consiglio europeo attende con interesse, entro la fine dell'anno, la proposta della Commissione relativa a una legge sui servizi digitali e invita la Commissione a presentare, entro marzo 2021, una "bussola per il digitale" (Digital Compass) globale che definisca le ambizioni digitali concrete dell'UE all'orizzonte 2030. Essa dovrebbe istituire un sistema di monitoraggio delle capacità e abilità digitali strategiche europee e delineare i mezzi e le tappe principali per realizzare le nostre ambizioni. (*Omissis*)

### ***Prossime tappe***

15. Il Consiglio europeo tornerà sui temi del mercato unico, della politica industriale e del digitale nella riunione del marzo 2021. In tale contesto, valuterà anche la situazione relativa ai lavori sull'importante questione della tassazione del digitale.

## **III. Relazioni esterne**

### ***Mediterraneo orientale***

16. È nell'interesse strategico dell'UE avere un contesto stabile e sicuro nel Mediterraneo orientale e sviluppare relazioni di cooperazione reciprocamente vantaggiose con la Turchia. A tale riguardo è un requisito assoluto portare avanti il dialogo in buona fede e astenersi da azioni unilaterali che vanno contro gli interessi dell'UE e violano il diritto internazionale e i diritti sovrani degli Stati membri dell'UE. Tutte le divergenze devono essere appianate mediante un dialogo pacifico e in conformità del diritto internazionale. In tale contesto, il Consiglio europeo ribadisce piena solidarietà a Grecia e a Cipro, la cui sovranità e i cui diritti sovrani devono essere rispettati. (*Omissis*)

### ***Cina***

23. Il Consiglio europeo accoglie con favore la relazione orale sulla riunione dei leader dell'UE con il presidente Xi Jinping del 14 settembre e la firma dell'accordo sulle indicazioni geografiche. Sottolinea la necessità di riequilibrare le relazioni economiche e di ottenere reciprocità. Ricorda l'obiettivo di portare a termine entro la fine di quest'anno i negoziati relativi a un ambizioso accordo globa-

le UE-Cina in materia di investimenti che affronti le attuali asimmetrie nell'accesso al mercato, contribuisca a condizioni di parità e stabilisca impegni significativi in materia di sviluppo sostenibile. Invita inoltre la Cina a rispettare i precedenti impegni assunti per rimuovere gli ostacoli all'accesso al mercato, a compiere progressi riguardo alla sovracapacità e ad avviare negoziati sulle sovvenzioni all'industria in seno all'Organizzazione mondiale del commercio. *(Omissis)*

***Bielorussia (Omissis)***

***Conflitto in Nagorno-Karabakh (Omissis)***

***Alexei Navalny***

30. Il Consiglio europeo condanna il tentato omicidio di Alexei Navalny per mezzo di un agente nervino chimico militare del gruppo "Novichok". L'uso di armi chimiche costituisce una grave violazione del diritto internazionale. Il Consiglio europeo invita le autorità della Federazione russa a cooperare pienamente con l'Organizzazione per la proibizione delle armi chimiche (OPCW) al fine di garantire un'indagine internazionale imparziale e di assicurare i responsabili alla giustizia. Il Consiglio europeo tornerà sulla questione il 15 e 16 ottobre 2020.

## **Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo, 15 e 16 ottobre 2020**

### **I. COVID-19**

1. Il Consiglio europeo ha valutato l'attuale situazione epidemiologica, una situazione senza precedenti che suscita gravissime preoccupazioni.

2. Si è compiuto dei progressi finora compiuti in materia di coordinamento generale a livello di UE nella lotta contro la COVID-19, compresa la raccomandazione per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione. Invita il Consiglio, la Commissione e gli Stati membri a proseguire lo sforzo globale di coordinamento sulla base delle migliori conoscenze scientifiche disponibili, in particolare per quanto riguarda le norme di quarantena, il tracciamento transfrontaliero dei contatti, le strategie in materia di test, la valutazione congiunta dei metodi diagnostici, il riconoscimento reciproco dei test e la limitazione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE. Il Consiglio europeo ritornerà periodicamente sulla questione. *(Omissis)*

## II. Relazioni Ue-Regno Unito

4. Il Consiglio europeo rammenta che il periodo di transizione terminerà il 31 dicembre 2020 e rileva con preoccupazione che i progressi sulle principali questioni di interesse per l'Unione non sono ancora sufficienti per raggiungere un accordo.

5. Il Consiglio europeo ribadisce la determinazione dell'Unione ad avere un partenariato quanto più stretto possibile con il Regno Unito sulla base delle direttive di negoziato del 25 febbraio 2020, nel rispetto degli orientamenti e delle dichiarazioni del Consiglio europeo concordati in precedenza, in particolare delle dichiarazioni del 25 novembre 2018, soprattutto per quanto riguarda la parità di condizioni, la governance e la pesca.

6. In tale contesto, il Consiglio europeo invita il capo negoziatore dell'Unione a proseguire i negoziati nelle prossime settimane e chiede al Regno Unito di compiere i passi necessari per rendere possibile un accordo.

7. Per quanto riguarda il disegno di legge sul mercato interno presentato dal governo del Regno Unito, il Consiglio europeo ricorda che l'accordo di recesso e i relativi protocolli devono essere attuati pienamente e tempestivamente.

8. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri, le istituzioni dell'Unione e tutti i soggetti interessati a intensificare i lavori sullo stato di preparazione e prontezza a tutti i livelli e per tutti i risultati, compreso quello del mancato raggiungimento di un accordo, e invita la Commissione, in particolare, a esaminare tempestivamente le misure di emergenza unilaterali e limitate nel tempo che sono nell'interesse dell'UE.

9. Il Consiglio europeo continuerà a occuparsi della questione.

## III. Cambiamenti climatici

10. Per conseguire l'obiettivo della neutralità climatica dell'UE per il 2050, in linea con gli obiettivi dell'accordo di Parigi, l'UE deve aumentare le proprie ambizioni per il prossimo decennio nonché aggiornare il quadro per le politiche dell'energia e del clima. In tale contesto, il Consiglio europeo ha discusso la comunicazione della Commissione intitolata

"Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa", compresa la proposta di un obiettivo di riduzione delle emissioni di almeno il 55% entro il 2030, nonché le iniziative necessarie per realizzare tale ambizione. (*Omissis*)

## IV. Relazioni esterne

### *Relazioni con l'Africa*

14. L'UE attribuisce un'elevata priorità al consolidamento delle relazioni strategiche con l'Africa e al partenariato con l'Unione africana, che rimangono basati su interessi reciproci e responsabilità condivisa. L'Africa è un partner naturale per l'Unione europea, in considerazione della vicinanza geografica, storica e

culturale nonché di valori e impegni comuni. Il contesto mondiale in evoluzione e le numerose sfide a breve e lungo termine che entrambi i continenti si trovano ad affrontare mettono in rilievo l'importanza di approfondire e rinnovare le nostre relazioni politiche e la nostra cooperazione in tutti i settori.

15. Nel contesto attuale, la solidarietà e la stretta cooperazione nella lotta contro la pandemia di COVID-19, compreso lo sviluppo di vaccini e la loro distribuzione, sono fondamentali.

Il Consiglio europeo è impegnato a rafforzare il sostegno dell'UE ai sistemi sanitari nonché le capacità di preparazione e di risposta dei partner. *(Omissis)*

### ***Vicinato meridionale***

20. In quest'anno in cui si celebra il 25° anniversario del processo di Barcellona, il Consiglio europeo terrà una discussione strategica sul vicinato meridionale a dicembre.

### ***Bielorussia (Omissis)***

### ***Turchia (Omissis)***

### ***MH17***

24. Il Consiglio europeo invita la Federazione russa a proseguire i negoziati trilaterali con l'Australia e i Paesi Bassi relativi all'abbattimento del volo MH17. Dopo oltre sei anni da questo tragico evento, le 298 vittime e i loro familiari meritano giustizia. Il Consiglio europeo sostiene tutti gli sforzi volti ad accertare la verità e le responsabilità e a ristabilire la giustizia, in linea con la risoluzione 2166 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

## **Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo, 10 e 11 dicembre 2020**

*Il Consiglio europeo ha reso omaggio all'ex presidente francese Valéry Giscard d'Estaing, scomparso il 2 dicembre 2020. È stato una forza trainante del progetto europeo e ha svolto un ruolo chiave nella creazione del Consiglio europeo.*

### **I. QFP/NEXT GENERATION EU**

1. Il Consiglio europeo ricorda che l'Unione europea, i suoi Stati membri e le sue istituzioni sono tutti impegnati a promuovere e rispettare i valori su cui si fonda l'Unione, compreso lo Stato di diritto, quali sanciti dai trattati. Ricorda al-

trèsì che l'art. 7 del TUE stabilisce la procedura per affrontare le violazioni dei valori dell'Unione di cui all'art. 2 del TUE.

2. Al fine di trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente e di rispondere alle preoccupazioni espresse in merito al progetto di regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, più in particolare per quanto riguarda le modalità con cui tale regolamento sarà applicato, il Consiglio europeo sottolinea che il regolamento dovrà essere applicato nel pieno rispetto dell'art. 4, par. 2, del TUE, segnatamente dell'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri. *(Omissis)*

## II. COVID-19

5. Il Consiglio europeo accoglie con favore i recenti annunci positivi riguardanti lo sviluppo di vaccini efficaci contro la COVID-19 e la conclusione di accordi preliminari di acquisto da parte della Commissione.

6. Tuttavia, l'arrivo dei vaccini non significa che la pandemia sia terminata. La situazione epidemiologica in Europa continua a destare preoccupazione, anche se i notevoli sforzi compiuti da tutti cominciano a produrre risultati. Dobbiamo quindi continuare ad adoperarci per contrastare la diffusione del virus al fine di evitare ulteriori ondate di infezione. *(Omissis)*

## III. Cambiamenti climatici

12. Per conseguire l'obiettivo della neutralità climatica dell'UE per il 2050, in linea con gli obiettivi dell'accordo di Parigi, l'UE deve aumentare le proprie ambizioni per il prossimo decennio nonché aggiornare il quadro per le politiche dell'energia e del clima. A tal fine, il Consiglio europeo approva un obiettivo UE vincolante di riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 e invita i colegislatori a tenere conto di questo nuovo obiettivo nella proposta di legge europea sul clima e ad adottare quest'ultima rapidamente. *(Omissis)*

## IV. Sicurezza

23. Il Consiglio europeo condanna fermamente i recenti attentati terroristici che hanno colpito l'Europa. Porge le sue più sentite condoglianze alle famiglie e agli amici delle vittime ed esprime solidarietà ai cittadini di Austria, Germania e Francia. Sottolinea l'importanza di fornire sostegno alle vittime di atti terroristici e di attuare pienamente le pertinenti direttive dell'UE. Siamo uniti nella lotta alla radicalizzazione, al terrorismo e all'estremismo violento. Di fronte a questi attacchi ai diritti e alle libertà fondamentali, l'UE difenderà i valori comuni alla base delle nostre società pluraliste e proseguirà con determinazione i suoi sforzi congiunti in loro difesa. In tale contesto è importante dare piena attuazione alle decisioni esistenti. Il Consiglio europeo accoglie inoltre con favore la presentazione,

da parte della Commissione, di una nuova agenda dell'UE per la lotta al terrorismo e chiede che i relativi lavori siano portati avanti. Ribadisce il ruolo del coordinatore antiterrorismo dell'UE.

24. Il Consiglio europeo condanna tutte le forme di attacco alle libertà di espressione e di religione o di credo, compresi l'antisemitismo, il razzismo e la xenofobia, e sottolinea l'importanza di combattere l'incitamento all'odio e alla violenza come pure l'intolleranza. Accoglie con favore l'adozione della dichiarazione del Consiglio sull'integrazione della lotta contro l'antisemitismo in tutti i settori d'intervento.

25. È fondamentale prevenire la radicalizzazione e contrastare le ideologie che sono alla base del terrorismo e dell'estremismo violento, anche online. *(Omissis)*

## **V. Relazioni esterne**

*Relazioni UE-USA (Omissis)*

### ***Mediterraneo orientale***

30. Il Consiglio europeo è tornato sulle sue conclusioni del 1° e 2 ottobre 2020 in merito alle relazioni dell'Unione europea con la Turchia alla luce della situazione nel Mediterraneo orientale. La Turchia ha purtroppo intrapreso azioni unilaterali e lanciato provocazioni, così come ha intensificato la sua retorica nei confronti dell'UE, degli Stati membri dell'UE e dei leader europei. Tuttora la Turchia sta portando avanti attività unilaterali e provocatorie nel Mediterraneo orientale, anche nella zona economica esclusiva di Cipro. Il Consiglio europeo prende atto del ritiro della nave Oruç Reis da parte della Turchia e insiste su un allentamento costante delle tensioni in modo da rendere possibili la rapida ripresa e il regolare proseguimento dei colloqui esplorativi diretti tra Grecia e Turchia. *(Omissis)*

### ***Vicinato meridionale***

36. Un vicinato meridionale democratico, più stabile, più verde e più prospero costituisce una priorità strategica per l'UE. A venticinque anni dall'avvio del processo di Barcellona, siamo determinati a rilanciare, rafforzare e sviluppare ulteriormente questo partenariato strategico basato su una geografia e una storia condivise. *(Omissis)*

*Ostrovets (Omissis)*

### ***Regime globale di sanzioni dell'UE in materia di diritti umani***

42. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'adozione, da parte del Consiglio, di un regime globale di sanzioni dell'UE in materia di diritti umani.



# DOCUMENTAZIONE

---

## LA DISCIPLINA SUGLI SCAMBI TRANSFRONTALIERI DI SERVIZI NEL CETA

**Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una Parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra\***

*(Omissis)*

### CAPO 9

#### *Scambi transfrontalieri di servizi*

##### *Articolo 9.1*

##### **Definizioni**

Ai fini del presente capo si intende per:

*servizi di riparazione e manutenzione di aeromobili*, le attività effettuate su un aeromobile o su una parte di un aeromobile che non sia in servizio, esclusa la cosiddetta manutenzione di linea;

*servizi di gestione degli aeroporti*, l'esercizio o la gestione per conto terzi delle infrastrutture aeroportuali, compresi i terminal, le piste, le vie di rullaggio, i piazzali, le aree di parcheggio e i sistemi di trasporto all'interno dell'aeroporto. Si precisa che i servizi di gestione degli aeroporti non comprendono né la proprietà degli aeroporti o dei terreni aeroportuali e i relativi investimenti, né le funzioni esercitate da un consiglio di amministrazione. I servizi di gestione degli aeroporti non comprendono i servizi di navigazione aerea;

*servizi di sistemi telematici di prenotazione*, la prestazione di un servizio mediante sistemi informatici contenenti informazioni su orari dei vettori aerei, disponibilità, tariffe e norme tariffarie, per mezzo dei quali è possibile effettuare

\* In *Gu-UE* n. L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23 ss. Il testo integrale dell'Accordo è reperibile sul sito internet [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). In argomento v. *infra*, p. 727 ss., il commento di *FRANCESCO CUNSOLO*.

prenotazioni o emettere biglietti;

*scambi transfrontalieri di servizi o prestazione transfrontaliera di servizi*, la prestazione di un servizio:

a. dal territorio di una parte nel territorio dell'altra parte; oppure

b. nel territorio di una parte a un consumatore di servizi dell'altra parte, ma non comprende la prestazione di servizi nel territorio di una parte ad opera di persone dell'altra parte;

*servizi di assistenza a terra*, la prestazione per conto terzi di un servizio di assistenza amministrativa a terra e supervisione, compreso il controllo del carico e le comunicazioni; gestione dei passeggeri; gestione dei bagagli; assistenza merci e posta; assistenza operazioni in pista e servizi per aeromobili; assistenza carburante e olio; manutenzione di linea dell'aeromobile, operazioni di volo e gestione dell'equipaggio; trasporti di superficie o ristorazione. I servizi di assistenza a terra non comprendono i servizi di sicurezza o l'esercizio o la gestione delle infrastrutture aeroportuali centralizzate, come i sistemi di gestione dei bagagli, gli impianti di sghiacciamento, i sistemi di distribuzione del carburante o di trasporto all'interno dell'aeroporto;

*vendita e commercializzazione di servizi di trasporto aereo*, la possibilità per il vettore aereo interessato di vendere e commercializzare liberamente i propri servizi di trasporto aereo, compresi tutti gli aspetti della commercializzazione come le ricerche di mercato, la pubblicità e la distribuzione, escluse la tariffazione dei servizi di trasporto aereo o le condizioni applicabili; e

*servizi prestati nell'esercizio dei pubblici poteri*, qualsiasi servizio che non sia prestato a titolo commerciale o in concorrenza con uno o più prestatori di servizi.

#### Articolo 9.2

### Ambito di applicazione

1. Il presente capo si applica alle misure adottate o mantenute in vigore da una parte che incidano sugli scambi transfrontalieri di servizi ad opera di un prestatore di servizi dell'altra parte, comprese le misure che interessano:

a. la produzione, la distribuzione, la commercializzazione, la vendita e la fornitura di un servizio;

b. l'acquisto, l'uso o il pagamento di un servizio; e

c. l'accesso e il ricorso, nel quadro della prestazione di un servizio, a servizi che devono essere offerti al pubblico in generale.

2. Il presente capo non si applica alle misure che incidono:

a. sui servizi prestati nell'esercizio dei pubblici poteri;

b. nel caso dell'Unione europea, sui servizi audiovisivi;

c. nel caso del Canada, sul settore della cultura;

d. sui servizi finanziari quali definiti all'articolo 13.1 (Definizioni);

e. sui servizi aerei, sui servizi connessi a sostegno dei servizi aerei e su altri servizi prestati avvalendosi del trasporto aereo<sup>1</sup>, ad eccezione:

<sup>1</sup> Tali servizi comprendono i servizi che richiedono l'uso di un aeromobile per attività specializzate in settori come l'agricoltura, l'edilizia, l'aerofotografia, i rilevamenti e la cartografia,

- i.* dei servizi di riparazione e manutenzione di aeromobili;
  - ii.* della vendita e della commercializzazione di servizi di trasporto aereo;
  - iii.* dei servizi di sistemi telematici di prenotazione;
  - iv.* dei servizi di assistenza a terra;
  - v.* dei servizi di gestione degli aeroporti;
- f.* sugli appalti di una parte relativi a beni o servizi acquistati a fini pubblici e non di rivendita commerciale o di uso nella fornitura di beni e servizi a scopo di vendita commerciale, indipendentemente dal fatto che si tratti di un «appalto disciplinato» ai sensi dell'art. 19.2 (Ambito di applicazione e settori interessati), par. 2; oppure
- g.* sulle sovvenzioni o sugli aiuti pubblici che una parte abbia fornito in relazione agli scambi transfrontalieri di servizi.
3. Il presente capo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle parti a norma dell'accordo sui trasporti aerei tra il Canada e la Comunità europea e i suoi Stati membri, sottoscritto a Bruxelles il 17 dicembre 2009 e a Ottawa il 18 dicembre 2009.
4. Il presente capo non impone a una parte alcun obbligo in relazione ai cittadini nazionali dell'altra parte che intendono accedere al suo mercato del lavoro o che cercano un impiego permanente nel suo territorio, né conferisce alcun diritto a tali cittadini nazionali in reazione a tale accesso o impiego.

#### *Articolo 9.3*

##### **Trattamento nazionale**

1. Ciascuna parte accorda ai servizi e ai prestatori di servizi dell'altra parte un trattamento non meno favorevole di quello che riserva, in situazioni simili, ai propri servizi e prestatori di servizi.
2. Si precisa che, in relazione alle amministrazioni canadesi a livello diverso da quello federale o alle amministrazioni degli Stati membri dell'Unione europea a livello nazionale o locale, il trattamento accordato da una parte a norma del paragrafo 1 è inteso come un trattamento non meno favorevole del trattamento più favorevole accordato, in situazioni simili, da tali amministrazioni ai loro servizi e prestatori di servizi.

#### *Articolo 9.4*

##### **Prescrizioni formali**

L'art. 9.3 non impedisce a una parte di adottare o mantenere in vigore una misura che imponga prescrizioni formali in relazione alla prestazione di un servizio, a condizione che tali prescrizioni non siano applicate in modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata. Tali misure comprendono:

le attività forestali, il pattugliamento e la ricognizione, o la pubblicità aerea, se le attività specializzate sono effettuate dalla persona incaricata dell'esercizio dell'aeromobile.

a. l'obbligo di ottenere una licenza, una registrazione, una certificazione o un'autorizzazione per prestare un servizio o prescrizioni per aderire a una professione determinata, ad esempio l'obbligo di appartenenza ad un'organizzazione professionale o la partecipazione a fondi di indennizzo collettivi per i membri delle organizzazioni professionali;

b. l'obbligo che un prestatore di servizi si avvalga di un rappresentante locale o abbia un indirizzo locale;

c. l'obbligo di parlare una lingua nazionale o di essere titolare di una patente di guida; oppure

d. l'obbligo per un prestatore di servizi di:

i. versare una cauzione o un altro tipo di garanzia finanziaria;

ii. istituire un conto fiduciario o versare contributi sul medesimo;

iii. sottoscrivere un tipo particolare di assicurazione per un importo determinato;

iv. fornire altre garanzie analoghe; oppure

v. fornire accesso ai registri.

#### *Articolo 9.5*

### **Trattamento della nazione più favorita**

1. Ciascuna parte accorda ai servizi e ai prestatori di servizi dell'altra parte un trattamento non meno favorevole di quello che accorda, in situazioni simili, ai servizi e ai prestatori di servizi di un Paese terzo.

2. Si precisa che, in relazione alle amministrazioni canadesi a livello diverso da quello federale o alle amministrazioni degli Stati membri dell'Unione europea a livello nazionale o locale, il trattamento accordato da una parte a norma del par. 1 è inteso come il trattamento accordato, in situazioni simili, da tali amministrazioni nel loro territorio ai servizi o ai prestatori di servizi di un Paese terzo.

3. Il par. 1 non si applica al trattamento accordato da una parte a norma di una misura esistente o futura che preveda il riconoscimento, anche mediante un accordo o un'intesa con un Paese terzo che riconosca l'accreditamento dei servizi di prova e analisi e dei relativi prestatori, dei servizi di riparazione e manutenzione e dei relativi prestatori, e la certificazione delle qualifiche, del lavoro e dei risultati di detti servizi e prestatori di servizi accreditati.

#### *Articolo 9.6*

### **Accesso al mercato**

Le parti si astengono dall'adottare o dal mantenere in vigore, per l'intero territorio o nel territorio delle amministrazioni di livello nazionale, provinciale, territoriale, regionale o locale, misure che impongano limiti:

a. al numero dei prestatori di servizi, sotto forma di contingenti numerici, monopoli, concessioni di diritti di esclusiva o imposizione di una verifica della necessità economica;

*b.* al valore complessivo delle transazioni o delle attività patrimoniali nel settore dei servizi sotto forma di contingenti numerici o di imposizione di una verifica della necessità economica; oppure

*c.* al numero complessivo di operazioni di servizi o alla produzione totale di servizi espressi in termini di unità numeriche definite, sotto forma di contingenti o di imposizione di una verifica della necessità economica.

#### *Articolo 9.7*

##### **Riserve**

1. Gli artt. 9.3, 9.5 e 9.6 non si applicano:

*a.* alle misure non conformi esistenti mantenute in vigore da una parte a livello:

- i.* dell'Unione europea, come indicato nel suo elenco di cui all'allegato I;
- ii.* di un governo nazionale, come indicato da tale parte nel proprio elenco di cui all'allegato I;
- iii.* di un'amministrazione provinciale, territoriale o regionale, come indicato da tale parte nel proprio elenco di cui all'allegato I; oppure
- iv.* di un'amministrazione locale;

*b.* alla proroga o al rinnovo immediato di una misura non conforme di cui alla lett. *a.*; oppure

*c.* alla modifica di una misura non conforme di cui alla lettera *a.*), nella misura in cui tale modifica non riduca la conformità della misura, quale vigeva immediatamente prima della modifica, alle disposizioni degli artt. 9.3, 9.5 e 9.6.

2. Gli artt. 9.3, 9.5 e 9.6 non si applicano alle misure adottate o mantenute in vigore da una parte in relazione ai settori, ai sottosettori o alle attività indicati nel suo elenco di cui all'allegato II.

#### *Articolo 9.8*

##### **Rifiuto di accordare benefici**

Una parte può negare i benefici di cui al presente capo a un prestatore di servizi dell'altra parte che sia un'impresa di tale parte e ai servizi forniti da tale prestatore, qualora:

*a.* tale impresa sia di proprietà o sotto il controllo di un prestatore di servizi di un Paese terzo; e

*b.* la parte che nega i benefici adotti o mantenga in vigore nei confronti di tale Paese terzo una misura:

- i.* relativa al mantenimento della pace e della sicurezza a livello internazionale; e
- ii.* che vieti le transazioni con tale impresa, o che risulterebbe violata o elusa qualora i benefici di cui al presente capo fossero accordati all'impresa.

*(Omissis)*



## I PRINCIPI BASE IN MATERIA DI LIBERALIZZAZIONE DEI SERVIZI E LA LORO DISCIPLINA ALL'INTERNO DEL CETA\*

**Sommario:** *Introduzione - 1. Il progressivo riconoscimento dello scambio di servizi nell'ambito del diritto internazionale dell'economia - 2. La nozione di scambio di servizi - 3. I principi in materia di liberalizzazione dei servizi nel CETA - 3.1 I principi generali nel sistema WTO - 3.2 La disciplina contenuta nel CETA - 4. Conclusioni*

### 1. Introduzione

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, il mercato transfrontaliero dei servizi ha acquisito sempre più importanza nel commercio internazionale; ciò ha imposto un significativo adeguamento del diritto internazionale, che ha portato ad un progressivo incremento di accordi di libero scambio, soprattutto bilaterali e a carattere regionale, attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni in materia.

L'Accordo economico e commerciale globale concluso tra l'Unione europea e il Canada nell'agosto del 2014<sup>1</sup> (*Comprehensive Economic and*

\* Il presente lavoro è stato realizzato nell'ambito del progetto «L'Accordo CETA tra UE e Canada: sostenibilità e partecipazione», finanziato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna e sotto la responsabilità scientifica della Prof.ssa Elisa Baroncini, Dipartimento di Scienze Giuridiche, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

<sup>1</sup> L'Accordo è stato firmato il 30 ottobre 2016 ed è entrato in applicazione provvisoria il 21 settembre 2017. Il testo dell'Accordo è consultabile alla pagina dedicata al CETA, sul sito internet della Commissione europea: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>. In dottrina si veda: K. HÜBNER (ed.), *Europe, Canada and the Comprehensive Trade Agreement*, Oxon-New York, Routledge, 2011; L. BIUKOVIC', *Transparency Norms, the World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 93 ss.; J. DE BEER, *Implementing International Trade Agreements in Federal Systems: A Look at the Canada-EU CETA's Intellectual Property Issues*, *ivi*, p. 51 ss.; S. KRSTIC, *Regulatory Cooperation to Remove Non-tariff Barriers to Trade in Products: Key Challenges and Opportunities for the Canada- EU Comprehensive Trade Agreement*, *ivi*, p. 3 ss.; J. MATHIS, *Multilateral Aspects of Advanced Regulatory Cooperation: Considerations for a Canada-EU Comprehensive Trade Agreement (CETA)*, *ivi*, p. 73 ss.; A. DE MESTRAL, *When*

*Trade Agreement* - CETA), che ha inaugurato la stagione dei *mega-regionals* dell'Unione europea, ha introdotto, accanto alla disciplina relativa alla liberalizzazione degli scambi di merci, un'intera sezione<sup>2</sup> dedicata agli scambi transfrontalieri di servizi; quest'ultima costituisce la base per la liberalizzazione del mercato nel quadro del CETA.

Questo articolo intende analizzare i principi base che si sono affermati nell'ambito della liberalizzazione dei servizi, dedicando una particolare attenzione alle disposizioni in materia contenute nell'Accordo CETA: una volta ricostruita l'evoluzione della disciplina relativa al mercato dei servizi nel quadro giuridico internazionale, alla luce delle più importanti convenzioni internazionali, ci si soffermerà sulla nozione di «servizi» e sui diversi approcci seguiti dalle convenzioni in materia, soprattutto nell'ambito del sistema multilaterale degli scambi. Infine, verrà analizzata la disciplina relativa agli scambi di servizi contenuta nel CETA, valutando il contributo che l'Accordo tra Unione europea e Canada ha fornito all'evoluzione di questo fondamentale settore del diritto internazionale del commercio.

## **2. Il progressivo riconoscimento dello scambio di servizi nell'ambito del diritto internazionale dell'economia**

Il diritto internazionale dedicato agli scambi di servizi costituisce una branca molto recente del diritto internazionale del commercio. Come molti altri settori di recente evoluzione, la disciplina in materia è formata prevalentemente da accordi internazionali, mentre trova ancora uno scarso riscontro a livello consuetudinario. Il commercio dei servizi rappresenta un elemento cruciale dei sistemi economici moderni: nei Paesi industrializzati, due terzi degli introiti nazionali sono generati dal mercato dei servizi, e anche nei Paesi in via di sviluppo essi costituiscono un terzo del prodotto interno lordo. Nonostante l'importanza sempre crescente che i servizi rivestono nelle economie nazionali, la quota degli scambi di servizi a livello internazionale si aggira intorno al 20-25% del commercio mondiale, senza che vi sia stato alcun incremento significativo a partire dagli anni Ottanta<sup>3</sup>.

*Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space Under CETA*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 641 ss.; G. M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi integr. eur.*, n. 2-3, 2016, pp. 329-354; T. RENSMANN (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements*, Cham, Springer, 2017.

<sup>2</sup> La disciplina relativa al mercato dei servizi è contenuta nel Capo 9 dell'Accordo, intitolato «Scambi transfrontalieri di servizi», e comprende gli articoli dal 9.1 al 9.8.

<sup>3</sup> Per un aggiornamento sui dati, si veda World Trade Organization (WTO), *World Trade Statistical Review 2019*, p. 9 ss., consultabile *online* all'indirizzo internet [https://www.wto.org/english/res\\_e/statistics/wts2019\\_e/wts19\\_toc\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/statistics/wts2019_e/wts19_toc_e.htm)



Il concetto di servizio si caratterizza per la sua grande eterogeneità: esso comprende attività come il turismo, le telecomunicazioni, l'istruzione e la ricerca, il trasporto aereo e marittimo, i servizi finanziari, per citarne solo alcune. La stessa varietà è riscontrabile anche tra i fornitori di servizi, che spaziano dalle grandi compagnie multinazionali fino ad arrivare ai liberi professionisti. Alcuni settori, come l'istruzione e i servizi sociali, si caratterizzano per una forte presenza dello Stato nella loro gestione; esistono, invece, altri servizi che tradizionalmente appartengono alla sfera privata.

Alla luce di questa forte eterogeneità, non sorprende che non esista una definizione uniforme e universalmente condivisa di «servizio». La dottrina è riuscita tuttavia a individuarne i caratteri generali: questi comprendono l'elemento dell'intangibilità, della non conservabilità, nonché la contestualità tra la produzione del servizio e il suo consumo, ragione per cui è spesso necessaria la vicinanza tra il fornitore del servizio e il consumatore<sup>4</sup>. Quest'ultimo aspetto rappresenta una caratteristica tipica dello scambio di servizi, nonché uno dei motivi per cui le regole in materia si applicano non solo ai fornitori e ai produttori, con riferimento ai requisiti professionali che devono soddisfare, ma anche al servizio in quanto tale, soprattutto in relazione al rispetto di determinati *standard* tecnici.

Analizzando l'evoluzione della disciplina sotto il profilo storico, già nella prima metà dell'Ottocento sono state elaborate norme internazionali riguardanti la regolamentazione di servizi specifici, come le telecomunicazioni<sup>5</sup>, i servizi postali<sup>6</sup> e i trasporti; al di là di questi particolari settori, il diritto internazionale relativo allo scambio di servizi è prevalentemente un fenomeno recente, che si è sviluppato soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Fino alla fine degli anni Ottanta, infatti, esistevano

<sup>4</sup> M. KRAJEWSKI, *Trade in Services*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Heidelberg, Oxford University Press, 2019, p. 2.

<sup>5</sup> A seguito dell'invio del primo messaggio pubblico da parte di Samuel Morse, avvenuto il 24 maggio 1844 sulla linea telegrafica tra Washington e Baltimora, il telegrafo divenne in breve tempo un servizio ampiamente accessibile al pubblico. Il primo accordo internazionale in materia fu la Convenzione di Parigi del 1865 (*International Telegraph Convention*), alla quale aderirono 20 Stati europei, che portò all'istituzione dell'Unione telegrafica internazionale (*Union des Administrations télégraphiques*). Per approfondimenti, si veda M. COGLITORE, *Fare rete. Dall'Unione internazionale telegrafica all'Unione internazionale delle Telecomunicazioni*, in *Rivista dell'Istituto di Studi Storici Postali*, n. 5, 2013, p. 51.

<sup>6</sup> La prima conferenza internazionale per la riforma postale si tenne a Parigi l'11 maggio 1863, e vide la partecipazione di 15 Stati europei e americani. Questa conferenza portò all'elaborazione dei principi generali da rispettare nella conclusione di futuri accordi internazionali in materia, e fece da apripista al Trattato di Berna del 1874, che istituì l'Unione Postale Universale (*Universale Postal Union - UPU*). Cfr. M. BURRI, *Postal Communications, International Regulations*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Heidelberg, Oxford University Press, 2013, p. 1.

pochi accordi internazionali che trattassero gli aspetti commerciali dello scambio transfrontaliero dei servizi, al di fuori delle importanti disposizioni sulla libertà di circolazione dei servizi contenute in quello che, all'epoca, era il Trattato istitutivo della Comunità economica europea<sup>7</sup> e nel Codice per la Liberalizzazione delle Operazioni Invisibili Correnti, adottato nell'ambito dell'OCSE, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (*Organization for Economic Co-operation and Development - OECD*). A partire dai primi anni Novanta, invece, sono stati conclusi numerosi accordi, sia a carattere universale sia regionale, che si sono occupati anche di servizi transfrontalieri<sup>8</sup>: tra questi, per citarne alcuni, vanno segnalati il recentissimo accordo commerciale siglato da Stati Uniti, Messico e Canada (*United States, Mexico, Canada Trade Agreement - USMCA*), che ha sostituito il precedente trattato commerciale nordamericano (*North American Free Trade Agreement - NAFTA*), concluso dagli stessi Paesi nel 1994<sup>9</sup>; l'Accordo Quadro sullo Scambio di Servizi del 1995, concluso nell'ambito dell'Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico (*Association of South-East Asian Nations - ASEAN*)<sup>10</sup>, e il Protocollo di Montevideo sullo scambio di servizi, adottato nel 1997 all'interno del mercato comune dell'America meridionale (*Mercado Común*

<sup>7</sup> Trattato istitutivo della Comunità economica europea, (Roma, 1957), Titolo III, Capo 3, art. 59: «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione». La disciplina relativa alla libera circolazione dei servizi è compresa tra gli artt. 59-66.

<sup>8</sup> Per la precisione, i primi accordi bilaterali contenenti disposizioni riguardanti la liberalizzazione dei servizi sono stati conclusi a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta: ci si riferisce al Protocollo sullo Scambio di Servizi allegato al *Closer Economic Relations Trade Agreement* (CER), concluso nel 1988 tra Australia e Nuova Zelanda, e al Trattato di Libero Scambio tra Canada e Stati Uniti (*Free Trade Agreement - FTA*), firmato il 2 gennaio 1988 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1989.

<sup>9</sup> Il primo testo dell'USMCA è stato firmato dai Capi di Stato di Stati Uniti, Canada e Messico il 30 novembre 2018; il testo definitivo è stato firmato il 10 dicembre 2019, al termine di una lunga rinegoziazione delle regole legate alla produzione e all'*export* di acciaio e alluminio, di farmaci, servizi digitali e in materia di lavoro. L'Accordo dedica ai servizi transfrontalieri il Capitolo 15: l'art. 15.2, che sostituisce l'art. 1201 del NAFTA, indica lo scopo e l'ambito della disciplina in materia di servizi, e stabilisce quanto segue: «1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to cross-border trade in services by a service supplier of another Party, including a measure relating to: (a) the production, distribution, marketing, sale or delivery of a service; (b) the purchase or use of, or payment for, a service; (c) the access to or use of distribution, transport, or telecommunications networks or services in connection with the supply of a service; (d) the presence in the Party's territory of a service supplier of another Party; or (e) the provision of a bond or other form of financial security as a condition for the supply of a service».

<sup>10</sup> L'ASEAN è una organizzazione politica, economica e culturale di nazioni situate nel Sud-est asiatico, fondata nel 1967 allo scopo di promuovere la cooperazione e l'assistenza reciproca fra gli Stati membri, con l'obiettivo di incentivare il progresso economico e migliorare la stabilità politica ed economica della regione.

*del Sur - MERCOSUR*), una organizzazione nata nel 1991 con l'obiettivo di abolire i dazi doganali e creare un mercato comune tra gli Stati che ne fanno parte<sup>11</sup>.

Tra i motivi che hanno generato questo improvviso e recente sviluppo del diritto internazionale riguardante lo scambio transfrontaliero di servizi ci sono, da un lato, le grandi innovazioni tecnologiche che hanno rivoluzionato, in particolare, il mondo delle telecomunicazioni e dei computer; queste hanno reso possibile, per la prima volta, l'accesso remoto ai servizi, incidendo profondamente nel modo di fornire e usufruire di un servizio. Inoltre, i cambiamenti politici avvenuti in molti Paesi dell'OECD, che hanno portato alla liberalizzazione di numerosi servizi e alla privatizzazione di settori che fino a quel momento erano stati monopolio degli Stati, come ad esempio le telecomunicazioni, i servizi postali e i trasporti, hanno favorito l'accesso al mercato da parte di fornitori di servizi di altri Paesi.

A conferma dell'importanza dello scambio di servizi nel commercio internazionale, in vista di una maggiore integrazione non solo economica ma anche politica, l'Unione europea ha reso la circolazione dei servizi una delle libertà fondamentali del proprio sistema giuridico: l'art. 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), infatti, stabilisce chiaramente che «[...] le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione».

A livello universale, l'unico accordo multilaterale espressamente dedicato allo scambio di servizi è l'Accordo Generale sul Commercio dei Servizi (*General Agreement on Trade in Services - GATS*)<sup>12</sup>, frutto dei negoziati svoltisi nel corso dell'*Uruguay Round* e adottato nel 1994 come parte integrante del nuovo sistema giuridico dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (*World Trade Organization - WTO*)<sup>13</sup>. Le disposizioni

<sup>11</sup> L'Organizzazione è stata fondata con il Trattato di Asunción, firmato il 26 marzo 1991 da Brasile, Argentina, Uruguay e Paraguay.

<sup>12</sup> Si veda C. DORDI, *Gli accordi sul commercio di servizi*, in G. VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 65 ss.

<sup>13</sup> Per approfondimenti sul GATS, si veda M. KRAJEWSKI, *General Agreement on Trade in Services (1994)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2019. Tra gli Autori italiani, si segnala: P. MENGOZZI, *Trade in Services and Commercial Policy*, in M. MARESCAU (ed.), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, pp. 223-247; E. GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi. I sistemi di liberalizzazione GATT, OCSE e CE*, Napoli, Jovene (collana "Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università

contenute nel GATS sono divenute un punto di riferimento per numerosi accordi regionali e bilaterali in materia di scambi di servizi<sup>14</sup>; inoltre l'Accordo fissa le condizioni che gli Stati membri sono tenuti a rispettare nella stipulazione di accordi di integrazione economica, senza violare il diritto dell'OMC<sup>15</sup>.

### 3. La nozione di scambio di servizi

La maggior parte degli accordi commerciali bilaterali e multilaterali non dà una definizione di «servizi» in quanto tali. Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea si distingue, in questo senso, fornendo una propria ed esaustiva definizione: secondo l'art. 57 «(...) sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni». Come già detto, a differenza del TFUE, gli accordi commerciali che contengono una disciplina sui servizi non danno una definizione di servizio, ma piuttosto di «commercio di servizi», e si distinguono in due categorie, a seconda del modello seguito: da un lato abbiamo il modello del GATS, che ricomprende nel concetto di servizio gli investimenti; dall'altro definizioni che si

di Torino"), 1994; P. MENGOZZI, *Le GATS: un accord sans importance pour la Communauté européenne?*, in *Revue du marché unique européen*, vol. 2, 1997, pp. 19-44.; P. MENGOZZI (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999; G. ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, Cedam, 2001; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2001; G. VENTURINI - G. COSCIA - M. VELLANO (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, Giuffrè, 2005; P. GUERRIERI - L. SALVATICI, *Il Doha Round e il Wto. Una valutazione quantitativa degli scenari di liberalizzazione commerciale*, Bologna, Il Mulino, 2008; G. VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, Giuffrè, 2015; G. SACERDOTI, *L'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS): dal quadro OMC all'attuazione interna*, in G. SACERDOTI e G. VENTURINI (eds.), *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, Giuffrè, 1997.

<sup>14</sup> S.M. STEPHENSON, *Regional versus Multilateral Liberalization of Services*, in *World Trade Review*, 2002, n. 1, pp. 187-209.

<sup>15</sup> L'articolo V del GATS (*Economic Integration*) stabilisce che: «1. This Agreement shall not prevent any of its Members from being a party to or entering into an agreement liberalizing trade in services between or among the parties to such an agreement, provided that such an agreement: (a) has substantial sectoral coverage, and (b) provides for the absence or elimination of substantially all discrimination, in the sense of Article XVII, between or among the parties, in the sectors covered under subparagraph (a), through: (i) elimination of existing discriminatory measures, and/or (ii) prohibition of new or more discriminatory measures, (...)».

ispirano all'Accordo NAFTA tra Stati Uniti, Messico e Canada, che invece esclude gli investimenti dalla nozione di commercio di servizi<sup>16</sup>.

La nozione di commercio di servizi individuata nel GATS è senza dubbio il punto di riferimento essenziale per inquadrare la disciplina internazionale in materia, poiché si estende ben oltre il tradizionale concetto di scambio transfrontaliero (*cross-border*), includendo la circolazione dei consumatori e dei fattori produttivi (quindi capitale e lavoro), oltre alla disciplina dei fornitori di servizi (produttori, commercianti, distributori). L'art. 1, par. 2, del GATS distingue quattro differenti modalità di fornitura del servizio: la prima modalità, il classico «commercio transfrontaliero» (o *cross-border*), ossia un servizio fornito da uno Stato e destinato ad un altro Stato (ad esempio le chiamate telefoniche internazionali); la seconda, il «consumo all'estero» (*consumption of a service abroad*), che ha luogo quando il servizio viene fornito e consumato nel medesimo Stato, in genere quello del fornitore (ad esempio il turismo); la terza, che consiste nella «presenza commerciale» (*commercial presence*), ossia quando il servizio viene fornito attraverso lo stabilimento fisico del produttore straniero sul territorio nazionale nel quale risiede il consumatore (ad esempio i servizi bancari); infine la quarta modalità, la «presenza di persone fisiche» (*presence of natural person*), che riguarda quei casi in cui il servizio è fornito da un cittadino straniero, il quale soggiorna temporaneamente e presta la propria opera nel territorio di un altro Stato (ad esempio imprese di costruzioni che realizzano progetti edilizi all'estero). Inoltre, come già accennato, questa definizione di commercio di servizi prevista dal GATS include anche gli investimenti diretti esteri<sup>17</sup>, che rientrano nella terza e quarta modalità, ossia la presenza commerciale e la presenza di persone naturali.

La nozione contenuta nel GATS è servita da modello per diversi strumenti normativi regionali che trattano, tra le varie materie, anche il commercio di servizi: tra questi si può citare il Protocollo di Montevideo sugli scambi di servizi (*Montevideo Protocol on Trade in Services*)<sup>18</sup>, adottato

<sup>16</sup> Come già anticipato, il NAFTA è stato recentemente sostituito da un nuovo accordo commerciale tra Stati Uniti, Messico e Canada, l'USMCA, che riprende molte disposizioni del precedente accordo di libero scambio, tra le quali la disciplina in materia di scambio transfrontaliero di servizi.

<sup>17</sup> Si veda F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in A. COMBA (ed.), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 131-170.

<sup>18</sup> L'art. 2, par. 2, del Protocollo sembra riprendere esattamente la nozione contenuta nel GATS: «A los efectos del presente Protocolo, se define el comercio de servicios como la prestación de un servicio: a. del territorio de un Estado Parte al territorio de cualquier otro Estado Parte; b. en el territorio de un Estado Parte a un consumidor de servicios de cualquier otro Estado Parte; c. por un prestador de servicios de un Estado Parte mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Estado Parte; d. por un prestador de servicios de un Estado

nell'ambito del MERCOSUR nel 1997, e il *Framework Agreement on Trade in Services* del 1995, adottato nell'ambito dell'Associazione delle Nazioni del Sud-est Asiatico (*Association of South-East Asian Nations - ASEAN*), che segue l'approccio del GATS benché non contenga una specifica definizione di commercio di servizi.

Per quanto riguarda, invece, la definizione di commercio di servizi contenuta nel NAFTA, quest'ultimo limita le disposizioni sui servizi agli scambi transfrontalieri (*cross-border trade in services*)<sup>19</sup>. Inoltre, al contrario della definizione molto più ampia prevista nel GATS, il NAFTA esclude espressamente il settore degli investimenti dall'ambito di applicazione del Capitolo 12, dedicato appunto allo scambio transfrontaliero di servizi; questo perché gli investimenti ricevono già un'ampia disciplina nel Capitolo 11, che infatti riguarda gli investimenti in beni e servizi.

Esistono, poi, approcci alternativi ai due modelli presi in esame, che elaborano una nozione di commercio di servizi che rappresenta un ibrido tra le due diverse concezioni: si tratta di accordi commerciali che riprendono le quattro modalità di fornitura dei servizi introdotte dal GATS, ma allo stesso tempo dedicano un capitolo a parte agli investimenti, sulla falsariga del NAFTA; il motivo alla base di questa scelta è che questi accordi mirano a raggiungere una profonda coesione tra i capitoli dedicati, rispettivamente, al libero scambio di servizi e agli investimenti, includendo disposizioni comuni che vietano trattamenti discriminatori, e in generale individuando *standard* di trattamento che si applicano ad entrambi i settori<sup>20</sup>.

All'interno di questo contesto, il CETA adotta un terzo approccio alla nozione di commercio di servizi: infatti il Capo 9 dell'Accordo, espressamente dedicato agli scambi transfrontalieri di servizi, non comprende tutte e quattro le modalità di fornitura previste nel GATS, ma solo le prime due, ossia il tradizionale commercio transfrontaliero e il consumo all'estero, che avviene quando il servizio viene servito nel medesimo Stato; per quanto riguarda invece gli investimenti e la circolazione delle persone,

Parte mediante la presencia de personas físicas de un Estado Parte en el territorio de cualquier otro Estado Parte».

<sup>19</sup> Ai sensi dell'art. 1213, par. 2, del NAFTA, «(...) cross-border provision of a service or cross-border trade in services means the provision of a service: (a) from the territory of a Party into the territory of another Party, (b) in the territory of a Party by a person of that Party to a person of another Party, or (c) by a national of a Party in the territory of another Party, but does not include the provision of a service in the territory of a Party by an investment, as defined in Article 1139 (Investment Definitions), in that territory; (...)». La disposizione è stata recepita all'art. 15.1 del nuovo Accordo USMCA.

<sup>20</sup> Esempio di accordi che adottano questo approccio congiunto sono l'Accordo di Libero Scambio Singapore-Australia (*Singapore-Australia Free Trade Agreement - SAFTA*), entrato in vigore nel 2003, e l'accordo CECA tra India e Singapore (*India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement*), del 2005.

questi ricevono una trattazione in due distinti capitoli, rispettivamente il Capo 8 e il Capo 10. L'Accordo, inoltre, dedica una trattazione specifica a settori chiave del commercio di servizi, a conferma della complessità e dell'importanza che questa disciplina riveste negli scambi commerciali tra Unione europea e Canada: i servizi finanziari (Capo 13), i servizi di trasporto marittimo internazionale (Capo 14), le telecomunicazioni (Capo 15), il commercio elettronico (Capo 16).

La presenza massiccia di una disciplina, sia generale che per specifici settori, relativa al commercio di servizi dimostra, in maniera inequivocabile, che uno degli obiettivi dell'Accordo è la creazione di una cornice giuridica adeguata all'incremento esponenziale dei flussi non solo di beni, ma anche di servizi e investimenti tra Unione europea e Canada<sup>21</sup>; in questo modo viene garantito alle imprese europee un rapporto diretto nel mercato canadese, che permette loro di essere maggiormente competitive e non necessariamente svantaggiate rispetto alle concorrenti americane, le quali oggi possono beneficiare dell'Accordo USMCA<sup>22</sup>.

#### **4. I principi in materia di liberalizzazione dei servizi nel CETA**

##### *4.1 I principi generali nel sistema WTO*

Prima di analizzare nello specifico la disciplina generale riguardante gli scambi transfrontalieri di servizi contenuta nel CETA, bisogna fare una doverosa premessa. Le regole internazionali relative al commercio di servizi si sono sviluppate sulla base degli *standard* e dei principi che governano gli scambi dei beni. Ciò significa che la disciplina che regola gli scambi internazionali si caratterizza per la presenza di una serie di principi generali che devono essere applicati e rispettati tanto negli scambi di beni quanto nel commercio di servizi. I principi in questione comprendono la clausola della nazione più favorita (*Most Favoured Nation Clause - MFN*) e il principio del trattamento nazionale (*National Treatment Principle - NT*), che rappresentano le due articolazioni attraverso le quali si esprime il principio cardine del diritto dell'OMC, ossia il principio di non discriminazione, che vieta trattamenti preferenziali senza che questi vengano accordati a tutti i membri dell'Organizzazione.

<sup>21</sup> P. MENGOZZI, *Les valeurs de l'Union et le règlement des différends dans le domaine des investissements internationaux*, in *Dir. Un. Eur.*, 2020, n. 3, pp. 473-487.

<sup>22</sup> E in precedenza del NAFTA; sul tema si veda G. STEGHER, *Canada-Unione europea: i nuovi equilibri della partnership economica e commerciale di libero scambio*, in *Federalismi.it* - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 2017, n. 14, p. 3.

Partendo dal principio del trattamento nazionale, questo riguarda la dimensione "interna" del principio di non discriminazione, dal momento che impone che i prodotti importati ricevano lo stesso trattamento di quelli prodotti all'interno della nazione. La disciplina generale relativa al trattamento nazionale può essere rinvenuta nei quattro accordi fondamentali del sistema OMC, ossia nell'Accordo istitutivo dell'OMC, nell'art. 3 dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*), nell'articolo XVII del GATS e all'art. 3 dell'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS*); in tal modo il principio trova applicazione, rispettivamente, al settore delle merci, dei servizi e della proprietà intellettuale, benché la disciplina sia differenziata in base al settore di riferimento<sup>23</sup>. È importante notare che il principio del trattamento nazionale si applica solo quando un prodotto, un servizio o un elemento di proprietà intellettuale è entrato nel mercato; ciò significa che l'imposizione di dazi doganali su una importazione non è una violazione del trattamento nazionale, anche se i prodotti di produzione locale non pagano una tassa equivalente<sup>24</sup>.

Nel caso della prestazione di servizi, una nota in calce all'articolo XVII del GATS<sup>25</sup> stabilisce che «[g]li impegni specifici assunti a norma del presente articolo non sono da interpretarsi nel senso di imporre ai Membri di compensare eventuali svantaggi di tipo concorrenziale derivanti dal fatto che i servizi o fornitori pertinenti sono stranieri». In altre paro-

<sup>23</sup> L'articolo XVII del GATS, in particolare, stabilisce quanto segue: «1. Nei settori inseriti nel suo Elenco e ferme restando eventuali condizioni e requisiti indicati nello stesso, ciascun Membro accorda ai servizi e ai prestatori di servizi di un altro Membro un trattamento non meno favorevole di quello accordato ad analoghi servizi e fornitori di servizi nazionali, per quanto riguarda tutte le misure concernenti la fornitura di servizi. 2. Un Membro può adempiere all'obbligo di cui al paragrafo 1 accordando ai servizi e ai fornitori di servizi di qualsiasi altro Membro un trattamento formalmente identico o formalmente diverso rispetto a quello accordato ad analoghi servizi e prestatori di servizi nazionali. 3. Un trattamento formalmente identico o formalmente diverso è considerato meno favorevole qualora esso modifichi le condizioni della concorrenza a favore di servizi o fornitori di servizi del Membro rispetto ad analoghi servizi o prestatori di servizi di un altro Membro».

Va notato che l'obiettivo del principio del trattamento nazionale ex articolo XVII del GATS è identico a quello previsto all'art. 3 del GATT (che riguarda lo scambio di merci), ossia proteggere la parità di trattamento tra i servizi nazionali e quelli stranieri, nonché tra i vari prestatori di servizi. Si veda, a tal proposito, la giurisprudenza dell'OMC, in particolare *WTO China - Certain Measures Affecting Electronic Payment Services - Report of the Panel* (16 July 2012), WT/DS413/R, par. 7.700: «Article XVII seeks to ensure equal competitive opportunities for like services of other Members».

<sup>24</sup> F. VISONI, *I principi fondamentali della WTO*, in *Ius in itinere*, 2017, consultabile online all'indirizzo internet <https://www.iusinitinere.it/principi-fondamentali-della-wto-3636>; R.E. VINUESA, *National Treatment, Principle*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2011, pp. 1-14.

<sup>25</sup> Per il testo dell'articolo, vedi nota 18.



le, il principio del trattamento nazionale riguarda ed esige la protezione del rapporto concorrenziale tra un servizio nazionale ed uno straniero all'interno del mercato domestico, ma non prevede l'impegno da parte dello Stato di eliminare quegli svantaggi concorrenziali che affliggono il servizio e il suo fornitore in quanto stranieri<sup>26</sup>.

Per quanto attiene alla dimensione "esterna" del principio di non discriminazione, questa si esplica nella clausola della nazione più favorita, che obbliga uno Stato a riconoscere a ciascuno Stato membro, immediatamente ed incondizionatamente, un trattamento non meno favorevole di quello accordato a qualunque altro Stato. In questo modo, i vantaggi e i privilegi concessi da uno Stato membro ad un altro devono essere estesi a tutti gli altri Stati membri, evitando così trattamenti discriminatori in base al *partner* commerciale. In maniera analoga al principio del trattamento nazionale, anche la clausola della nazione più favorita trova la propria disciplina generale nell'Accordo istitutivo dell'OMC, nell'art. 1 del GATT<sup>27</sup>, nell'articolo II del GATS<sup>28</sup> e nell'art. 4 del TRIPS<sup>29</sup>. Questo principio prevede che ogni volta che uno Stato rimuove un ostacolo agli scambi o si apre ad un mercato, deve farlo per gli stessi prodotti o servizi provenienti da tutti i suoi *partner* commerciali.

Va segnalato che, a differenza del principio del trattamento nazionale, la clausola della nazione più favorita prevede alcune eccezioni, ma solo alle condizioni rigorose e disciplinate dagli Accordi stessi. A titolo di esempio, l'articolo II, par. 2, del GATS prevede la possibilità per gli Stati membri di tenere misure incompatibili con quanto stabilito al par. 1, «(...) purché tali misure siano elencate nell'allegato sulle esenzioni a norma dell'articolo II, e ne soddisfino le condizioni». Ciò significa che ciascun Governo può precisare i limiti per l'accesso al suo mercato da parte delle imprese straniere.

<sup>26</sup> La giurisprudenza dell'OMC ha richiamato questo principio nel caso *WTO Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services ("Argentina Financial Services")* - Report of the Appellate Body (14 April 2016), WT/DS453/AB/R, par. 6.104: «The standard of "treatment no less favourable" must be based on the impact on the conditions of competition that results from the contested measure».

<sup>27</sup> Art. 1, par. 1, del GATT: «1. Tutti i vantaggi, favori, privilegi o immunità, concessi da una Parte contraente a un prodotto originario da ogni altro Paese, o a esso destinato, saranno estesi, immediatamente e senza condizioni, a tutti i prodotti congeneri, originari del territorio di ogni altra Parte contraente, o a esso destinati. (...)».

<sup>28</sup> Articolo II, par. 1, del GATS: «1. Per quanto concerne le misure contemplate dal presente Accordo, ciascun Membro è tenuto ad accordare ai servizi e ai prestatori di servizi di un qualsiasi altro Membro, in via immediata e incondizionata, un trattamento non meno favorevole di quello accordato ad analoghi servizi e prestatori di servizi di qualsiasi altro paese».

<sup>29</sup> Art. 4 del TRIPS: «Per quanto riguarda la protezione della proprietà intellettuale, tutti i vantaggi, benefici, privilegi o immunità accordati da un Membro ai cittadini di qualsiasi altro paese sono immediatamente e senza condizioni estesi ai cittadini di tutti gli altri Membri. (...)».

Inoltre l'articolo XIV dell'Accordo prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare misure restrittive giustificate da motivi di ordine pubblico, o dalla necessità di tutelare la vita o la salute delle persone.

A questo proposito si può notare come lo scambio di servizi, a differenza del commercio di beni, non sia afflitto da imposizioni tariffarie; ciò si spiega col fatto che la liberalizzazione e l'accesso al mercato dei servizi adotta un approccio diverso rispetto allo scambio di beni: le barriere al commercio dei servizi, infatti, sono perlopiù misure di regolamentazione interna, come ad esempio concessioni di licenze e requisiti professionali. Questo mette in luce il delicato equilibrio tra le esigenze di liberalizzazione del mercato dei servizi e la tutela dell'autonomia regolamentare interna, da cui può scaturire un potenziale conflitto: infatti le misure di protezione adottate da uno Stato possono essere un ostacolo al commercio libero dei servizi, ma allo stesso tempo servono a potenziare le regole in materia di controllo della qualità e accessibilità del servizio.

Dal momento che la regolamentazione dei servizi va a toccare numerosi temi socialmente sensibili, come i valori culturali e la coesione sociale, gli effetti del conflitto tra le distinte esigenze di regolamentazione e liberalizzazione dei servizi possono avere una risonanza molto più profonda, se paragonati al commercio di beni<sup>30</sup>.

Infine, rimanendo sempre in tema di servizi, l'articolo XVI del GATS indica gli impegni che gli Stati devono assumersi per garantire l'accesso al mercato dei servizi, specificando che uno Stato membro deve astenersi dal mantenere o adottare misure, sia a livello regionale sia nel territorio nazionale, che possano limitare il numero dei prestatori di servizi o del valore complessivo delle transazioni «(...) sotto forma di contingenti numerici, monopoli, concessioni di diritti di esclusiva, o imposizione di una verifica della necessità economica (...)»<sup>31</sup>. Dal momento che le misure non discriminatorie sono coperte anche dall'obbligo del trattamento nazionale, la funzione dell'articolo XVI del GATS è quella di completare il quadro di tutela previsto dai principi del trattamento nazionale e della nazione più favorita.

#### 4.2 *La disciplina contenuta nel CETA*

Come è stato precedentemente anticipato, l'Accordo economico e commerciale globale tra Unione europea e Canada dedica ampio spazio al settore dei servizi; al punto che si può tranquillamente affermare, senza

<sup>30</sup> M. KRAJEWSKI, *Trade in Services*, cit. supra, nota 4, p. 1.

<sup>31</sup> Articolo XVI, par. 2, lett. a) GATS.

timore di smentita, che il CETA sia l'accordo di più ampia portata che l'Unione europea abbia mai concluso<sup>32</sup>.

L'Accordo dedica, come già visto, il Capo 9 agli scambi transfrontalieri di servizi, dove vengono fissate le linee generali della disciplina. Dopo essersi soffermato sulle definizioni di alcune particolari tipologie di servizi, come i servizi di gestione degli aeroporti e quelli di assistenza a terra, l'art. 9.1 specifica cosa si intende per «scambio transfrontaliero di servizi» o «prestazione transfrontaliera di servizi», riprendendo le prime due modalità previste all'art. I, par. 2 del GATS, ossia la fornitura di un servizio «(...) a) dal territorio di una parte al territorio dell'altra parte; oppure b) nel territorio di una parte al consumatore di servizi dell'altra parte»; è invece esplicitamente esclusa «(...) la prestazione di servizi nel territorio di una parte ad opera di persone dell'altra parte»<sup>33</sup>.

Si tratta di un approccio alternativo sia a quello più completo previsto nel GATS, che riconosce quattro differenti modalità di fornitura dei servizi, ricomprendendovi gli investimenti, sia a quello di altri accordi regionali, che adottano la stessa definizione del GATS dedicando, tuttavia, una trattazione specifica al settore degli investimenti.

L'art. 9.2 specifica l'ambito di applicazione della disciplina dell'Accordo riguardante lo scambio di servizi; a tal proposito è opportuno fare alcune precisazioni con riferimento agli approcci, o tecniche, che le parti di un accordo commerciale possono adottare nell'indicare gli impegni e le eccezioni alla liberalizzazione dei servizi. In generale si suole distinguere tra due tipi di approcci, basati sul ricorso ad una «lista positiva» o ad una «lista negativa»<sup>34</sup>.

Il metodo della «lista positiva» prevede che le parti di un accordo indichino esplicitamente, in un apposito elenco, quei settori dei servizi che intendono liberalizzare, nel rispetto degli obblighi di accesso al mercato e del trattamento nazionale; inoltre le parti devono specificare i limiti e le condizioni alle quali subordinano i suddetti obblighi. Da qui il significato "positivo" attribuito a queste liste, dal momento che ogni impegno assunto da parte dello Stato, con le relative eccezioni e limitazioni, deve essere

<sup>32</sup> Si prevede che metà della crescita economica dell'Unione europea legata al CETA provenga dall'aumento degli scambi di servizi. Fonte: Elaborazione a cura dell'Ufficio per le Politiche di Internazionalizzazione e Mercati di Confcooperative su materiali della Commissione europea. Disponibile *online* all'indirizzo internet <https://www.internazionalizzazione.confcooperative.it/News-e-iniziative/Novit%C3%A0/ArtMID/417/ArticleID/2533/CETA-i-contenuti-dellaccordo-di-libero-scambio-tra-Europa-Canada>.

<sup>33</sup> Comprehensive Economic and Trade Agreement, art. 9.1.

<sup>34</sup> Si veda il report della Commissione europea, *Services and investment in EU trade deals: Using "positive" and "negative" lists*, 4 aprile 2016, consultabile *online* all'indirizzo internet [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/april/tradoc\\_154427.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/april/tradoc_154427.pdf).

espressamente indicato<sup>35</sup>. È interessante notare come l'approccio "positivo" sia in realtà un ibrido: laddove un settore deve essere positivamente (ossia chiaramente) elencato, allo stesso tempo tutte le misure non conformi agli obblighi di accesso al mercato e trattamento nazionale che lo Stato intenda mantenere devono essere, a loro volta, specificate; il che appare, in maniera evidente, un elemento più congeniale ad un approccio "negativo"<sup>36</sup>. Tra gli accordi commerciali che fanno ricorso all'approccio della lista positiva, il GATS rappresenta il modello di riferimento.

Per quanto riguarda, invece, il metodo attraverso la «lista negativa», in questo caso le parti dell'accordo non devono compilare un elenco dei settori per i quali intendono rispettare gli obblighi di accesso al mercato e trattamento nazionale, bensì il contrario: la lista creata dalle parti conterrà i servizi che quelle intendono escludere dall'applicazione dei suddetti obblighi. In altre parole, i principi del trattamento nazionale e dell'accesso al mercato si applicheranno a tutti i settori e a tutte le misure, a meno che un settore specifico dei servizi non sia esplicitamente escluso, attraverso un'apposita lista, dal processo di liberalizzazione. Alla luce di queste caratteristiche, l'approccio tramite la lista negativa promuove la trasparenza per quei settori e quelle misure che non sono pienamente liberalizzati.

In linea generale, uno Stato parte di un accordo sulla liberalizzazione dei servizi si serve di due distinti allegati per indicare le proprie riserve nella lista negativa: da un lato abbiamo un elenco dettagliato di tutte le misure già vigenti all'interno dello Stato in questione, che derogano ai principi di accesso al mercato e trattamento nazionale (dunque una lista di misure già esistenti non conformi); dall'altro un elenco dei settori che lo Stato intende sottrarre, in futuro, al processo di liberalizzazione, inclusi tutti quei casi in cui non sono ancora state adottate misure che derogano ai principi indicati (ossia una lista di misure future non conformi). Seguendo questa procedura, gli Stati si riservano la possibilità di modificare, nel corso del tempo, il processo di liberalizzazione dei servizi.

In merito alla disciplina contenuta nel CETA, quest'ultimo rappresenta il primo accordo siglato dall'Unione europea nel quale viene adottato l'approccio della lista negativa, ossia attraverso l'indicazione espressa dei servizi che continuano ad essere protetti, quindi esclusi dal processo di liberalizzazione. Il par. 2 dell'art. 9.2 stabilisce che la disciplina relativa alla liberalizzazione dei servizi prevista nell'Accordo non si applica alle misu-

<sup>35</sup> Vedi P. LOW – A. MATTOO, *Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization Under the GATS*, in P. SAUVÉ – R. STERN (eds.), *GATS 2000: New Directions in Service Trade Liberalization*, Washington D.C., Brookings Institute Press, 2000.

<sup>36</sup> M. KRAJEWSKI, *Trade in Services*, cit. supra, nota 4, p. 6.

re che incidono su specifici settori; questi comprendono il settore degli audiovisivi (per l'Unione europea) e quello della cultura (per il Canada), i servizi finanziari definiti all'art. 13.1, i servizi aerei e in generale connessi al trasporto aereo, con l'eccezione dei servizi di terra, gli appalti relativi a beni o servizi acquistati a fini pubblici e non alla rivendita commerciale, nonché i servizi prestati nell'esercizio dei pubblici poteri; questi ultimi, secondo la definizione fornita dal GATS, riguardano quei servizi che non vengono forniti «(...) su base commerciale, né in concorrenza con uno o più fornitori di servizi»<sup>37</sup>. Questo significa che non sono esentate dall'applicazione del CETA tutte quelle situazioni in cui i servizi pubblici e quelli privati sono complementari e concorrenziali<sup>38</sup>. In questo senso, è possibile notare come la categoria dei «servizi prestati nell'esercizio dei pubblici poteri», alla quale fa riferimento l'Accordo, sia alquanto ristretta: tra questi rientrano, ad esempio, le forze armate e l'emissione di moneta, mentre altri servizi, come l'istruzione superiore, sono esclusi da questa categoria<sup>39</sup>.

A completare il quadro previsto dall'art. 9.2 dell'Accordo intervengono due allegati: l'Allegato I indica i servizi esclusi dal processo di liberalizzazione, in virtù del già enunciato metodo della «lista negativa»; l'Allegato II, invece, contiene un corposo elenco di settori rispetto ai quali le Parti si riservano il diritto di adottare misure future non necessariamente conformi agli obblighi previsti dal CETA<sup>40</sup>, ossia i principi del trattamento nazionale, dell'accesso al mercato e del trattamento della nazione più favorita. Tra questi settori l'Unione europea ha fatto rientrare anche i servizi considerati pubblici a livello nazionale o locale, che nel testo della sua riserva, riguardante l'accesso al mercato, «(...) possono essere soggetti a

<sup>37</sup> Art. 1, par. 3, lett. c) del General Agreement on Trade in Services (GATS).

<sup>38</sup> Per quanto riguarda l'Italia, a titolo di esempio, l'istruzione e la sanità non sono servizi forniti «nell'esercizio dell'autorità governativa», quindi appannaggio esclusivo del settore pubblico, dal momento che sono esercitati anche nella sfera privata.

<sup>39</sup> Come già anticipato nella nota precedente, il settore dell'istruzione si caratterizza per la coesistenza del servizio pubblico e del servizio privato (si pensi alle università private), con effetti sotto il profilo della concorrenza. Il tema della liberalizzazione dei servizi pubblici all'interno del CETA è stato al centro del dibattito negoziale, in virtù della sua delicatezza: il Parlamento europeo, con una nota del giugno 2011, richiamava l'attenzione della Commissione su questo tema: «Il Parlamento europeo, (...) rileva che la Commissione ha scelto, per quanto concerne la liberalizzazione dei servizi, un approccio basato su un elenco negativo, ma ritiene che ciò debba essere considerato una mera eccezione e non debba diventare un precedente per i futuri negoziati; ritiene che l'esenzione dal GATS per i servizi pubblici rimanga lo strumento più adeguato per assicurare a tutti i cittadini l'accesso a tali servizi». Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2011 sulle relazioni commerciali UE-Canada, P7\_TA(2011)0257.

<sup>40</sup> CETA, Allegato II, art. 1: «L'elenco di una parte di cui al presente allegato stabilisce (...) le riserve formulate da tale parte in relazione a specifici settori, sottosettori o attività per cui può mantenere misure esistenti, o adottarne di nuove o più restrittive, non conformi agli obblighi imposti (...)».

monopoli statali o a diritti esclusivi concessi a operatori privati». Questa riserva dell'Unione europea precisa, infatti, che i c.d. «servizi pubblici» riguardano settori quali i servizi di consulenza in campo tecnico e scientifico, i servizi di ricerca e sviluppo (R&S) nell'ambito delle scienze sociali e umane, i servizi tecnici di prova e analisi, i servizi ambientali, i servizi sanitari, i servizi di trasporto e i servizi ausiliari a tutte le modalità di trasporto. La riserva poi prosegue riconoscendo che «[g]li operatori privati beneficiano spesso di diritti esclusivi su questi servizi, ad esempio mediante concessioni da parte delle autorità pubbliche, fatti salvi specifici obblighi di servizio. Dato che i servizi pubblici esistono spesso anche a livello decentrato, è praticamente impossibile stilare un elenco dettagliato ed esauriente per ogni settore»<sup>41</sup>. Sono esclusi da questa esenzione i servizi di telecomunicazione e i servizi informatici.

L'art. 9.3 dell'Accordo fissa il principio del trattamento nazionale, e utilizza una formula che sembra riproporre letteralmente la definizione prevista all'articolo XVII del GATS: il par. 1 dell'art. 9.3, infatti, stabilisce che «[c]iascuna parte accorda ai servizi e ai prestatori di servizi dell'altra parte un trattamento non meno favorevole di quello che riserva, in situazioni simili, ai propri servizi e prestatori di servizi». L'art. 9.4 completa la disciplina del rispetto del trattamento nazionale, introducendo l'eccezione rappresentata dalle c.d. prescrizioni formali, vale a dire quelle misure, come l'obbligo di residenza o di disporre di particolari certificazioni per l'esercizio di una determinata professione, che fissano particolari requisiti per la prestazione di un servizio; ai sensi del par. 1 dell'art. 9.4, queste misure sono fatte salve purché «(...) non siano applicate in modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata».

Del medesimo tenore è l'art. 9.5, dedicato al principio del trattamento della nazione più favorita: il par. 1, che stabilisce che «[c]iascuna parte accorda ai servizi e ai prestatori di servizi dell'altra parte un trattamento non meno favorevole di quello che accorda, in situazioni simili, ai servizi e ai prestatori di servizi di un paese terzo» ripropone quanto affermato all'articolo II del GATS<sup>42</sup>; in linea con quest'ultimo, che consente comunque alle parti di adottare misure incompatibili con la clausola della nazione più favorita, sempre nel rispetto dei principi del GATS, il par. 3 dell'art. 9.5 del CETA sottrae al principio della nazione più favorita qualunque trattamento accordato da una parte ad uno Stato terzo, sulla base di un accordo o un'intesa che riconosca l'accreditamento dei servizi di prova, di riparazione, manutenzione e le relative certificazioni.

<sup>41</sup> CETA, Allegato II, Elenco della parte UE - Riserve applicabili nell'Unione europea.

<sup>42</sup> Vedi nota 23.

Per quanto riguarda l'accesso al mercato, l'art. 9.6 dell'Accordo recupera anche in questo caso quanto stabilito all'articolo XVI del GATS, indicando le misure che le Parti devono astenersi dall'adottare e che possono compromettere il corretto e uniforme accesso al mercato dei servizi. A differenza però della disposizione contenuta nel GATS, che prevede un ampio ventaglio di misure che gli Stati membri non devono adottare<sup>43</sup>, la norma contenuta nel CETA restringe il campo delle misure vietate, comprendendo solo quelle che, nell'ordine, limitano il numero di prestatori di servizi, il valore complessivo delle transazioni e il numero complessivo di imprese di servizi (corrispondenti alle lett. *a*), *b*) e *c*) dell'art. XVI del GATS).

Di particolare importanza è l'art. 9.7 del CETA («Riserve»), poiché indica le misure escluse dall'applicazione dei principi del trattamento nazionale, della nazione più favorita e dell'accesso al mercato. A tal proposito, il par. 1 stabilisce che gli artt. 9.3, 9.5 e 9.6, dedicati ai principi appena analizzati, non si applicano «(...) alle misure non conformi esistenti mantenute in vigore da una parte (...)»; la norma poi prosegue rinviando, per quanto riguarda l'Unione europea, all'elenco contenuto nell'Allegato 1, dove sono indicate tutte le misure in vigore nel territorio dell'Unione e sottratte al processo di liberalizzazione previsto dall'Accordo.

Sempre per quanto riguarda il par. 1 dell'art. 9.7, la lett. *c*. prevede, anche se non esplicitamente e ricorrendo ad una formula un po' contorta, la c.d. clausola *standstill*: si tratta di una clausola, presente in alcuni trattati internazionali, che comporta per uno Stato parte di un trattato un obbligo di *non facere* al momento dell'entrata in vigore dell'Accordo. Nel caso della disciplina relativa agli scambi transfrontalieri di servizi prevista nel CETA, la lett. *c*. dell'art. 9.7 esclude dal processo di liberalizzazione dei servizi, in una maniera, è il caso di notare, decisamente legnosa, «[la] modifica di una misura non conforme (...) nella misura in cui tale modifica non riduca la conformità della misura»; in altre parole, una Parte potrà

<sup>43</sup> Ai sensi dell'articolo XVI, par. 2 del GATS, le misure che gli Stati membri devono astenersi dall'adottare sono: *a*. limitazioni al numero di prestatori di servizi, sotto forma di contingenti numerici, monopoli, concessioni di diritti di esclusiva, o imposizione di una verifica della necessità economica; *b*. limitazioni al valore complessivo delle transazioni o dell'attivo nel settore dei servizi sotto forma di contingenti numerici o di imposizione di una verifica della necessità economica; *c*. limitazioni al numero complessivo di imprese di servizi o alla produzione totale di servizi espressa in termini di unità numeriche definite sotto forma di contingenti o di imposizione di una verifica della necessità economica; *d*. limitazioni al numero totale di persone fisiche che possono essere impiegate in un particolare settore o da un prestatore di servizi, e che sono necessarie e direttamente collegate alla fornitura di un servizio specifico, sotto forma di contingenti numerici o di imposizione di una verifica della necessità economica; *e*. misure che limitano o impongono forme specifiche di personalità giuridica o *joint venture* con le quali un fornitore di servizi può svolgere la sua attività; *f*. limitazioni alla partecipazione di capitale estero in termini di limite percentuale massimo alle partecipazioni straniere o di valore totale di investimenti stranieri singoli o complessivi.

modificare le leggi nazionali che prevedono una misura non conforme, solo se tali modifiche non riducono il livello di liberalizzazione.

La previsione della clausola *standstill* nell'ambito degli scambi transfrontalieri di servizi tra Unione europea e Canada, anche se non esplicita, è in linea con quanto previsto, sempre all'interno del CETA, nell'ambito del processo di liberalizzazione degli scambi di merci (Capo 2); tuttavia, a differenza della disciplina sui servizi, dove la clausola in esame viene implicitamente suggerita, la disciplina relativa alle merci risulta più accurata: l'art. 2.7, infatti, è interamente dedicato alla clausola *standstill*, e stabilisce chiaramente che «(...) [u]na volta entrato in vigore il presente accordo le parti non possono aumentare un dazio doganale esistente al momento dell'entrata in vigore del presente accordo, o adottare nuovi dazi doganali sulle merci originarie dell'una o dell'altra parte».

Un altro elemento significativo che emerge dalla disciplina del CETA sulla liberalizzazione dei servizi è l'introduzione, anche in questo caso suggerita, della c.d. clausola *ratchet*, che stabilisce l'irreversibilità di tutte quelle misure adottate dopo l'entrata in vigore dell'Accordo e che conducono ad una maggiore liberalizzazione. Si tratta di una disposizione molto delicata, in quanto può ostacolare ogni tentativo di diminuire il livello di privatizzazione già raggiunto nel settore pubblico. L'esistenza della clausola *ratchet* all'interno del CETA si deduce, implicitamente, dal fatto che le eccezioni alle liberalizzazioni elencate all'Allegato I si riferiscono solo alle leggi già in vigore e non conformi alle disposizioni del CETA<sup>44</sup>.

## 5. Conclusioni

Dall'analisi delle disposizioni contenute nel CETA relative allo scambio transfrontaliero dei servizi, alla luce della disciplina globale prevista non solo negli altri accordi commerciali a carattere regionale, ma anche e soprattutto nel GATS, appare evidente come l'Accordo tra Unione europea e Canada si ponga in linea con il modello previsto dal GATS, basato sull'individuazione di diverse modalità di fornitura di servizi, ma allo stesso tempo se ne discosti, prevedendo solo due dei quattro modelli di fornitura<sup>45</sup> e dedicando una trattazione specifica al settore degli investimenti e alla circolazione delle persone fisiche per motivi professionali.

<sup>44</sup> CETA, Allegato I, *Riserve relative alle misure esistenti e impegni di liberalizzazione*, par. 1: «L'elenco di una parte di cui al presente allegato stabilisce (...) le riserve formulate da tale parte in relazione alle misure esistenti non conformi agli obblighi imposti dai seguenti articoli (...)».

<sup>45</sup> Vale a dire la prestazione dal territorio di una parte al territorio dell'altra, oppure la prestazione nel territorio di una parte ad un consumatore di servizi dell'altra parte.



È opportuno notare come la disciplina del CETA relativa alla liberalizzazione dello scambio di servizi abbia destato diverse perplessità, sia per quanto riguarda la scelta di ricorrere alla «lista negativa», sia con riferimento all'impatto che l'Accordo può avere sul settore pubblico, dal momento che esclude dal suo ambito di applicazione i servizi che ogni Stato fornisce «nell'esercizio della sua autorità governativa», non anche quei servizi in cui settore pubblico e privato convivono.

Tuttavia le riserve espresse dall'Unione europea, indicate all'Allegato II, dovrebbero smentire qualsiasi timore in questo senso, dal momento che sembrano mettere al sicuro i servizi pubblici dal processo di liberalizzazione, riservando alle Parti la possibilità di adottare, con riferimento ai servizi considerati «pubblici», misure non conformi ai principi del trattamento nazionale, della nazione più favorita e dell'accesso al mercato.

**Francesco Cunsolo\*\***

#### SINTESI

Il mercato dei servizi rappresenta oggi un elemento cruciale degli scambi commerciali, con un impatto fortissimo non solo nelle economie nazionali, ma anche negli scambi internazionali. Nel diritto internazionale dell'economia la disciplina dedicata alla liberalizzazione dei servizi, pur essendo ancora relativamente recente, si è sviluppata con una certa rapidità, attraverso l'adozione di numerosi accordi commerciali, sia multilaterali che bilaterali, che hanno dedicato una particolare attenzione a questo tema. Il presente contributo, dopo aver inquadrato i principi base della normativa internazionale in materia di servizi, in particolare le disposizioni contenute nel General Agreement on Trade in Services del 1994 (GATS) e in altri importanti accordi commerciali, analizzerà la disciplina sullo scambio transfrontaliero dei servizi contenuta nell'Accordo economico e commerciale globale concluso tra Unione europea e Canada (Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA), valutandone gli aspetti positivi e le criticità soprattutto alla luce del sistema multilaterale degli scambi.

\*\* Dottorando in Diritto internazionale / *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

*ABSTRACT*

*The services market represents today a crucial element of trade, with a very strong impact not only on national economies, but also on the international scene. As part of international economic law, the discipline dedicated to the liberalization of services, although still relatively recent, has rapidly developed through the adoption of several trade agreements, both multilateral and bilateral, which have paid particular attention to this issue. This contribution, after framing the basic principles of international economic law related to services, in particular the provisions of the 1994 General Agreement on Trade in Services (GATS) and other important trade agreements, will analyse the legal framework on cross-border trade in services provided by the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the European Union and Canada, highlighting both the positive and the critical aspects, especially in the light of the multilateral trading system.*

## **LA CIRCOLAZIONE DEI BENI CULTURALI: QUADRO NORMATIVO E CRITICITÀ DEL SISTEMA ITALIANO**

**Sommario:** *Premessa - 1. Le Convenzioni internazionali – 2. La disciplina europea. I Trattati - 2.1 La disciplina europea. Il Regolamento (Ce) n. 116/2009 - 2.2 La disciplina europea. La direttiva n. 2014/60/UE – 3. La normativa interna. Cenni storici - 3.1 Il dlgs n. 42/2004. I beni culturali – 4. La circolazione dei beni culturali. Uscita dal territorio nazionale - 4.1 La circolazione dei beni culturali. Uscita dal territorio dell'Unione europea. L'azione di restituzione - 5. Sanzioni penali - 6. Diritti del privato in caso di diniego dell'attestato di libera circolazione o della licenza di esportazione – 7. Conclusioni. Criticità sotto il profilo interno - 7.1 Conclusioni. Criticità sotto il profilo del diritto dell'Unione europea – 7.2 Effetti sul provvedimento amministrativo della violazione del diritto dell'Unione.*

### **Premessa**

La disciplina dei beni culturali è materia di grande interesse anche per i profili di rilievo economico sottesi alla loro circolazione; nel commercio delle opere d'arte "convivono", infatti, due categorie di norme, il cui coordinamento è tutt'altro che agevole.

Da un canto, le disposizioni sui diritti reali e sui contratti, che regolano le relazioni giuridiche di diritto privato relative al godimento ed al trasferimento della titolarità dei diritti sugli stessi; dall'altro, le norme di diritto pubblico con le quali gli Stati tutelano il proprio patrimonio culturale, ponendo limiti tanto al godimento che alla circolazione dei beni che lo compongono, anche sotto il profilo della semplice fuoriuscita del bene dal territorio nazionale.

Alle norme di diritto pubblico è sottesa la pretesa dello Stato di non disperdere il patrimonio nazionale, ferma la titolarità del bene secondo le

norme di diritto privato<sup>1</sup>; ne è corollario l'azione per il rientro del bene che sia illegalmente fuoriuscito dal suo territorio.

Dato di premessa è che lo Stato può essere o meno titolare di un diritto reale sul bene, secondo lo schema tradizionale di diritto civile, restando, comunque, ferma la sua potestà di limitare la facoltà del suo trasferimento geografico, fino a prevalere sull'interesse del titolare del diritto reale.

Il proprietario di un bene culturale, è stato definito, dunque, titolare di una situazione giuridica soggettiva di «proprietà gestoria»<sup>2</sup> perché il suo dominio sulla *res* si arresta dinanzi al limite imposto dal particolare interesse culturale del bene stesso; egli ha, soltanto, il diritto di gestirlo, rispettando l'obbligo di non alterarlo, ed ha, inoltre, l'onere di "prestarlo" al godimento della collettività.

Il presente lavoro si muove nel perimetro dei vincoli alle esportazioni, che, naturalmente, attengono ai soli beni mobili, evidenziando talune criticità di sistema su cui appare auspicabile un intervento del legislatore.

La tutela delle istanze dei singoli Stati di protezione del proprio patrimonio culturale ha reso necessaria la adozione di regole uniformi.

La mancanza di una disciplina a livello internazionale comporterebbe, di fatto, la concreta irrecuperabilità del bene culturale fuoriuscito dal territorio dello Stato in violazione dei vincoli di livello pubblico, persino se trafugato<sup>3</sup>.

Pensiamo al caso in cui il bene fuoriuscito sia oggetto di acquisto *a non domino* nel territorio di uno Stato terzo che, come il nostro, contempla la regola «possesso vale titolo» come modo di acquisto della proprietà a titolo originario.

È quanto accaduto nella vicenda esaminata dalla Corte di cassazione civile, sez. I, nella sentenza del 24 novembre 1995, n. 12166<sup>4</sup>; la Suprema Corte ha confermato la sentenza del giudice del merito che aveva respinto la domanda proposta dallo Stato francese (nei confronti del Ministero dei beni culturali italiano e degli acquirenti) per la restituzione di due arazzi trafugati nel 1975. Si è ivi osservato che al momento dell'acquisto dei be-

<sup>1</sup> F. CAPELLI, *Rilancio dell'attività economica in Italia attraverso la valorizzazione dei beni culturali*, in questa *Rivista*, 2013, p. 281 ss. Nell'articolo si evidenzia la straordinaria rilevanza del patrimonio artistico italiano e la necessità della sua valorizzazione quale strumento di rilancio dell'economia, anche attraverso il coinvolgimento di associazioni private, legittimate – in attuazione dell'art. 118 Cost. – allo svolgimento di attività di interesse generale.

<sup>2</sup> G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 270 ss.

<sup>3</sup> F. CAPELLI, *Rilancio dell'attività economica in Italia*, *cit. supra*, nota 1, osserva che il pericolo che i beni culturali vadano persi, trafugati, distrutti o danneggiati è sempre presente e non potrà mai essere del tutto eliminato.

<sup>4</sup> In *Riv. dir. int. priv. proc.* 1997, p. 427.

ni, avvenuto pacificamente in data anteriore alla entrata in vigore in Italia della Convenzione UNESCO – (che all'art. 3 considera «illeciti l'importazione, l'esportazione e il trasferimento di proprietà di beni culturali (...)» ed all'art. 7 si occupa dei «beni esportati illecitamente dopo l'entrata in vigore della Convenzione») – non vi erano ostacoli alla piena operatività nel nostro Stato degli artt. 1147 e 1153 cod. civ., come per qualsiasi bene mobile.

Nel caso esaminato, peraltro, è stato ritenuto inapplicabile anche l'art. 7, lett. *b.*, *ii.*, della Convenzione UNESCO, che prevede, comunque, l'obbligo di restituzione del bene a carico della parte, che, all'epoca della entrata in vigore in Italia della Convenzione, detiene «legalmente» un oggetto di interesse artistico appartenente ad uno Stato straniero giacché – si è osservato – tale norma presuppone che l'attore prospetti in causa l'offerta di un indennizzo, eventualità nella specie esaminata non verificatasi.

## 1. Le Convenzioni internazionali

Le definizioni di «beni culturali» e di «patrimonio culturale» sono state elaborate a livello internazionale e sono poi transitate nei singoli ordinamenti interni.

L'art. 1 della Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954, ratificata in Italia con la legge n. 279 del 7 febbraio 1958, in materia di protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, considera beni culturali, prescindendo dalla loro origine o dal loro proprietario, «i beni, mobili o immobili, di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli, come i monumenti architettonici, di arte o di storia, religiosi o laici; le località archeologiche; i complessi di costruzione che, nel loro insieme, offrono un interesse storico o artistico; le opere d'arte, i manoscritti, libri e altri oggetti d'interesse artistico, storico, o archeologico; nonché le collezioni scientifiche e le collezioni importanti di libri o di archivi o di riproduzione dei beni sopra definiti».

Unitamente alla Convenzione è stata deliberata l'adozione del Regolamento di esecuzione e di un primo Protocollo annesso.

Ha fatto seguito un secondo protocollo, aperto ai soli Stati già parte della Convenzione del 1954, adottato all'Aja il 26 marzo 1999 ed entrato in vigore sul piano internazionale il 9 marzo 2004.

Il primo documento internazionale rivolto a contrastare il traffico illecito di beni culturali in tempo di pace è la Convenzione UNESCO, conclusa a Parigi nel novembre 1970, ratificata dall'Italia in forza della legge 30

ottobre 1975 n. 873 ed entrata in vigore il 2 gennaio 1979, a seguito del deposito dello strumento di ratifica il 2 ottobre 1978<sup>5</sup>.

L'art. 1 della citata Convenzione qualifica «beni culturali» quelli designati da ciascuno Stato come importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza ed appartenenti alle categorie elencate nello stesso articolo.

Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione sono considerati illeciti l'importazione, l'esportazione ed il trasferimento di proprietà di beni culturali effettuati in contrasto con le disposizioni adottate dagli Stati partecipanti in virtù della Convenzione.

Il sistema di circolazione internazionale si basa sull'emanazione di uno specifico certificato di esportazione, in assenza del quale nessun bene culturale può uscire dal Paese (art. 6).

L'art. 7 della Convenzione impegna gli Stati:

- ad adottare tutte le misure necessarie, in conformità con la legislazione nazionale, per impedire l'acquisizione, da parte di musei ed altre istituzioni dislocate sul proprio territorio, di beni culturali provenienti da un altro Stato parte della Convenzione esportati illecitamente dopo l'entrata in vigore della Convenzione (lett. *a*).

nonché:

- a proibire l'importazione dei beni culturali rubati in un museo o in un monumento pubblico o in una istituzione similare, ubicati sul territorio di un altro Stato parte della Convenzione (lett. *b. i*).

- ad adottare misure appropriate per recuperare e restituire, su richiesta dello Stato d'origine aderente alla Convenzione, qualsiasi bene culturale oggetto di furto ed importato dopo l'entrata in vigore della Convenzione, a condizione che lo Stato richiedente versi un equo indennizzo alla persona acquirente in buona fede o che detenga legalmente la proprietà. (lett. *b. ii*).

Complementare alla Convenzione UNESCO è la Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati<sup>6</sup>, firmata a Roma il 24 giugno 1995, ratificata dall'Italia con l. 7 giugno 1999 n. 213 ed ora richiamata dall'art. 87 del Codice dei beni culturali.

<sup>5</sup> La Convenzione UNESCO del 1970 non è *self-executing*; ciò comporta la non applicabilità diretta delle sue disposizioni all'interno degli Stati contraenti, che devono provvedere alla trasposizione negli ordinamenti nazionali mediante norme di attuazione. Sul punto M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali: diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 16.

<sup>6</sup> Per osservazioni si rinvia a: I. CARACCILO, *Analogie e differenze tra la Convenzione UNESCO del 1970 sui mezzi per vietare e prevenire il trasferimento illecito di proprietà del patrimonio culturale e la Convenzione UNIDROIT del 1995 sulla restituzione dei beni culturali rubati o illecitamente esportati*, in P. PAONE (a cura di), *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, p. 58.

Detta Convenzione contempla norme che sotto molti profili si sovrappongono e prevalgono sulle norme nazionali in materia di diritti reali.

Essa disciplina le richieste di carattere internazionale:

- di «restituzione» di beni culturali rubati;
- di «ritorno» di beni culturali esportati dal territorio di uno Stato contraente in violazione della legge interna.

In particolare, sotto il primo profilo l'art. 3, par. 1, prevede un obbligo incondizionato del possessore di restituire al proprietario il bene oggetto di furto; la disposizione prevale, dunque, su eventuali norme nazionali che contemplino l'acquisto *a non domino* del possessore in buona fede.

Il possessore a cui venga ordinata la restituzione del bene ha, comunque, titolo per ricevere il pagamento di un equo indennizzo qualora dimostri di non conoscere (e di non averne potuto avere notizia, secondo criteri di ordinaria diligenza) la provenienza furtiva del bene al momento del suo acquisto<sup>7</sup> (art. 4).

In base all'art. 3, par. 3 e 4, la domanda di restituzione va proposta nel termine di prescrizione di tre anni dal momento in cui l'attore proprietario ha avuto conoscenza del luogo ove si trovi il bene trafugato e dell'identità del possessore; la prescrizione matura, comunque, in 50 anni dal momento del furto, termine che non si applica per i beni che fanno parte di un monumento o sito archeologico ovvero di una collezione pubblica.

È riconosciuta facoltà agli Stati parte di dichiarare, al momento della ratifica della Convenzione, che eventuali domande di restituzione saranno sottoposte ad un termine di settantacinque anni ovvero ad un termine più lungo eventualmente previsto dalla propria legge nazionale; in quest'ultimo caso, eventuali domande di restituzione promosse dallo Stato in questione verso Stati esteri saranno sottoposte alla stessa limitazione.

Quanto al «ritorno» di beni culturali illecitamente esportati, la Convenzione prevede, all'art. 5, che lo Stato-parte dal cui territorio essi siano fuoriusciti possa chiedere ai Tribunali o alle competenti autorità di un altro Stato-parte di ordinarne il rientro entro i confini nazionali, ove dimostri che la sottrazione del bene culturale dal proprio territorio pregiudichi uno dei seguenti interessi: la sua conservazione fisica; l'integrità di un bene complesso; la conservazione dell'informazione relativa al bene; l'uso tradizionale del bene da parte di una comunità indigena ovvero se, comunque, l'oggetto rivesta un'importanza culturale significativa per lo Stato richiedente.

<sup>7</sup> Cfr. in tema M. SAVINO, *La circolazione illecita*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 146.

Anche in tal caso, il termine di prescrizione è di tre anni, decorrenti dal momento in cui lo Stato richiedente abbia avuto notizia del luogo in cui il bene culturale si trovi e dell'identità del suo possessore e, comunque, di 50 anni dalla data di esportazione o dalla data di scadenza del termine di una esportazione temporanea.

In base all'art. 6, colui che abbia acquisito il possesso del bene culturale dopo la sua illecita esportazione ha titolo per ricevere il pagamento da parte dello Stato richiedente di un equo indennizzo, a condizione che, al momento dell'acquisto del bene, fosse ragionevolmente all'oscuro della sua illecita esportazione.

In alternativa all'indennizzo, il possessore può decidere, in accordo con lo Stato richiedente, di conservare la proprietà del bene anche dopo il suo «rientro in patria» oppure di trasferirne la proprietà (a titolo oneroso o gratuito) ad una persona residente nello Stato richiedente e che fornisca le necessarie garanzie per la tutela e conservazione dell'opera d'arte.

Sia l'azione di restituzione che l'azione di ritorno, in base all'art. 8, possono essere proposte dinanzi al giudice o alle autorità competenti dello Stato in cui il bene si trova (*forum rei sitae*) oppure dinanzi a qualsiasi altra autorità a cui sia riconosciuta giurisdizione in base alle regole in vigore negli Stati contraenti.

Le parti possono, inoltre, convenire di sottoporre la controversia a qualsiasi altra Corte o autorità competente ovvero sottoporre la questione ad un collegio arbitrale.

## 2. La disciplina europea. I Trattati

Il Trattato istitutivo della CEE non prevedeva una disciplina specifica in merito ai beni culturali.

Non essendo riconosciuta alcuna competenza della Comunità in tema di protezione del patrimonio culturale, esso se ne occupava solo in modo indiretto, nel regolamentare la libera circolazione delle merci.

Poiché l'art. 30 Trattato CEE vietava, in linea di principio, l'imposizione di restrizioni quantitative all'importazione fra gli Stati membri ed ogni misura di effetto equivalente, i beni costituenti il patrimonio culturale – astrattamente assimilabili alle altre merci, in quanto possibile oggetto di transazioni commerciali<sup>8</sup> – sono stati sottoposti ad una disciplina differen-

<sup>8</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1968 in causa n. 7/68, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1968, p. 617, EU:C:1968:51. Secondo la sentenza, i beni culturali, indipendentemente dalle caratteristiche che li distinguono dagli altri beni commerciali, «hanno in comune con questi ultimi la caratteristica di essere pe-



ziata, a tutela dell'interesse prevalente dei singoli Stati a preservarne l'integrità<sup>9</sup>.

L'art. 36 Trattato CEE, infatti, lasciava impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione ed al transito giustificati, tra l'altro, da motivi di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, fermo il divieto di discriminazione arbitraria e di restrizioni dissimulate al commercio tra gli Stati membri<sup>10</sup>.

L'Atto unico europeo del 1986, nel prevedere il «perfezionamento» del mercato unico entro il 31 dicembre 1992, ha fatto salva, nelle disposizioni interpretative, la potestà degli Stati membri di adottare le misure ritenute necessarie, tra l'altro, al contrasto del traffico delle opere d'arte e dell'antichità.

Soltanto il Trattato di Maastricht ha poi definito le competenze della Comunità europea in materia di salvaguardia del patrimonio culturale<sup>11</sup>; l'art. 128<sup>12</sup>, in particolare, ha fissato gli ambiti dell'azione comunitaria, muovendo da due principi:

cuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi commerciali». La Corte ha dichiarato che la Repubblica italiana, continuando ad applicare, dopo il 1° gennaio 1962, la tassa progressiva – prevista dall'art. 37 della legge 1° giugno 1939 n. 1089 – all'esportazione negli altri Stati membri di oggetti che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnografico è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 16 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea.

Successivamente la Corte di giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale dal Tribunale di Torino, ha affermato che gli artt. 9 e 16 del Trattato CEE pongono un divieto chiaro, preciso e incondizionato di riscuotere dazi doganali e qualsiasi tassa di effetto equivalente e pertanto, a partire dalla fine della prima tappa (1° gennaio 1962), l'art. 16 del Trattato produce effetti diretti nei rapporti tra gli Stati membri ed i loro amministratori ed attribuisce a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (sentenza della Corte di giustizia Cee del 26 ottobre 1971 in causa n. 18/71, *Eunomia di Porro & C. c. Ministero della Pubblica Istruzione della Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 1971, p. 811, EU:C:1971:99).

Successivamente, il d.l. 5 luglio 1972, n. 288, convertito con modificazioni con l. 8 agosto 1972 n. 487, art. 6, comma 1, sostituì il testo dell'art. 37, comma 1, sopra citato, prevedendo l'imposta soltanto in relazione alla esportazione verso i Paesi non appartenenti alla CEE. L'intera legge n. 1089/1939 è stata infine abrogata dal dlgsvo 29 ottobre 1999, n. 490, art. 166, comma 1.

<sup>9</sup> Più in generale, dalla giurisprudenza della Corte risulta che per «merci» si devono intendere, ai sensi dell'art. 28, par. 1, TFUE, i prodotti valutabili in denaro che, in quanto tali, possono costituire oggetto di operazioni commerciali (sentenza del 23 gennaio 2018 in causa n. C-267/16 *Buhagiar e a.*, EU:C:2018:26, punto 67).

<sup>10</sup> Sul tema della circolazione dei beni culturali nella CEE, tra gli altri, A. MATTERA RICIGLIANO, *Cultura e libero scambio dei beni artistici nei Paesi della Comunità*, in questa *Rivista*, 1976, p. 12 ss.

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul tema cfr. A. MASI, *Per una storia dei beni culturali. Dal Medioevo agli anni Duemila: in Italia e nei principali paesi europei*, Venosa, Osanna Edizioni, 2020, p. 154 ss.

<sup>12</sup> Art. 128 Trattato di Maastricht: «1. La Comunità contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione della Comunità è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei; - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea; - scambi culturali non commerciali; - creazione artistica e lette-

- il rispetto per la diversità culturale, non solo nazionale ma anche regionale degli Stati membri;
- la sussidiarietà dell'intervento della Comunità, per il sostegno alla cooperazione fra gli Stati membri e per appoggiarne ed integrarne l'azione ove necessario.

Nonostante l'ampliarsi delle finalità e l'attenzione agli aspetti culturali prospettata dall'art. 128, par. 4, gli Stati membri mantengono, dunque, una competenza esclusiva a dettare la disciplina sostanziale di tutela dei beni che compongono il patrimonio culturale nazionale, anche limitandone la circolazione con norme interne, tant'è che il medesimo articolo contiene, al par. 5, una clausola di divieto di qualsiasi intervento di armonizzazione delle normative nazionali in materia.

Ad oggi, il quadro di riferimento normativo comunitario è costituito dagli artt. 36 e 167 del TFUE<sup>13</sup>.

L'art. 36 TFUE<sup>14</sup> (ex art. 30 del TCE) costituisce il fondamento della potestà degli Stati nazionali di imporre restrizioni all'uscita dal territorio nazionale dei beni culturali.

Nel Trattato manca una definizione di bene culturale; vi è il richiamo generale al «patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale», sempre che ciò non costituisca causa di discriminazioni arbitrarie e non dissimuli una restrizione all'esercizio del commercio dei Paesi dell'Unione, che lascia agli Stati membri la potestà di individuare i singoli beni che lo compongono e di definire i parametri per il giudizio di rilevanza dell'interesse culturale.

L'espressione «patrimonio nazionale» – ovvero «tesoro nazionale», secondo la traduzione del Trattato adottata in altri Stati dell'Unione – non

raria, compreso il settore audiovisivo. 3. La Comunità e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. La Comunità tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge ai sensi di altre disposizioni del presente trattato. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo, il Consiglio adotta: - deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 189 B e previa consultazione del Comitato delle regioni, azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il Consiglio delibera all'unanimità durante tutta la procedura di cui all'articolo 189 B; - deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, raccomandazioni».

<sup>13</sup> Cfr. Commento all'art. 36 e all'art. 167 in F. POCAR - M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014, p. 260 e p. 1039.

<sup>14</sup> Art. 36 TFUE: «Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

trova ulteriori specificazioni, in quanto anche la Corte di giustizia dell'Unione europea non ne ha mai fornito interpretazione; salvo nuove pronunce in merito, è dunque lasciata agli Stati membri la possibilità (e la prerogativa) di definirla autonomamente<sup>15</sup>.

La normativa comunitaria non comporta, dunque, limitazioni alla sovranità degli Stati membri per quanto attiene alla disciplina sostanziale dell'autorizzazione alla esportazione di beni appartenenti al proprio patrimonio storico-culturale, sancendo la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto ai fondamentali principi di libertà di circolazione nel mercato unico, salvo il limite della discriminazione arbitraria e della restrizione dissimulata al commercio.

L'art. 167<sup>16</sup> (ex art. 151 del TCE) delinea le competenze dell'Unione, sempre sulla base dei principi del pieno riconoscimento e del rispetto delle diversità nazionali e regionali. La disposizione attribuisce all'Unione una possibilità propositiva e di stimolo, senza ingerenza o sostituzione nelle scelte nazionali.

Nell'imminenza dell'apertura delle frontiere interne, la Comunità europea ha predisposto un sistema normativo finalizzato:

- al controllo delle esportazioni verso i Paesi terzi: attraverso l'emanazione del Regolamento (Cee) n. 3911/92 del 9 dicembre 1992, successivamente abrogato e sostituito dal Regolamento (Ce) n. 116/2009 del 18 dicembre 2008<sup>17</sup>;

- al recupero, all'interno della Unione, dei beni usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro: attraverso la direttiva n. 93/7/Cee del 15

<sup>15</sup> Cfr. M. GRAZIADEI e B. PASA, *Patrimoni culturali, tesori nazionali: il protezionismo degli Stati membri dell'UE nella circolazione dei beni culturali*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, p. 134 ss.

<sup>16</sup> Art. 167 TFUE: «1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, - scambi culturali non commerciali, - creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo». 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: - il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; - il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni».

<sup>17</sup> In *Gu-Ue* n. L 39 del 10 febbraio 2009, p. 1, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0116&from=DE>.

marzo 1993, integrata e sostituita dalla direttiva n. 2014/60/UE del 15 maggio 2014<sup>18</sup>, che prevede una specifica azione di restituzione.

Si analizzeranno, in prosieguo, tali fonti normative.

## 2.1 La disciplina europea. Il Regolamento CE n. 116/2009

Le disposizioni del Regolamento (CE) n. 116/2009 trovano base giuridica nell'art. 207 TFUE – ex art. 133 TCE – a tenore del quale «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune» (par. 2).

Esse rispondono all'esigenza di assicurare un controllo uniforme dell'esportazione dei beni culturali alle frontiere esterne della Comunità, al fine di evitare che, per effetto della eliminazione delle frontiere interne, i beni costituenti il patrimonio nazionale di uno Stato membro possano aggirare le disposizioni protezionistiche ed essere esportati in un Paese terzo passando attraverso un altro Stato membro che abbia un ordinamento della materia più liberale.

A tal fine il Regolamento prevede un sistema di collaborazione tra gli Stati fondato sul previo rilascio di un titolo che autorizzi l'uscita del bene dall'Unione europea, la «licenza di esportazione», valida su tutto il territorio comunitario; in tal modo si è instaurato un sistema di controlli reciproci alle frontiere esterne dell'esistenza e validità di tale licenza, agevolati dall'utilizzo di un modello unificato (con l'eventuale conseguente avvio di attività repressive e sanzionatorie, anche queste stabilite, ai sensi dell'art. 9, dallo Stato membro).

Va, in premessa, illustrato il campo di applicazione del Regolamento.

L'art. 1 fa salvo il potere degli Stati membri di identificare i beni rientranti nel rispettivo patrimonio culturale «nazionale» (secondo quanto previsto dall'art. 30 TCE, oggi art. 36 TFUE); stabilisce, tuttavia, che, ai fini del Regolamento, si considerano «beni culturali» i beni elencati nell'allegato I. Nel richiamato allegato, i beni vengono individuati per categoria e, in alcuni casi, anche per valore.

Il Regolamento, dunque, delimita quello che si può definire «patrimonio culturale comune»: i beni che lo compongono non possono uscire dal territorio dell'Unione senza la licenza di esportazione.

La già ricordata salvezza del potere di ciascuno Stato membro di indi-

<sup>18</sup> In *Gu-Ue* n. L 159 del 28 maggio 2014, p. 1, reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0060&from=BG>.

viduare i beni del proprio patrimonio, artistico, storico o archeologico, tuttavia, fa sì che quest'ultimo, che possiamo designare come «patrimonio culturale nazionale», possa coincidere ovvero non-coincidere con il «patrimonio culturale comune» individuato dal Regolamento, potendo darsi il caso:

- che in uno Stato che adotta un regime liberale del commercio delle cose d'arte i beni individuati dal Regolamento non facciano parte, invece, del patrimonio nazionale, secondo l'ordinamento interno;

- che, per contro, in uno Stato protezionistico siano vincolati anche beni che non figurano nell'allegato I al Regolamento e che non rientrano, dunque, nella sua area di applicazione (o, se si preferisce, non costituiscono «beni culturali» ai sensi del Regolamento).

Dalle due situazioni sopra descritte discende rispettivamente che:

- un bene protetto dalla normativa comunitaria, perché elencato nell'Allegato I al Regolamento, avrà sempre bisogno della licenza di esportazione per lasciare il territorio dell'Unione.

- viceversa, i beni che non sono compresi nell'allegato I al Regolamento non sono protetti dalla normativa comunitaria e, dunque, non necessitano della licenza di esportazione per varcare la frontiera dell'Unione anche se l'ordinamento dello Stato di provenienza li individua nel proprio patrimonio culturale nazionale. Resta fermo che detti beni rimangono, comunque, sottoposti alla disciplina dettata dalla normativa nazionale di tale Stato.

Quando un bene deve essere accompagnato dalla licenza di esportazione, la stessa è rilasciata, su domanda dell'interessato, prima dell'esportazione, a qualunque titolo essa avvenga (in via temporanea o definitiva) e qualunque sia il regime di proprietà del bene; la licenza ha validità limitata nel tempo.

Il regolamento non detta le regole in base alle quali la licenza di esportazione debba essere negata o rilasciata<sup>19</sup>; le condizioni di esportabilità di un'opera sono dettate unicamente dalla disciplina nazionale dello Stato cui è attribuito il potere di rilascio della licenza di esportazione (art. 2, par. 2, comma 3).

Di qui l'importanza dei criteri fissati per individuare lo Stato designato al rilascio della licenza di esportazione.

L'art. 2 del Regolamento distingue due situazioni:

- la prima ipotesi è quella in cui il bene culturale si trova nel Paese d'origine, ovvero lo Stato nazionale nel quale esso si trova legalmente alla

<sup>19</sup> In coerenza con la disposizione – di cui all'attuale art. 167 TFUE, par. 4 – che esclude qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

data del 1° gennaio 1993. Questo è lo Stato che dovrà rilasciare la licenza, conformemente al diritto interno (sulla base del quale si individuerà anche l'autorità competente).

- la seconda ipotesi si realizza quando il bene, dopo il 1° gennaio 1993, sia stato spedito «lecitamente» e «definitivamente» da uno Stato membro in un altro Paese comunitario ovvero sia stato importato o re-importato (dopo una prima esportazione lecita) da uno Stato terzo.

In tali casi, l'Autorità competente a concedere o negare la licenza, secondo il proprio diritto interno, è quella dello Stato membro nel quale il bene si trova. Come si è visto, quando il bene proviene da altro Stato dell'Unione, l'autorità competente al rilascio della licenza deve previamente verificare che la spedizione sia stata *illo tempore* «lecita» e «definitiva». In caso di spedizione non lecita, lo Stato dovrà negare la licenza ed informare lo Stato dell'Unione dal quale il bene proviene, affinché eserciti l'azione di restituzione (art. 2, par. 2, ultimo comma).

Il Regolamento non stabilisce dopo quanto tempo una spedizione lecita diventi definitiva. Naturalmente non può parlarsi di spedizione «definitiva» nel corso del periodo di validità della licenza di esportazione rilasciata da un altro Stato dell'Unione, dal quale il bene proviene.

Il Regolamento di esecuzione, Regolamento (Ue) n. 1081/2012 del 9 novembre 2012, emanato al fine di ovviare all'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri<sup>20</sup>, individua tre modelli di licenza di esportazione:

- licenza *standard*, che abilita sia alla esportazione definitiva che a quella temporanea ed ha validità non eccedente i dodici mesi dalla data del rilascio;

- licenza aperta specifica ovvero relativa ad uno specifico bene culturale, che abilita alla esportazione temporanea e periodica del bene da parte di una determinata persona o ente, il cui periodo di validità non può essere superiore a cinque anni;

- licenza aperta generale, che consente la esportazione temporanea di beni culturali appartenenti a collezioni permanenti di musei o altre istituzioni, con periodo di validità non superiore a cinque anni.

## 2.2 La disciplina europea. La direttiva n. 2014/60/Ue

Mentre il Regolamento (Ue) n. 116/2009 disciplina l'«uscita» dei beni culturali di rilevanza comunitaria dai confini doganali dell'Unione, la di-

<sup>20</sup> In tal senso v. M. FRIGO, *La circolazione internazionale*, cit. supra, nota 5, p. 52.

rettiva n. 2014/60/UE del 15 maggio 2014, attuata in Italia dal dlgs n. 7 del 15 gennaio 2016, n. 2, ha istituito una cooperazione tra gli Stati dell'Unione, amministrativa e giudiziaria, per la restituzione da parte di uno Stato membro – detto «Stato richiesto» – dei beni culturali che si trovino sul suo territorio, ma che siano parte del patrimonio nazionale di altro Stato membro – detto «Stato richiedente» – dal cui territorio sono usciti illecitamente.

La direttiva trova la sua base giuridica nell'art. 114 TFUE (ex art. 95 TCE), a tenore del quale il Parlamento europeo ed il Consiglio adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

La tutela riguarda esclusivamente l'interesse pubblico dello Stato richiedente al recupero del bene fuoriuscito, a prescindere dal diritto di proprietà su di esso (si tratti, cioè, di un bene rubato o non-rubato, pubblico o privato) ed indipendentemente dalla buona o cattiva fede del possessore o detentore; è lo Stato l'unico soggetto legittimato all'esercizio dell'azione di restituzione.

La direttiva si applica (ai sensi degli artt. 1 e 2, par. 1) a tutti i beni classificati o definiti da uno Stato membro, prima o dopo essere usciti illecitamente dal suo territorio, come facenti parte del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale sulla base della legislazione o delle procedure amministrative nazionali, ai sensi dell'art. 36 TFUE.

Resta, pertanto, integralmente riservata alla libera scelta degli Stati membri la facoltà di attribuire la rilevanza di bene culturale a qualsiasi oggetto artistico appartenente al proprio patrimonio, senza che a tale scelta siano imposti limiti comunitari. Sul punto, viene superata la disciplina della previgente direttiva n. 93/7/CEE, che prevedeva la restituzione soltanto del bene del patrimonio culturale nazionale che appartenesse a specifiche categorie o rispettasse determinate soglie di antichità e/o di valore.

Dal punto di vista temporale, la direttiva riguarda i beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro a decorrere dal 1° gennaio 1993; ciascuno Stato membro ha facoltà di applicarne la disciplina anche alle richieste di restituzione di beni culturali «usciti» illecitamente dai confini del territorio di altri Stati membri anteriormente a tale data.

L'esercizio di tale facoltà vincola solo lo Stato che la esercita e non gli altri.

Si è detto che il presupposto della restituzione è che il bene culturale sia stato illecitamente portato fuori dai confini di uno Stato membro.

Tale condizione si realizza ove ricorra alternativamente una delle seguenti ipotesi:

a. il bene sia «uscito» in violazione delle norme interne sulla protezione del patrimonio nazionale<sup>21</sup> oppure in violazione del Regolamento (Ce) n. 116/2009 (anomalie nel rilascio o nel rispetto dei termini della licenza di esportazione);

b. non sia «rientrato» dopo la scadenza del termine fissato per una spedizione temporanea lecita o si trovi in situazione di violazione di una delle altre condizioni di tale spedizione temporanea.

La cooperazione amministrativa dello Stato membro nel cui territorio si trova il bene si realizza attraverso i seguenti passaggi:

1. la sua localizzazione e la identificazione del possessore o del detentore, su domanda dello Stato dal cui territorio il bene è uscito illecitamente;

2. la notifica agli Stati membri interessati del rinvenimento di un bene, del quale ragionevolmente si ritenga la uscita illecita dal territorio di un altro Stato membro e la successiva collaborazione con tale Stato per facilitare la verifica della effettiva qualificazione del bene come bene culturale;

3. la adozione di misure per la conservazione del bene culturale e di provvedimenti provvisori per evitare che esso sia sottratto alla restituzione;

4. la mediazione tra lo Stato membro richiedente ed il possessore o detentore del bene per la sua restituzione.

Con il dettato degli artt. 5, comma 2 e 7, comma 3 viene inserita, nel corpo della direttiva, la previsione di un sistema d'informazione del mercato interno – c.d. IMI (già introdotto con Regolamento (Ce) n. 1024/2012, del 25 ottobre 2012) – specifico per i beni culturali, utilizzabile dalle autorità centrali degli Stati membri nell'ambito delle attività di cooperazione, consultazione e scambio di informazioni relative a beni culturali trafugati o usciti illecitamente dal loro territorio, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali e della vita privata.

Quanto alla cooperazione giudiziaria, lo Stato richiedente è legittimato ad esercitare la azione di restituzione davanti all'autorità giudiziaria dello Stato richiesto; legittimati passivi sono il possessore e, in mancanza, il detentore del bene.

Gli Stati membri devono disporre, nella loro legislazione, che l'azione di restituzione si prescriva nel termine di tre anni decorrenti dalla data in cui l'autorità centrale competente dello Stato membro richiedente sia formalmente venuta a conoscenza del luogo di ritrovamento dell'oggetto d'arte e dell'identità del suo possessore o detentore e, comunque, nel ter-

<sup>21</sup> Essendo la nozione di uscita illecita ricostruibile sulla base delle norme interne degli Stati membri, gli stessi, nella prassi, sono obbligati ad un reciproco riconoscimento delle legislazioni nazionali. Sul punto, M. MARLETTA, *La restituzione dei beni culturali - Normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*, Padova, Cedam, 1997, p. 100.



mine massimo di 30 anni a decorrere dalla data in cui il bene culturale sia uscito illecitamente dal territorio dello Stato membro richiedente (art. 8).

A tenore dell'art. 10 della direttiva, qualora sia ordinata la restituzione del bene, il giudice accorda un equo indennizzo – che lo Stato membro richiedente è tenuto a pagare al momento della restituzione – in favore del possessore dell'opera che dimostri di aver tenuto, all'atto dell'acquisizione, un contegno diligente, parametrato ad una serie di circostanze (documentazione di provenienza del bene; autorizzazioni di uscita prescritte dal diritto dello Stato membro richiedente; qualità delle parti; prezzo pagato; consultazione, ove possibile, dei registri accessibili dei beni culturali rubati e di ogni altra possibile informazione sull'opera; valutazione di qualsiasi altra pratica cui avrebbe fatto ricorso una persona in buona fede e responsabile).

Resta impregiudicato il diritto dello Stato ad esigere dai responsabili dell'esportazione illecita del bene culturale il rimborso di quanto pagato per l'equo indennizzo, per la conservazione materiale del bene e per la esecuzione della decisione di restituzione (art. 12).

La proprietà del bene culturale, dopo la restituzione, rimane disciplinata dalla legge dello Stato membro richiedente (art. 13).

Restano, altresì, «impregiudicate le azioni civili o penali spettanti, in base al diritto nazionale degli Stati membri, allo Stato membro richiedente e/o al proprietario cui è stato sottratto il bene» (art. 16)<sup>22</sup>.

### 3. La normativa interna. Cenni storici

L'Italia fa parte dei c.d. «Paesi fonte»; ha un patrimonio storico, artistico ed archeologico ricchissimo e rappresentativo dell'identità nazionale<sup>23</sup>.

Già a partire dall'epoca preunitaria è possibile apprezzare, nei singoli Regni, normative volte alla tutela ed alla disciplina del trasferimento delle opere d'arte al di fuori dei propri confini territoriali<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia ad A. PAPA, in M. BIGNAMI - C. CEPPELLI - V. FIDANI - C. LINZOLA - A. PAPA - L. PONIZ - G. RUGGERI (a cura di), *Testo unico sui beni culturali, commento al D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490*, in Milano, Giuffrè, 2000, p. 96.

<sup>23</sup> La circolazione dei beni culturali in ambito internazionale risente della tensione esistente tra Paesi che possiedono un ricco patrimonio artistico e come tali hanno disegnato un sistema normativo fortemente protezionista e Paesi che hanno elaborato un sistema normativo molto più flessibile, dal momento che dispongono di un patrimonio culturale quantitativamente e qualitativamente inferiore. Cfr. L. CASINI, *La cultura e i media*, in G. VESPERINI (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 153.

<sup>24</sup> A. EMILIANI, *Leggi, Bandi e Provvedimenti per la Tutela dei Beni Artistici e Culturali negli Antichi Stati Italiani 1571-1860*, Firenze, Associazione Antiquari italiani ed Edizioni Polistampa, 2015, p. 8 ss.

In seguito all'Unità nazionale fu ravvisata la necessità di evitare il pericolo di dispersione del patrimonio artistico e storico, soprattutto dopo l'annessione di Roma al Regno d'Italia; si registrano le leggi n. 286 del 1871 e n. 1461 del 1883, con cui (in particolare con la seconda), venne sancita la preminenza del diritto pubblico su quello privato e vennero poste le condizioni per l'acquisizione, da parte dello Stato, delle più importanti collezioni di nobili famiglie romane: Corsini, Torlonia, Boncompagni-Ludovisi, e Borghese<sup>25</sup>.

Un quadro normativo più organico si deve all'emanazione delle leggi n. 364/1909 e n. 688/1912, per le antichità e le belle arti, cui fa seguito il Regolamento emanato con Regio Decreto il 13 gennaio 1913 n. 363.

In particolare, l'art. 8 della legge n. 364 vietava «(...) l'esportazione dal Regno delle cose che abbiano interesse storico, archeologico o artistico tale che la loro esportazione costituisca un danno grave per la storia, l'archeologia o l'arte (...)». La relativa valutazione era affidata ad un organo collegiale dell'Ufficio esportazione; appare interessante rilevare l'assenza, già allora, di criteri oggettivi ai quali l'Amministrazione dovesse attenersi nel compiere tale giudizio.

Nel 1939 venivano emanate le leggi n. 1089/1939 a tutela delle cose di interesse storico ed artistico e n. 1497/1939 per la tutela le bellezze naturali, che organizzarono in maniera più moderna e razionale la materia.

La legge n. 1089/1939, all'art. 35, vietava l'esportazione dal Regno delle cose di interesse artistico, storico, archeologico o etnografico di rilevanza tale «che la loro esportazione costituisca un ingente danno per il patrimonio nazionale tutelato dalla presente legge»; essa ha disciplinato la materia fino all'entrata in vigore del dlgs 29 ottobre 1999, n. 490 «Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre, n. 35».

Con l'entrata in vigore della Costituzione la tutela del patrimonio culturale trova riconoscimento nell'art. 9, ai sensi del quale: «la Repubblica tutela il paesaggio ed il patrimonio storico della Nazione».

Si deve, poi, alla legge n. 487/1972, di conversione del decreto-legge 5 luglio 1972, n. 288 (nuove norme sulla esportazione delle cose di interesse artistico ed archivistico di cui alla legge 1 giugno 1939, n. 1089) ed al DPR 30 settembre 1963, n. 1409 la fissazione dei criteri di esercizio della discrezionalità amministrativa, nei seguenti termini: «(...) i compe-

<sup>25</sup> F. DE MARTINO, *Difficoltà per il varo di una legge nazionale di tutela delle Antichità e Belle Arti dopo l'unità d'Italia: tra utile pubblico e interesse privato*, in P. CALLEGARI - V. CURZI (a cura di), *Venezia: la tutela per immagini: un caso esemplare dagli archivi della Fototeca nazionale*, Bologna, Bononia University Press, 2005, pp. 25-38.

tenti uffici si attengono ad indirizzi di carattere generale stabiliti rispettivamente dalla Direzione generale delle antichità e belle arti, dalla Direzione generale delle accademie e biblioteche e per la diffusione della cultura del Ministero della pubblica istruzione e dalla Direzione generale degli archivi di Stato del Ministero dell'interno».

Nel 1999 il Testo unico confermava le disposizioni sulla tutela statale dei beni culturali (attraverso la verifica di interesse, il restauro e l'attività di vigilanza del Ministero), tenendo conto del decentramento amministrativo realizzato, a seguito della legge Bassanini (legge n. 59 del 1997), con il dlgs 31 marzo 1998, n. 112.

Pertanto, la Regione diveniva soggetto legittimato, in via concorrente con il Ministero, all'esercizio del diritto di prelazione dei beni per i quali veniva richiesta la licenza di alienazione ovvero l'attestato di libera circolazione (artt. 61 e 68, comma 2) e competente a dichiarare la pubblica utilità di un bene nel procedimento di espropriazione per fini strumentali (art. 94, comma 1).

### 3.1 Il dlgs n. 42/2004. I beni culturali

Alla attualità la disciplina della materia è contenuta nel dlgs del 22 gennaio 2004, n. 42 – Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 – come successivamente modificato dal dlgs n. 156/2006, dal dlgs n. 62/2008 e dalla legge n. 124/2017<sup>26</sup>.

Nelle disposizioni generali è contenuta la definizione di bene culturale, nei seguenti termini: «Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà» (art. 2, comma 2).

Il richiamato art. 10 – più volte modificato – individua come «*beni culturali*», oggetto di tutela:

- ai sensi del comma 1: i beni appartenenti a soggetti pubblici o a persone giuridiche private senza fine di lucro, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. La "verifica" di tale in-

<sup>26</sup> Sul codice dei beni culturali tra gli altri: T. ALIBRANDI - P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 2001; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 2000; G. SEVERINI, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2004, p. 249 ss.

teresse, cui è condizionata la applicazione delle disposizioni di tutela, è disciplinata dall'art. 12 ed affidata ai competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta dell'ente proprietario.

- ai sensi del comma 2: i beni elencati dallo stesso comma, appartenenti a soggetti pubblici, indipendentemente dal procedimento amministrativo di verifica dell'interesse culturale (beni culturali *ex lege*).

- ai sensi del comma 3:

- lett. *a.*: i beni appartenenti a persona fisica o a persona giuridica privata con fini di lucro che siano stati dichiarati di interesse storico artistico archeologico e etnoantropologico «particolarmente importante», ai sensi degli artt. 13 e 14.

nonché

- lett. da *b.* ad *e.*: altri beni elencati dalla norma, sempre che sia intervenuta la dichiarazione dell'interesse «particolarmente importante» ovvero dell'«interesse eccezionale» ai sensi dei suddetti artt. 13 e 14.

In caso di beni appartenenti a privati ovvero ad enti lucrativi occorre, dunque, la «dichiarazione» dell'interesse culturale «particolarmente importante» ovvero dell'«interesse eccezionale», previa valutazione rimessa al soprintendente, che avvia il procedimento d'ufficio, anche su richiesta della Regione e di ogni altro ente territoriale interessato.

Resta da segnalare che i beni di cui al comma 1 ed al comma 3 non sono vincolati se ricorra alternativamente una delle due seguenti ipotesi:

- siano opera di un autore vivente

ovvero

- la loro esecuzione non risalga a più di settant'anni; solo per le cose che presentano un «interesse eccezionale» il termine è ridotto a cinquant'anni, ai sensi del comma 3 lett. *d. bis*.

L'art. 11 elenca alcune «cose» assoggettate soltanto a disposizioni di tutela specifiche.

#### **4. La circolazione dei beni culturali. Uscita dal territorio nazionale**

La circolazione dei beni culturali in ambito internazionale è disciplinata dal capo V del titolo I, parte seconda, del codice dei beni culturali, diviso in quattro sezioni (oltre ad una sezione *I bis*).

La sezione I si compone di un'unica norma, l'art. 64 *bis*; trattasi di norma di principio, sulle finalità del controllo e sull'impegno a rispettare le disposizioni comunitarie e gli obblighi assunti in sede internazionale.

Nella sezione *I bis* si collocano i vincoli all'uscita definitiva ed al-

l'uscita temporanea dei beni dal territorio dello Stato.

Quanto all'uscita definitiva, l'art. 65 prevede tre regimi:

- beni oggetto di divieto assoluto di uscita;
- beni soggetti ad autorizzazione per l'uscita, attraverso il rilascio di un «attestato di libera circolazione»;
- beni oggetto di mero controllo;

Il tassativo divieto di uscita riguarda i beni culturali, come individuati dal precedente art. 10, ai commi 1, 2 e 3.

Detto divieto si estende inoltre:

- ai beni di appartenenza pubblica o di enti privati senza finalità di lucro per i quali non sia ancora intervenuta la «verifica» dell'interesse culturale, ai sensi dell'art. 10 comma 1; si tratta di una norma cautelare, che non opera per i beni non soggetti a vincolo (per quanto previsto dallo stesso art. 10) o per essere opera di un autore vivente ovvero perché la loro esecuzione è relativamente recente, cioè ricade nella soglia temporale dei settant'anni.

- ai beni, a chiunque appartenenti, che rientrino nelle categorie indicate all'art. 10, comma 3, e che il Ministero, sentito il competente organo consultivo, abbia preventivamente individuato ed escluso dall'uscita per periodi temporali definiti, in quanto dannosa per il patrimonio culturale.

Sono, invece, oggetto di autorizzazione all'uscita, ai sensi del comma 3 dell'art. 65, attraverso il rilascio dell'attestato di libera circolazione, i beni che presentino un interesse culturale del quale non sia ancora intervenuta la relativa «dichiarazione», opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settant'anni, sempre che il loro valore sia superiore ad € 13.500; tuttavia per reperti archeologici, archivi, incunaboli e manoscritti la necessità di autorizzazione prescinde dal valore economico.

Necessitano, parimenti, del rilascio dell'attestato di libera circolazione: gli archivi ed i singoli documenti, appartenenti a privati, che presentino interesse culturale; le cose rientranti nelle categorie di cui all'art. 11, comma 1, lett. *f.*, *g.* ed *h.*, a chiunque appartengano.

Ai sensi del successivo art. 68, chi intende ottenere l'attestato di libera circolazione deve farne denuncia e presentare il bene al competente ufficio di esportazione, indicando il valore venale stimato. La procedura è avviata in via informatica; a tal fine il possessore del bene, deve chiedere le credenziali per l'accesso al S.U.E., sistema informatico predisposto dal MIBAC.

L'ufficio di esportazione, accertata la congruità del valore indicato, rilascia o nega l'attestato di libera circolazione, con giudizio motivato<sup>27</sup>, accer-

<sup>27</sup> La motivazione deve fare riferimento al «danno subito dal patrimonio nazionale a causa dell'uscita definitiva», D. NARDELLA, *Commento all'art. 68*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il*

tando se le cose presentate, in relazione alla loro natura o al contesto storico-culturale di cui fanno parte, presentino interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, ai termini dell'art. 10. La comunicazione all'interessato del provvedimento deve avvenire entro quaranta giorni dalla presentazione della cosa o del bene<sup>28</sup>.

Nel compiere le valutazioni di competenza l'ufficio si attiene agli indirizzi di carattere generale stabiliti nel DM n. 537 del 6 dicembre 2017, che ha aggiornato la Circolare del 1974, nel quale si indicano i seguenti parametri<sup>29</sup>:

- qualità artistica dell'opera;
- rarità dell'opera, in senso qualitativo e/o qualitativo;
- rilevanza della rappresentazione;
- appartenenza ad un complesso e/o contesto storico, artistico, archeologico, monumentale anche se non più in essere o non materialmente ricostruibile;
- testimonianza particolarmente significativa per la storia del collezionismo;
- testimonianza rilevante sotto il profilo archeologico, artistico, etnografico di relazioni significative tra diverse aree culturali, anche di produzione e/o di provenienza straniera.

L'attestato di libera circolazione ha validità quinquennale; il diniego dell'attestato comporta, invece, l'avvio del procedimento di dichiarazione dell'interesse culturale, ai sensi dell'art. 14.

Il diniego dell'attestato non comporta necessariamente la dichiarazione dell'interesse culturale e la apposizione del relativo vincolo, trattandosi di un procedimento amministrativo distinto, collegato al diniego di rilascio dell'attestato di libera circolazione solo nell'avvio<sup>30</sup>.

Sono, da ultimo, oggetto di controllo – ma non necessitano del rilascio dell'attestato di libera circolazione – ai sensi del comma 4 dell'art. 65:

- le cose di interesse culturale, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settant'anni, il cui valore resti compreso nella soglia dei 13.500 euro.

*codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 305.

<sup>28</sup> Sulla natura perentoria del termine e sulle conseguenze del suo decorso in assenza di comunicazione si veda: M. FIORILLI - S. GATTI, *Beni culturali, fiscalità, mecenatismo, circolazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 305-308.

<sup>29</sup> Per un'analisi ragionata di tali parametri: M. FIORILLI - S. GATTI, *Beni culturali, loc. cit.*, pp. 291-294 ove si evidenzia anche la sostanziale sovrapposibilità dei criteri a quelli in precedenza fissati con circolare del Ministero della Pubblica Istruzione del 13 maggio 1974.

<sup>30</sup> Efficacemente è stato osservato che il potere di interdizione all'esportazione non costituisce «dichiarazione di interesse» ma indica solo che il bene «merita la dichiarazione di interesse», che dovrà essere definitivamente resa dall'organo preposto: M. FIORILLI - S. GATTI, *Beni culturali, loc. ult. cit.*, p. 305.

ed inoltre

- le opere di pittura, di scultura, di grafica e qualsiasi oggetto d'arte di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settant'anni, beni che rientrano nella previsione dell'art. 11, alla lett. *d*.

In questo caso l'interessato è tenuto a provare al competente ufficio di esportazione, mediante autocertificazione, che l'oggetto artistico da trasferire all'estero rientra nelle ipotesi per le quali non è previsto l'attestato di libera circolazione, secondo le procedure e le modalità di cui al decreto ministeriale n. 246 del 17 maggio 2018.

La materia è in continua e costante evoluzione.

Il summenzionato decreto ministeriale n. 246 è stato modificato dal successivo decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali del 9 luglio 2018 n. 305, che aveva subordinato la applicazione della procedura di autocertificazione all'adeguamento del Sistema Uffici Esportazione, da attuarsi entro il termine del 31 dicembre 2019, per consentire il controllo generalizzato sulle dichiarazioni di non assoggettabilità all'attestato di libera circolazione nonché all'istituzione dell'anagrafe della circolazione internazionale.

Ulteriori modifiche sono intervenute ad opera del decreto del 31 luglio 2020 n. 367.

Le nuove disposizioni hanno svincolato la procedura di autocertificazione dalla istituzione dell'anagrafe della circolazione internazionale, abrogando il comma 6 dell'art. 7, introdotto dal decreto del luglio 2018; è stato, inoltre, fissato al 31 dicembre 2020 il termine per l'adozione delle specifiche tecniche necessarie per la attivazione del passaporto elettronico.

Anche nel corso della procedura di autocertificazione se l'ufficio reputa che un oggetto d'arte, opera di un autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settant'anni, rientri tra i beni di cui all'art. 10, comma 3, avvia il procedimento di cui all'art. 14, per la dichiarazione dell'interesse «particolarmente importante» o dell'interesse «eccezionale».

Regole diverse vigono per l'uscita temporanea dal territorio dello Stato.

Ai sensi dell'art. 66, infatti, tanto i beni per i quali vige il divieto d'uscita quanto quelli per cui si richiede l'attestato di libera circolazione possono lasciare momentaneamente il territorio dello Stato (fuori dei casi in cui sia stato disposto il divieto di uscita temporaneo), per manifestazioni, mostre o esposizioni d'arte di alto interesse culturale, previa autorizzazione del MIBACT (sempre che ne siano garantiti l'integrità e la sicurezza e che non costituiscano il fondo principale di una determinata ed organica sezione di un museo, pinacoteca, galleria, archivio o biblioteca o di una collezione artistica o bibliografica).

L'art. 67 fissa altre tassative ipotesi di autorizzazione all'uscita temporanea, tra le quali la necessità per tali beni di essere sottoposti ad analisi, indagini o interventi di conservazione da eseguire necessariamente all'estero; l'attuazione di accordi culturali con istituzioni museali straniere, in regime di reciprocità<sup>31</sup> e per la durata stabilita negli accordi medesimi (durata che non può essere superiore a quattro anni, rinnovabili una sola volta).

L'autorizzazione avviene con il rilascio da parte dell'ufficio di esportazione dell'«attestato di circolazione temporanea», di cui all'art. 71<sup>32</sup>; il richiedente nel fare denuncia e nel presentare i beni al competente ufficio di esportazione, deve indicare, contestualmente, e per ciascuno di essi, il valore venale ed il responsabile della custodia all'estero.

Il rilascio dell'attestato è subordinato all'assicurazione dei beni da parte dell'interessato per il valore indicato nella domanda nonché – per i beni culturali di cui all'art. 65, comma 1, e per le cose o i beni di cui al comma 3 – alla presentazione di garanzia mediante cauzione, che verrà incamerata dall'amministrazione ove gli oggetti ammessi alla uscita temporanea non rientrino nel territorio nazionale nel termine stabilito.

Anche in questa ipotesi, qualora siano presentate cose che rivestano l'interesse indicato dall'art. 10 contestualmente alla pronuncia, positiva o negativa, verrà avviato il procedimento di dichiarazione di cui all'art. 14.

A conclusione della analisi si anticipa che la sezione I *bis*, sin qui esaminata, pone dubbi di conformità con la disciplina europea nella parte in cui, vietando la circolazione dei beni culturali o richiedendo il rilascio di un attestato di libera circolazione, va ad incidere sul diritto alla libera circolazione delle merci riconosciuto dal TFUE. Sul punto si rinvia a quanto si dirà più approfonditamente al par. 8.2.

La direttiva n. 2014/60/Ce ed il Regolamento (Ce) n. 16/2009, invece, non vengono qui in gioco. Essi non si occupano affatto delle condizioni affinché l'uscita del bene dal territorio dello Stato sia «lecita» ma soltanto della sua restituzione da parte di altro Stato membro quando l'uscita sia «illecita» (la direttiva) e del controllo da parte degli Stati di frontiera che

<sup>31</sup> La *ratio* della normativa di preservare l'integrità del bene emerge sia dalla precisa delimitazione dell'ambito dei possibili consegnatari del bene (esclusivamente istituzioni museali) sia dal presupposto che l'operazione avvenga in regime di reciprocità. Sul punto Cfr. D. ANTONUCCI, *Commento al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, Sistemi editoriali, 2005, p. 196 ss.

<sup>32</sup> L'attestato è stato introdotto nel testo legislativo allo scopo di costituire il titolo di legittimazione per la circolazione all'estero, per un periodo limitato e nel rispetto delle prescrizioni dettate dall'amministrazione, di cose e beni culturali la cui uscita dal territorio nazionale sia vietata o preveda il rilascio di una autorizzazione. Cfr. A. FERRETTI, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, Esselibri Simone, 2011, p. 197.



lo Stato competente abbia rilasciato, secondo le "sue" regole, la licenza di esportazione (il regolamento).

#### **4.1 La circolazione dei beni culturali. Uscita dal territorio dell'Unione europea. L'azione di restituzione**

Nella sezione II (artt. 73 e 74) è disciplinata l'esportazione dei beni culturali dal territorio dell'Unione europea.

La normativa è conforme alle prescrizioni del Regolamento (Ce) n. 116/2009.

In particolare, l'art. 74 si limita ad individuare l'autorità competente al rilascio della licenza di esportazione (gli uffici di esportazione del Ministero per i beni e le Attività culturali), i tempi per provvedere (contestualmente al rilascio dell'attestato di libera circolazione ovvero non oltre i successivi quarantotto mesi) e la durata della licenza (un anno, nella soglia temporale indicata dal Regolamento di esecuzione (Ue) n. 1081/2012). L'allegato A al dlgs n. 42/2004, richiamato dall'art. 74, individua i beni per i quali occorre la licenza di esportazione ed include tutti i beni di cui all'allegato I al Regolamento (Ce) n. 116/2009, contenendo anche disposizioni più rigorose – al punto 15 (altri oggetti di antiquariato) nonché al punto B (valori economici) – come consentito dall'art. 2, par. 4, del suddetto Regolamento.

L'ufficio di esportazione può rilasciare, a richiesta, anche la «licenza di esportazione temporanea», alle condizioni e secondo le modalità stabilite dai precedenti artt. 66, 67 e 71.

Per gli oggetti entrati nel territorio dello Stato con licenza di esportazione rilasciata da altro Stato membro dell'Unione europea per la durata di validità della licenza non si applicano le disposizioni della sezione I *bis*.

La sezione III, recependo la direttiva n. 60/2014/UE, contiene la disciplina in materia di restituzione dei beni culturali illecitamente usciti dal territorio di altro Stato membro.

Tale disciplina rispetta le previsioni della direttiva n. 2014/60/UE ed è fedele al suo obiettivo, che, per quanto già detto, è unicamente quello di assicurare la collaborazione tra gli Stati membri per la restituzione dei beni illecitamente usciti dal territorio di uno di essi.

I due articoli della sezione IV (artt. 87 ed 87 *bis*) si limitano a fare salva, rispettivamente, la disciplina dettata dalla Convenzione dell'UNIDROIT e dalla Convenzione UNESCO.

## 5. Sanzioni penali

L'art. 174<sup>33</sup> del dlgo n. 42/2004 sanziona con la reclusione da uno a quattro anni o con la multa da euro 258 a euro 5.165 coloro che traferiscono all'estero un bene culturale in assenza dell'attestato di libera circolazione o della licenza di esportazione (comma 1) ovvero non facciano rientrare nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, i beni per i quali sia stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanee (comma 2).

Trattasi di un reato di pericolo c.d. astratto o presunto, per la cui sussistenza non è necessario che l'uscita del bene produca un danno al patrimonio, storico, artistico e culturale della nazione.

In questo senso, la sentenza della III sezione della Cassazione penale del 20 luglio 2017, n. 39517<sup>34</sup>: «l'art. 174 d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, punisce l'esportazione di beni per i quali non sia stato ottenuto l'attestato di libera circolazione (per il trasferimento verso Paesi comunitari) o la licenza di esportazione (per il trasferimento verso Paesi extracomunitari), indipendentemente dal fatto che il provvedimento autorizzatorio possa essere rilasciato o meno: ne consegue che, sussistendo la qualità di bene culturale e mancando l'attestato o la licenza richiesta, il reato è configurabile indipendentemente dalla produzione di un danno al patrimonio storico ed artistico nazionale».

L'elemento soggettivo è quello del dolo generico, da intendersi come consapevolezza dell'agente di trasportare all'estero opere di interesse artistico senza aver conseguito l'attestato di libera circolazione ovvero la licenza di esportazione<sup>35</sup>.

Per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 124/2017 al codice dei beni culturali (art. 175, comma 1, lett. g., nn. 1 e 2), si è ridotto l'ambito di applicazione dell'attestato di libera circolazione, da un lato aumentando a settanta anni l'arco temporale di riferimento, dall'altro introducendo

<sup>33</sup> Art. 174: I. «1. Chiunque trasferisce all'estero cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, nonché quelle indicate all'articolo 11, comma 1, lettere f), g) e h), senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione, è punito con la reclusione da uno a quattro anni o con la multa da euro 258 a euro 5.165. 2. La pena prevista al comma 1 si applica, altresì, nei confronti di chiunque non fa rientrare nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, beni culturali per i quali sia stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanee. 3. Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato. La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando. 4. Se il fatto è commesso da chi esercita attività di vendita al pubblico o di esposizione a fine di commercio di oggetti di interesse culturale, alla sentenza di condanna consegue l'interdizione ai sensi dell'articolo 30 del codice penale».

<sup>34</sup> CED Cass. pen., 2018.

<sup>35</sup> F. SAIITA, *Commento all'art. 174*, in G. TROTTA - G. CAIA - N. AICARDI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, p. 1, p. 271 ss.

do una soglia di valore di € 13.500 al di sotto della quale l'opera può essere liberamente esportata.

Ne è derivata una riduzione dell'area di rilevanza penale.

La Suprema Corte di cassazione ha ritenuto trattarsi di una ipotesi di *abolitio criminis*, con conseguente applicabilità del nuovo regime anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 2, secondo comma c.p. (Cass. pen., sez. III, 17 ottobre 2017, n. 10468).

Il comma 3 del richiamato art. 174 prevede la confisca obbligatoria del bene che costituisce oggetto del reato; la giurisprudenza ha precisato trattarsi di misura recuperatoria di carattere amministrativo e non di misura sanzionatoria, da attuare, pertanto, anche nelle ipotesi in cui il privato non sia responsabile dell'illecito – o comunque non abbia riportato condanna – per ragioni che non riguardino la materialità del fatto e non interrompano il rapporto tra la *res* ed il reato. È fatto salvo il caso in cui la cosa appartenga a persona estranea al reato (*ex plurimis*: Cassazione penale, sez. III, 21 marzo 2018, n. 19692<sup>36</sup>).

## 6. Diritti del privato in caso di diniego dell'attestato di libera circolazione o della licenza di esportazione

Avverso il diniego dell'attestato di libera circolazione il richiedente, nei trenta giorni successivi alla notifica, può proporre ricorso gerarchico al Ministero, per motivi di legittimità o di merito (art. 69, comma 1)<sup>37</sup>.

Occorre, ulteriormente, ricordare che gli Uffici di esportazione possono, quali organi della P.A., ai sensi degli artt. 21 *octies* e *nonies* della legge n. 241/90, provvedere all'annullamento in autotutela dei provvedimenti di rilascio dell'attestato di libera circolazione, qualora concorrano i relativi presupposti: illegittimità del provvedimento; sussistenza di ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto e dei suoi effetti; ponderazione di tutti gli interessi, in particolare, quelli del privato e degli altri eventuali controinteressati, da esplicitare nella motivazione<sup>38</sup>; rispetto di un termine ragionevole dal rilascio.

<sup>36</sup> In *Cassazione penale*, 2019, 2, p. 848.

<sup>37</sup> La proposizione del ricorso comporta la sospensione del procedimento per la dichiarazione di interesse del bene avviatosi in conseguenza del diniego. Il procedimento riprenderà trascorsi 90 giorni dalla presentazione del ricorso senza che l'amministrazione si sia pronunciata, formandosi il silenzio-rigetto. Cfr. P. OTRANTO, *Commento all'art. 68*, in A. ANGIULI-V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 200.

<sup>38</sup> Sul tema, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 982 ss., p. 994, sottolinea che «il princi-

L'art. 6 della legge n. 124/2015 ha fissato, per alcuni tipi di provvedimenti, tra cui quelli autorizzatori, un termine di diciotto mesi, decorso il quale l'Amministrazione decade dal potere di annullamento in autotutela, salvo quanto disposto dall'art. 2 *bis*, ai sensi del quale: «i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1».

Il diniego dell'attestato di libera circolazione, come della licenza di esportazione, (al pari dell'annullamento d'ufficio) comporta(no) per il proprietario del bene, che non può oltrepassare i confini nazionali, un rilevante danno economico<sup>39</sup>, in quanto limita(no) significativamente la platea dei potenziali acquirenti (qualora lo Stato non proceda all'acquisto coattivo, ai sensi dell'art. 70 del Codice<sup>40</sup>).

La tutela giurisdizionale è affidata al giudice amministrativo, giudice della legittimità dell'attività "provvedimentale" della P.A.

In dottrina è pacifico l'orientamento che ritiene essenziale, quale presupposto di legittimità dell'atto di diniego dell'attestato di libera circolazione, la valutazione concreta dell'interesse culturale del bene, con indicazione analitica degli elementi che lo connotano sotto il profilo dell'importanza per la territorialità del patrimonio nazionale<sup>41</sup>.

Anche la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la valutazione di rilevanza dell'interesse culturale deve essere congruamente motivata, con la specificazione delle caratteristiche di pregio e rarità del bene che ne giustificano la sottoposizione al regime vincolistico. Fuori dalle ipotesi di assenza e di carenza della motivazione, tuttavia, la medesima giurispru-

pio del legittimo affidamento ha, infine, assunto un maggior rilievo anche alla luce del principio di proporzionalità che implica, secondo il diritto europeo, un rapporto di "equa proporzionalità" tra l'interesse pubblico sotteso all'azione amministrativa e l'interesse del privato che viene sacrificato».

<sup>39</sup> Sul punto cfr. G. CASU, *Testo Unico in materia di beni culturali e ambientali*, in *Riv. not.*, 2000, p. 820, il quale osserva che la notifica costituisce lo strumento per vincolare l'autonomia negoziale del proprietario.

<sup>40</sup> L'istituto dell'acquisto coattivo della cosa o del bene per cui si chiede l'attestato di libera circolazione è uno strumento di acquisizione da parte dello Stato di beni culturali di proprietà privata, differente sia dall'espropriazione di pubblica utilità ex art. 95 (trattandosi di un potere autoritativo da parte dello Stato), sia dal diritto di prelazione ex art. 60 (poiché non sussiste la volontà del proprietario di alienare il bene). Cfr. M. FIORILLI, *Commento all'articolo 70*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. LEONE - A. L. TARASCO, Padova, Cedam, 2006, p. 461.

<sup>41</sup> G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, n. 3, 2016, reperibile sul sito internet <http://www.aedon.mulino.it/>.

denza ascrive all'area riservata alla discrezionalità amministrativa il giudizio di merito sull'interesse storico-artistico.

Il nodo più rilevante è, dunque, connesso alla misura della discrezionalità dell'amministrazione (Soprintendenze regionali) alla base del rilascio dell'attestato di libera circolazione<sup>42</sup>.

Ed invero nell'area della discrezionalità tecnica<sup>43</sup>, quale è quella che presiede alle valutazioni dell'ufficio di esportazione, il sindacato del giudice amministrativo è fortemente limitato, allorché, come nella fattispecie in considerazione, la valutazione tecnica non sia quella propria delle *hard sciences* bensì quella delle *soft sciences*, nelle quali, inevitabilmente, sussiste un maggior grado di opinabilità.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, il giudice non può stabilire se, tra le diverse soluzioni attendibili, quella operata dalla P.A. sia «la più attendibile di tutte»; la verifica sulla «maggiore attendibilità» non è contemplata tra i poteri dell'organo giudicante, in quanto le norme hanno inteso attribuire tale potere esclusivamente alla P.A., ritenendola il soggetto tecnicamente più qualificato ad esprimersi in un ambito, necessariamente, specialistico.

La discrezionalità della amministrazione è dunque sindacabile nei limiti del vizio di eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto o per manifesta illogicità<sup>44</sup>.

In una recente decisione il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5316) ha ribadito che l'interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali «strumentali» e gli indici di eccesso di potere – può contestare «*ab intrinseco*» la decisione pubblica, ma, in tal caso, deve accollarsi l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'Amministrazione sia scientificamente del tutto inaccettabile. Fino a quando, invece, si fronteggino soltanto opinioni divergenti, si resta nel perimetro della disputabilità delle valutazioni storico-artistiche ed il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo statale, appositamente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla posizione «individuale» dell'interessato, ancorché avallata da esperti del settore.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. A. CATELANI - S. CATTANEO, *I beni e le attività culturali, Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXXIII, Padova, Cedam, 2002, p. 206.

<sup>43</sup> Le valutazioni dell'amministrazione preposta alla tutela, alla valorizzazione e alla conservazione del patrimonio culturale si connotano per un carattere prevalentemente tecnico discrezionale (T.A.R. Lazio, Roma, n. 3154/2017).

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 25 giugno 2019, n. 4356. In dottrina si veda: M. FIORILLI - S. GATTI, *Beni culturali*, cit. *supra*, nota 28, pp. 295-296.

## 7. Conclusioni. Criticità sotto il profilo del diritto interno

In questo quadro si pone una questione di compatibilità tra la disciplina nazionale ed i principi costituzionali.

Si vuol fare riferimento al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Costituzione, che deve presiedere al bilanciamento da parte del legislatore tra valori aventi pari rilievo costituzionale, quali, nella specie, il diritto di proprietà privata (art. 42, comma 2, Costituzione) e la tutela del patrimonio storico ed artistico di interesse pubblico (art. 9, comma 2, Costituzione).

La sottoposizione a vincolo di un oggetto d'arte deve dunque rispettare i principi di proporzionalità e ragionevolezza; ciò, inevitabilmente, postula la individuazione, con criteri non astratti, dei limiti in cui l'interesse pubblico prevale sulle facoltà connesse al diritto di proprietà<sup>45</sup>.

Gli assunti della giurisprudenza, teoricamente inconfutabili, non paiono tener conto della mancanza di criteri specifici che regolino l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Nonostante l'aggiornamento, operato dal dm n. 537/2017, i criteri di giudizio per il rilascio dell'attestato di libera circolazione restano vaghi.

Non si comprende, ad esempio, su quali elementi obiettivi si fondi il giudizio sulla «qualità artistica dell'opera», quale sia la distinzione rispetto alla «rarietà dell'opera in senso qualitativo», a quale elemento si ancori il giudizio di «rilevanza della rappresentazione».

Inoltre, il criterio della «testimonianza rilevante sotto il profilo archeologico, artistico, storico, etnografico, di relazioni significative tra diverse aree culturali, anche di produzione e/o provenienza straniera», che consente di vincolare opere anche di autori stranieri, appare di estrema genericità.

A ciò si aggiunga che il decentramento dell'Ufficio esportazione, che opera nel capoluogo regionale, determina una disomogeneità nell'esercizio della discrezionalità attribuita dalle norme di livello nazionale, sicché una stessa opera potrebbe essere considerata «particolarmente rilevante» per la Soprintendenza di una Regione ovvero ricevere l'attestato di libera circolazione secondo le valutazioni di un'altra. Né appare idonea garanzia l'intervento, nel procedimento amministrativo, del Ministero dei Beni culturali, i cui uffici, ai sensi dell'art. 68, comma 2, dlgs n. 42/2004, si limitano a segnalare all'ufficio esportazione territoriale ogni elemento conoscitivo utile in ordine agli oggetti presentati per l'uscita definitiva dall'Italia.

Un'applicazione uniforme della normativa in materia di esportazione dei beni culturali potrebbe essere raggiunta attraverso l'istituzione di un archivio digitale aperto alla consultazione *online* dei cittadini, in cui rac-

<sup>45</sup> *Ex plurimis*: T.A.R. Lazio, Roma, n. 9826/2018.

cogliere i provvedimenti delle singole Soprintendenze, in sintonia con i principi di certezza del diritto e di trasparenza della P.A; ciò consentirebbe al privato di evidenziare nella sede giurisdizionale disparità di trattamento sintomatiche dell'eccesso di potere.

Del resto, il dlgs 14 marzo 2013 n. 33 (c.d. T.U. trasparenza), tende a favorire forme diffuse di controllo sullo svolgimento delle funzioni istituzionali<sup>46</sup>.

L'obiettivo della c.d. amministrazione partecipata, che assecondi l'abusata qualificazione degli organismi pubblici come «casa di vetro»<sup>47</sup>, non appare affatto raggiunto nella materia in argomento.

Sul punto appare pertinente un richiamo alla disciplina di altri Stati.

Molto interessante risulta una pronuncia del *Tribunal Administratif de Paris, 5ème Section, 3ème Chambre* – la n. 1713758/5-3 – che ha annullato la decisione implicita con cui il Ministro della Cultura transalpina aveva respinto la richiesta di comunicazione dei certificati di uscita rilasciati tra il 2007 ed il 2016 rientranti nelle categorie 2, 3, 7, 13 *ter* e 15 dell'allegato all'art. R. 111-1 del codice del patrimonio, dei dati statistici o numerici relativi a tali certificati e dell'integralità dei verbali dal 1993 della commissione consultiva del patrimonio nazionale di cui all'art. L. 111-4 dello stesso codice. La sezione ha ordinato al Ministro della Cultura di comunicare alla parte richiedente (società per la protezione del paesaggio e l'estetica della Francia) i predetti documenti, con la riserva dell'occultamento preliminare, se del caso, dei dati personali<sup>48</sup>.

Il sistema britannico prevede l'obbligo per l'amministrazione statale di presentare, annualmente, un *report* sull'attività di controllo operata in materia di esportazione dei beni culturali.

Di contro in Italia alla genericità dei criteri di valutazione si unisce la mancanza di strumenti di controllo esterno sulla attività dei funzionari delle diverse soprintendenze.

Si aggiunga un ulteriore rilievo, che attiene al carattere "perpetuo" del vincolo imposto con la dichiarazione dell'interesse culturale, *ex art.* 13-15 dlgs n. 42/2004.

<sup>46</sup> Sul tema, si veda: S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 283 ss.; A. NATALINI - G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, 1-2015, p. 121 ss.

<sup>47</sup> Sul punto, *ex multis*, si veda: M. BARILÀ, *Trasparenza: la PA abita in una "casa di vetro"*, in *Guida al pubblico impiego*, fasc. 9/2009, p. 28.

<sup>48</sup> Cfr. A. PIRRI VALENTINI, *Il Controllo Giurisdizionale sull'esportazione di opere d'arte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 2, 1 giugno 2020, p. 489 ss.

La storia dell'arte ed anche quella del collezionismo presentano, infatti, molteplici esempi di artisti, che hanno goduto, nel tempo, di alterne fortune e di differenti valutazioni critiche.

Il giudizio tecnico con il tempo può dunque rivelarsi fallace, continuando a limitare la circolazione di un bene senza che ne sussistano ragioni attuali. Potrebbe, dunque, prevedersi la possibilità di una revisione, di ufficio o su richiesta, della dichiarazione dell'interesse culturale decorso un certo numero di anni dalla sua notifica.

Si pone, dunque, un sospetto di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 42 Costituzione: dell'art. 68, comma 4, dlgs n. 42/2004, nella parte in cui non si prevede la specificità degli indirizzi stabiliti con decreto del Ministro e la pubblicità dei provvedimenti assunti e dei dati su cui essi si basano; degli artt. 13 e 15 del medesimo decreto legislativo laddove non dispongono la rivedibilità nel tempo della dichiarazione dell'interesse culturale.

Un secondo profilo di possibile incostituzionalità, sempre in riferimento all'art. 42 della Costituzione, è stato segnalato dal Tar Lazio, sezione seconda *Quater*, nella sentenza 29 maggio 2019 n. 6783/2019 Reg. Prov. Coll.<sup>49</sup>, in relazione alla disciplina dell'art. 70, comma 2, del codice dei beni culturali, nella parte in cui prevede come facoltà della amministrazione – invece che come obbligo – l'acquisto del bene in caso di diniego dell'attestato di libera circolazione.

Osserva il Tribunale amministrativo che l'operato della amministrazione, seppure legittimo riguardo al diniego dell'attestato di libera circolazione ed al provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale particolarmente importante dell'opera artistica (ai sensi dell'art. 10, comma tre, lett. *a.*, del dlgs n. 42/2004), appare contraddittorio laddove la medesima amministrazione, rinunci, poi, al suo acquisto.

Il regime dell'acquisto obbligatorio risulterebbe, invece, più coerente con la finalità di tutela e di valorizzazione del patrimonio culturale di cui all'art. 9 della Costituzione.

Il Tribunale non ha potuto dare seguito al suddetto rilievo di incostituzionalità sotto il profilo del difetto di rilevanza giacché, come lo stesso collegio ha chiarito, la parte ricorrente non aveva impugnato l'atto di rifiuto all'acquisto dell'opera.

Sul tema appare interessante la comparazione con la disciplina fiscale di cui all'art. 42 *bis* dpr n. 637/1972 (attuale art. 39 dlgs n. 346/1990) ed

<sup>49</sup> In tale arresto il Tribunale era chiamato a pronunciarsi in merito all'annullamento del provvedimento di diniego dell'attestato di libera circolazione per un dipinto su scudo rappresentante una *Testa di Medusa*, attribuita al Caravaggio.



all'art. 28 *bis* dpr n. 602/1973; tali norme hanno riconosciuto ai contribuenti la possibilità di assolvere, rispettivamente, l'imposta di successione e l'imposta sui redditi mediante la cessione di talune categorie di beni culturali.

Trattasi di una «*datio in solutum sui generis*»<sup>50</sup>; la fase amministrativa, che si aspre su proposta del privato, termina con un decreto con il quale il Ministero dei Beni Culturali attesta la sussistenza delle caratteristiche previste dalla legislazione di tutela, dichiara l'interesse dello Stato all'acquisto del bene e, infine, fissa le condizioni ed il valore della cessione.

Orbene, il provvedimento di diniego dell'attestato di libera circolazione ed il conseguente provvedimento di vincolo potrebbero corrispondere alle prime due condizioni; sarebbe, dunque, auspicabile, che, in esito alla notifica, lo Stato proceda all'acquisto del bene quanto meno riconoscendo al suo titolare un credito di imposta corrispondente al valore dell'opera dichiarato.

## 7.1 Conclusioni. Criticità sotto il profilo del diritto dell'Unione europea

Giova premettere che la disciplina interna della circolazione dei beni culturali, nonostante le modifiche apportate con la legge n. 124/2017 nell'ottica di una maggiore flessibilità (aumento della soglia temporale di rilevanza da cinquanta a settanta anni, salvo per i beni «di eccezionale rilevanza culturale» ed innalzamento della soglia economica di autocertificazione ad euro 13.500), resta tra i regimi più protezionistici nel confronto con le legislazioni degli altri Paesi dell'Unione europea.

Basti considerare che la soglia di valore per i dipinti è fissata in Francia in euro 150.000 ed in Germania in euro 300.000.

Inoltre, in Francia la decisione di trattenere l'opera riconosciuta «tesoro nazionale»<sup>51</sup>, espressione impiegata per designare il bene appartenente al patrimonio nazionale – (e già dal punto di vista semantico restrittiva dell'ambito di rilevanza dell'interesse culturale) – è subordinata all'acquisto coattivo del bene da parte dello Stato<sup>52</sup>.

Nell'ordinamento spagnolo, la legge 25 giugno 1985, n. 16 (*Ley del Patrimonio Histórico Español*) vieta l'uscita dal territorio nazionale dei

<sup>50</sup> Sul tema cfr. M. BISOGNO, *L'adempimento tributario mediante cessione di opere d'arte: spunti per un'analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 1/2020, pp. 7-27.

<sup>51</sup> Art. 111-1 *Code du Patrimoine*, ordonnance n. 2004-178 del 20 febbraio 2004.

<sup>52</sup> Per un approfondimento sulla disciplina francese si rinvia a: S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2005, pp. 95 ss.; M. CORNU - V. NÉGRE, *Code du patrimoine*, Paris, Litec, 2010.

beni dichiarati di interesse culturale e di quelli dichiarati inesportabili in virtù della loro appartenenza al patrimonio storico spagnolo; subordina, invece, al rilascio di un'autorizzazione da parte dell'amministrazione l'uscita dei beni realizzati da più di cento anni ovvero inclusi in un elenco tenuto dalla amministrazione (l'«*Inventario General*» previsto dall'art. 26 della stessa legge).

Particolarmente interessante è la disposizione di cui all'art. 32, secondo cui i beni mobili, la cui importazione nel territorio spagnolo sia avvenuta legalmente e sia debitamente documentata, non potranno essere dichiarati di interesse culturale, se non su richiesta del proprietario, per un termine di dieci anni decorrente dalla data di importazione. Ne consegue che tali beni, per detto periodo, godranno di una speciale esenzione perché non soggetti né ad acquisto coattivo né ad alcun limite all'esportazione<sup>53</sup>.

La diversità delle discipline nazionali deriva dalla scelta dell'Unione di lasciare alla discrezionalità dei singoli Stati il regime di tutela del patrimonio nazionale, sia in relazione all'esportazione (art. 2, par. 2 del Regolamento (Ce) n. 116/2009) sia quanto alla circolazione nel mercato interno (art. 2, par. 1 e 2 della direttiva n. 2014/60/UE).

Il limite a tale discrezionalità è tuttavia nella tutela della libertà di circolazione delle merci garantita dagli articoli da 28 a 37 del TFUE<sup>54</sup>, richiamata nella riserva finale dell'art. 36: i divieti e le restrizioni «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

Le libertà fondamentali di circolazione – delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali – sono necessarie a garantire l'esistenza e l'efficiente funzionamento del mercato unico; il TFUE fissa una serie di interessi per il cui perseguimento è legittimata la deroga alle libertà fondamentali, individuati per ciascuna di esse, ai quali si aggiunge per tutte la deroga delle «esigenze imperative di interesse generale», enucleata in via giurisprudenziale (sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Cassis de Dijon*).

Ognuna di tali giustificazioni è stata vagliata dalla Corte di giustizia in modo rigoroso; la deroga posta a protezione degli interessi confliggenti con le libertà fondamentali deve superare una duplice valutazione, sulla necessità e sulla proporzionalità della misura derogatoria.

<sup>53</sup> Sul punto, cfr. P. OTRANTO, *Più aperto e più rischioso il mercato internazionale dei beni culturali italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, fasc. 3, 1 agosto 2018, p. 325 ss.

<sup>54</sup> Per un approfondimento: A. MATTERA RICIGLIANO, *La libera circolazione delle merci all'interno dell'Unione Europea*, in M. COLUCCI - S. SICA (a cura di), *L'Unione Europea Zanichelli*, Bologna, 2005, pp. 248-279.

Il criterio che presiede alla valutazione dei regimi nazionali derogatori è, in ultima analisi, quello dell'«effetto utile»; le deroghe non devono essere tali da vanificare l'esercizio della libertà di circolazione, il che accade quando eccedano quanto necessario per garantire l'interesse legittimo tutelato, secondo il livello di protezione scelto dallo stesso Stato membro, nell'esercizio della discrezionalità riconosciutagli.

Trattasi di una applicazione nel diritto sostanziale dell'Unione del principio di effettività, che trova la sua generale codificazione nel campo processuale, ad opera dell'art. 19, par. 1, TUE («gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione») e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha fatto assurgere al rango di diritto fondamentale il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva («ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo<sup>55</sup>»).

La giurisprudenza europea non giunge ad approdi diversi laddove manchino interventi di armonizzazione, come, per regola dell'Unione, avviene nella materia dei beni culturali (art. 128, par. 4, Trattato di Maastricht).

Laddove esistano misure di armonizzazione, anzi, sono di norma le stesse disposizioni europee ad indicare le misure necessarie a garantire la tutela degli interessi previsti dalle norme derogatorie ed il principio di proporzionalità è applicabile solo nel caso in cui il legislatore comunitario abbia lasciato agli Stati membri un potere discrezionale.

Nei settori nei quali manca la armonizzazione comunitaria, invece, spetta in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Essi non possono, tuttavia, farlo se non nei limiti indicati dal Trattato e, in particolare, nel rispetto del principio di proporzionalità, che richiede che le misure adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Per ulteriori approfondimenti sull'art. 47 si rinvia a: D. DOMENICUCCI - F. FILPO, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 863 ss.; N. TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002, p. 381 ss.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007 in causa n. C-112/05, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8995, punto 73, EU:C:2007:623, e giurisprudenza ivi citata; inoltre sentenza del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2291, punti 41-43, EU:C:2009:193.

Una misura nazionale contraria all'art. 35 TFUE – che vieta fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente – può essere, dunque, giustificata da uno dei motivi enunciati all'art. 36 TFUE (o da un'esigenza imperativa di interesse generale) ma occorre pur sempre che lo scopo che essa persegue sia legittimo e che essa sia proporzionata a tale scopo.

A tal fine occorre accertare non soltanto che i mezzi da essa predisposti siano idonei a garantire il conseguimento di tale scopo, ma anche che non eccedano quanto è necessario per raggiungerlo<sup>57</sup>.

In tema di libera circolazione dei capitali, si è così ritenuto, ad esempio, che le norme nazionali che attribuiscono poteri di intervento ad uno Stato dell'Unione – (quali il potere di opposizione all'assunzione da parte degli investitori di partecipazioni azionarie qualificate o alla conclusione di patti parasociali) – ma dettano in modo generico le condizioni di esercizio di detti poteri recano un grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali giacché un tale potere discrezionale è sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti (sentenza della Corte di giustizia, *Commissione c. Italia*, cit. supra, nota 56, punti 51 e 52).

Ancor più rigorosa è la valutazione dei regimi di autorizzazione preliminare.

Risulta da una costante giurisprudenza della Corte di giustizia che un regime di previa autorizzazione amministrativa non può legittimare un comportamento discrezionale da parte delle autorità nazionali tale da privare le disposizioni comunitarie, in particolare quelle relative ad una libertà fondamentale, di un'applicazione utile<sup>58</sup>.

Quindi, un regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroga ad una libertà fondamentale, deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-205/07, *Gysbrechts e Santurel Inter*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9947, punto 51, EU:C:2008:730.

<sup>58</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 23 febbraio 1995 in cause riunite n. C-358/93 e n. C-416/93, *Bordessa e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 361, punto 25, EU:C:1995:54, in questa *Rivista*, 1995, p. 639 con commento di P. GRASSI, *Limiti ai controlli nazionali sulle esportazioni di valuta*, *ivi*, p. 645; del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4821, punti 23-28, EU:C:1995:451; del 20 febbraio 2001 in causa n. C-205/99, *Analir e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1271, punto 37, EU:C:2001:107; del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4509, punto 84, EU:C:2003:270; del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1721, punto 64, EU:C:2009:141, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247.

<sup>59</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia, *Analir e a.*, cit. supra, nota 58, punto 38.

Un tale regime deve anche basarsi su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo e imparziale, dovendo, inoltre, eventuali dinieghi di autorizzazione poter essere considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale<sup>60</sup>.

Quando, invece, le disposizioni che stabiliscono i motivi per i quali le autorità sono legittimate a negare un'autorizzazione sono redatte in termini generici ed imprecisi, che non consentono agli interessati di individuare con certezza i casi nei quali la autorizzazione può essere negata, la amministrazione viene investita di un potere difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale e che comporta un rischio di discriminazione<sup>61</sup>.

Nel diritto interno, come sopra si è evidenziato, i criteri che presiedono al rilascio dell'attestato di libera circolazione sono generici («qualità» dell'opera; «rarietà» dell'opera, in senso qualitativo e/o quantitativo; «rilevanza» della rappresentazione, etc.) senza che vengano precisate le circostanze specifiche ed obiettive in cui la autorizzazione può essere negata.

A ciò si aggiunge il rilievo che il sistema procedurale decentrato, per il difetto di comunicazione tra gli uffici di esportazione, non è tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata in modo oggettivo ed imparziale.

Nei fatti, il potere degli uffici di esportazione di concedere o di negare l'attestato di libera circolazione risulta difficilmente controllabile, per le ragioni più approfonditamente evidenziate in riferimento alle norme costituzionali, alle quali si fa rinvio.

Peraltro, nel diritto interno si è determinata una perniciosa combinazione tra la genericità dei criteri che presiedono al rilascio dell'attestato di libera circolazione ed i principi della giurisdizione amministrativa, come fissati in via giurisprudenziale, secondo i quali la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione è sindacabile soltanto nei limiti della assoluta arbitrarietà e non della semplice contestabilità del giudizio espresso.

In queste condizioni, è lecito ritenere che la disciplina nazionale violi la libertà di circolazione delle merci garantita dall'art. 28 e dall'art. 35 TFUE.

La normativa interna espone allora lo Stato italiano all'apertura di una procedura di infrazione.

<sup>60</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473, punto 90, annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 690; cfr. anche sentenza *Muller-Fauré e van Riet*, cit. *supra*, nota 58, p. 85.

<sup>61</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012 in causa n. C-244/11, *Commissione c. Repubblica ellenica*, EU:C:2012:694, punti 78-79.

La Corte di giustizia con la sentenza del 26 marzo 2009 in causa n. C-326/07, *cit. supra*, nota 56, ha già dichiarato l'inadempimento dello Stato italiano agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 43 Trattato CE (libertà di stabilimento) e 56 Trattato CE (libera circolazione dei capitali), in relazione alla definizione, recata dal dpcm 10 giugno 2004, art. 1 comma 2, dei criteri di esercizio dei poteri speciali spettanti al Ministro dell'Economia e delle Finanze per il controllo di società strategiche (art. 2 d.l. 31 maggio 1994 n. 332 conv. con mod. in legge 30 luglio 1994 n. 474).

Il giudice europeo ha basato il proprio giudizio sul rilievo che i criteri in questione erano «formulati in modo generico ed impreciso» (punto 52), avevano «carattere generale ed astratto» (punto 53) ed, in sintesi, sul fatto che: «il decreto del 2004 non contiene precisazioni sulle circostanze concrete in cui può essere esercitato il potere di veto e i criteri da esso fissati non sono dunque fondati su condizioni oggettive e controllabili» (punto 72).

Tali censure appaiono parimenti riferibili agli indirizzi di carattere generale stabiliti nel dm n. 537 del 6 dicembre 2017, per i quali si rimanda al precedente par. 5.2.

Anzi, la genericità dei criteri fissati dal dm n. 537/2017 sembra, per certi versi, maggiormente evidente, ove si consideri che in esso manca la determinazione del grado di protezione che si intende assicurare all'interesse culturale mentre il dpcm del 2004 adottava il criterio del «grave ed effettivo pericolo» per gli interessi ivi considerati.

La discrezionalità riconosciuta agli Stati membri deve essere, invece, esercitata stabilendo tanto il livello al quale intendono garantire la tutela dei legittimi interessi di cui all'art. 36 TFUE quanto il modo in cui questo livello deve essere raggiunto.

## **7.2 Effetti sul provvedimento amministrativo della violazione del diritto dell'Unione**

Quali le conseguenze dell'ipotizzata violazione del diritto dell'Unione sul provvedimento amministrativo di diniego dell'attestato di libera circolazione?

Occorre muovere dalla premessa che, secondo una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, le norme dei Trattati che stabiliscono libertà, come le libertà fondamentali di circolazione, hanno effetto diretto.

Anzi, sebbene le disposizioni sulle libertà fondamentali si rivolgano formalmente agli Stati membri, la Corte di giustizia ha esteso la loro portata applicativa anche a livello orizzontale, nei rapporti tra privati, talora in via diretta, in altre pronunce, proprio in materia di circolazione dei beni, in

via indiretta (cioè facendo derivare da esse un obbligo per lo Stato di intervenire in situazioni in cui le libertà di un privato sono minacciate dai comportamenti di un altro soggetto privato)<sup>62</sup>.

È noto che, accertata la violazione da parte di una disposizione nazionale di una norma comunitaria ad affetto diretto, il giudice interno ha l'obbligo di disapplicarla, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – ai sensi dell'art. 267 TFUE – affinché fornisca criteri di orientamento circa la conformità del diritto interno a quello eurounitario.

In verità, prima ancora dell'intervento dell'autorità giudiziaria, l'autorità amministrativa dovrebbe disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione, trattandosi, per pacifica giurisprudenza della Corte di giustizia, di un obbligo gravante sullo Stato membro in tutte le sue articolazioni<sup>63</sup>.

In ogni caso, una volta intervenuto il diniego dell'attestato di libera circolazione, l'obbligo di disapplicazione deve tener conto del regime proprio del provvedimento amministrativo e, in particolare, della regola processuale della sua definitività a seguito del decorso del termine di impugnazione.

Nel nostro sistema l'illegittimità di un provvedimento amministrativo non ne consente la disapplicazione, essendo necessaria ed imprescindibile la tempestiva iniziativa annullatoria dell'interessato, in assenza della quale il provvedimento si consolida ed è idoneo a disciplinare il rapporto amministrativo, eventualmente anche *contra legem*; unica eccezione a tale conseguenza è rappresentata dai casi di nullità, come individuati dall'art. 21-*septies*, l. n. 241 del 1990<sup>64</sup>.

Al riguardo sono prospettabili tre diverse ricostruzioni.

Se si ritiene che il provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione sia affetto da un vizio di annullabilità, diviene evidente la necessità di impugnare tempestivamente al TAR il diniego dell'attestato di libera circolazione, chiedendone l'annullamento, previa disapplicazione delle norme di diritto interno (per contrasto con la libertà di circolazione delle merci riconosciuta dagli artt. 28 e 35 TFUE).

<sup>62</sup> Sentenze della Corte giustizia del 6 giugno 2002 in causa n. C-159/00, *Sapod Audic*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5031, EU:C:2002:343; del 1° ottobre 1987 in causa n. 311/85, *VZW Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, in *Raccolta*, 1987, p. 3801, EU:C:1987:418; del 27 settembre 1988 in causa n. 65/86, *Bayer AG e Maschinenfabrik Hennecke GmbH*, in *Raccolta*, 1988, p. 5249, EU:C:1988:448.

<sup>63</sup> In tal senso si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, del 5 marzo 2018, n. 1342.

<sup>64</sup> *Ex aliis*: Consiglio di Stato, sez. IV, del 27 febbraio 2020, n. 1439.

Secondo una diversa prospettiva, invece, recepita in alcune pronunce del Consiglio di Stato<sup>65</sup>, il vizio è quello di annullabilità soltanto quando la contrarietà al diritto dell'Unione riguarda direttamente il provvedimento amministrativo; quando, invece, detta violazione riguarda la norma interna che attribuisce il potere ed il vizio dell'atto amministrativo è solo indiretto (come nel caso del diniego dell'attestato di libera circolazione), si verifica una carenza di potere, con conseguente nullità del provvedimento amministrativo.

Tale orientamento è basato, cioè, sulla distinzione tra invalidità diretta dell'atto amministrativo per contrarietà alla norma comunitaria – che resterebbe soggetta allo stesso regime dettato per il caso di violazione di una norma nazionale – ed invalidità del provvedimento amministrativo derivata dalla contrarietà al diritto dell'Unione della norma in base alla quale esso è stato emanato, che configurerebbe il vizio di nullità<sup>66</sup>.

Accedendo a tale ricostruzione, il provvedimento amministrativo non potrebbe acquisire definitività; la giurisdizione, inoltre, dovrebbe essere attribuita al giudice ordinario e non al giudice amministrativo, giacché la nullità dell'atto amministrativo lascia integro il diritto del privato nei confronti dello Stato alla libera circolazione delle merci, che gli deriva, in via diretta, dal TFUE.

La terza soluzione è quella secondo cui in ogni caso di violazione del diritto dell'Unione – sia essa diretta (*id est*: riferibile al provvedimento amministrativo) o indiretta (*id est*: riferibile alla norma attributiva del potere) – opererebbe il controllo diffuso in capo al giudice e l'obbligo di disapplicare il provvedimento amministrativo (in caso di invalidità indiretta, unitamente alla norma attributiva del potere).

La tesi prevalente nella giurisprudenza amministrativa è la prima.

Il giudice amministrativo non nega che la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto comunitario costituisca un obbligo per lo Stato membro, in tutte le sue articolazioni – e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari – a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE.

Ritiene, tuttavia, che il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario non va considerato nullo, ai sensi dell'art. 21-*septies* l. n. 241/1990 – per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo al-

<sup>65</sup> Consiglio di Stato, sez. V, del 10 gennaio 2003, n. 35; sez. IV, del 21 febbraio 2005, n. 579; sez. V 8 settembre 2008, n. 4263.

<sup>66</sup> Cfr. R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. it.*, 1989, 111, p. 148.



l'amministrazione precedente – ma affetto da un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538).

Tale approdo non appare in contrasto con il diritto dell'Unione.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – pur dovendosi garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta anche nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto la validità di un atto amministrativo<sup>67</sup> – spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità processuali dei ricorsi intesi a garantire detta tutela.

I limiti di tale discrezionalità sono segnati dal principio di equivalenza – sicché i rimedi accordati non devono essere meno favorevoli di quelli che riguardano ricorsi analoghi di natura interna – e dal principio di effettività, in relazione al quale essi devono essere idonei a garantire il rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, sancito dall'art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>68</sup>.

Quanto al principio di effettività, la Corte di giustizia ha già ritenuto che il termine di sessanta giorni di impugnazione del provvedimento amministrativo, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme al principio di effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario. Con l'importante precisazione che, ai fini dell'applicazione del principio di effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo, sicché non si può escludere che, nelle par-

<sup>67</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Erich Ciola*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2517, punto 32, EU:C:1999:212, e in questa *Rivista*, 1999, p. 721, con nota di E. ADOBATI *Provvedimenti amministrativi e primato del diritto comunitario*, *ivi*, p. 727 e commento di R. ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, *ivi*, p. 729 ss.

<sup>68</sup> Sentenza della Corte giustizia del 14 settembre 2017 in causa n. C-628/15, *Trustees of the BT Pension Scheme*, EU:C:2017:687, punti 58-59 e giurisprudenza *ivi* citata.

ticolari circostanze della causa sottoposta al giudice *a quo*, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio<sup>69</sup>.

Quanto alla equivalenza, deve osservarsi che la impugnazione del diniego della autorizzazione amministrativa richiesta a fini di protezione dei beni culturali in situazioni interamente regolate dal diritto interno – (quale, ad esempio, l'esecuzione di opere e lavori di qualsiasi genere sui beni culturali *ex art. 21, comma 4, dlgo n. 42/2004*) – è parimenti soggetta al termine generale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, dunque, il potere di disapplicazione della norma interna attribuita al potere resta pur sempre condizionato alla tempestiva impugnazione del diniego dell'attestato di libera circolazione (salva la verifica di casi particolari, in cui, nonostante il decorso del termine di impugnazione del provvedimento, sia necessario garantire il rispetto del principio di effettività).

Il privato avrà dunque l'onere di impugnare tempestivamente davanti al giudice amministrativo il diniego dell'attestato di libera circolazione, chiedendone l'annullamento sotto il profilo dell'illegittimità derivata, per contrarietà dell'art. 68 dlgo n. 42/2004 e del dm 6 dicembre 2017 nr. 537 all'art. ed all'art. 35 TFUE.

Dall'illegittimità del diniego dell'attestato deriva, altresì, il diritto del privato al risarcimento del danno, previa allegazione e dimostrazione del fatto che l'impedimento all'uscita del bene dal territorio nazionale ha determinato la perdita di una occasione favorevole di scambio nel mercato interno.

La tutela demolitoria concessa dal giudice amministrativo non è, comunque, di per sé idonea a realizzare l'interesse diretto alla circolazione del bene nel mercato unico.

Il privato dovrebbe, dunque, presentare nuovamente la domanda di rilascio dell'attestato di libera circolazione, chiedendo alla pubblica amministrazione di disapplicare essa stessa il diritto interno contrario al diritto dell'Unione, con conseguente espansione del diritto alla libera circolazione delle merci riconosciuto dal Trattato.

In caso di nuovo diniego è prospettabile un'azione in sede di ottemperanza.

**Mario Tuccillo\***

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2003 in causa n. C-327/00, *Santex SpA*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1877, punti 55-57, EU:C:2003:109.

\* Avvocato, iscritto all'Albo degli Avvocati di Napoli in data 21 ottobre 2020; Cultore della materia nelle discipline di Diritto finanziario e tributario e Diritto tributario e finanziario dei beni culturali ed ambientali / Università degli Studi Federico II - Napoli

## SINTESI

La circolazione dei beni culturali pone temi di grande attualità, attesa la costante ricerca di regole uniformi, in ambito internazionale, comunitario e nazionale, che possano disciplinare la materia, al passo con la costante "evoluzione normativa"; fermo restando quanto disciplinato dalle norme "sovranazionali", viene lasciata ai singoli Stati la possibilità di definire le caratteristiche specifiche dalle quali far discendere la qualificazione di un bene quale parte del patrimonio culturale nazionale.

Ebbene, in tale prospettiva, il quadro normativo italiano, nonostante le modifiche apportate al Codice dei beni culturali con la l. n. 124/2017, volte alla ricerca di una maggiore flessibilità, appare, tutt'oggi, ricco di aspetti critici, specie se confrontato con quello degli altri Paesi dell'Unione, a causa di una "marcata discrezionalità" lasciata all'Amministrazione, che sovente si rivela in forte contrasto con gli interessi dei soggetti privati e che limita, in particolare, la circolazione dei beni nel mercato unico.

## ABSTRACT

*The movement of cultural heritage poses topical issues, considering the constant search for uniform rules, in the international, European Union and national areas, that can regulate the matter, in step with the constant "changes in legislation"; without prejudice to what is regulated by the "supranational" rules, the possibility is left to individual States to define the specifications from which a good may fall as part of the national cultural heritage.*

*In this perspective, the Italian regulatory framework, despite the amendments brought to the Italian Code of Cultural Heritage by Law n. 124/2017, aimed at the objective of seeking greater flexibility, it still appears to be full of critical aspects, compared with that one of the other countries of the European Union, due, above all, to a "marked discretion" left to the Administration, which is in sharp contrast with the interests of private entities and which limits, in particular, the circulation of goods in the European internal market.*



## **COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE**

---

### **IL RUOLO DELLA CORTE DEI CONTI NEL DECRETO LEGISLATIVO N. 175 DEL 2016 - TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA (TUSP) ED INTERRELAZIONI CON IL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI\***

Quale Presidente della Sezione di controllo sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria e sulle società partecipate dallo stesso, mi occuperò in questo intervento principalmente delle partecipazioni possedute dalle amministrazioni pubbliche centrali, delle società nazionali in altri termini, non senza effettuare qualche riferimento alle società degli enti territoriali, considerata l'uniformità della normativa. Il mio non sarà un intervento di carattere dottrinario, ma piuttosto un contributo dalla prospettiva dell'operatore del diritto, che sul campo deve interpretare ed applicare gli istituti giuridici.

Ho scelto proprio questo argomento per la relazione in quanto ritengo che con il dlgs n. 175 del 19 agosto 2016, recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, modificato ed integrato dal dlgs 16 giugno 2017, n. 100, il Legislatore abbia conferito alla Corte dei conti un ruolo di preminenza nel sistema dei controlli sulle partecipate pubbliche, riconoscendone e valorizzandone la posizione di organo esterno, con

\* Relazione presentata al Convegno di Torino su «Società a partecipazione pubblica e anticorruzione: l'impatto dei recenti interventi della Corte costituzionale e della giurisprudenza su responsabilità e controlli» tenutosi in data 20 giugno 2019.

carattere di terzietà e la cui autonomia ed indipendenza sono assicurate dalle garanzie costituzionali sull'esercizio delle funzioni magistratuali.

Non che nel precedente ordinamento non fossero previste attribuzioni specifiche di controllo della Corte sulle società pubbliche.

Basti pensare all'art. 3, comma 27, della l. n. 244 del 2007, (finanziaria per il 2008) che, nel perseguire la razionalizzazione delle partecipate, soprattutto quelle locali, ai fini anche del contenimento della spesa e della tutela della concorrenza e del mercato, aveva precluso alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del dlgs n. 165 del 30 marzo 2001 di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Ai fini di una verifica del rispetto del disposto normativo, aveva altresì stabilito, al comma 28, che le delibere motivate di assunzione di nuove partecipazioni e di mantenimento delle attuali fossero trasmesse alla sezione competente della Corte dei conti.

O ancora, per le partecipazioni degli enti territoriali, l'art. 1, comma 611, della l. n. 190 del 2014 (legge di stabilità per il 2015) disponeva, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, che detti enti a decorrere dal 1° gennaio 2015 avviassero un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015. Il successivo comma 612 prevedeva poi che il piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie – direttamente o indirettamente possedute – che gli organi di vertice degli enti dovevano adottare entro il 31 marzo 2015, corredato di un'apposita relazione tecnica, fosse trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Entro il 31 marzo 2016, alla stessa sezione regionale doveva essere trasmessa una relazione sui risultati conseguiti per effetto del piano.

Sul fronte poi, del rafforzamento della partecipazione della Corte dei conti al controllo sulle regioni e sugli enti locali, per l'impatto che la gestione degli organismi partecipati può avere sugli equilibri di bilancio e la sostenibilità del debito degli enti proprietari, il d.l. n. 174 del 2012, agli artt. 1, comma 4, per le regioni, e 3 lett. e., introduttivo dell'art 148 *bis* del Tuel, per gli enti locali, stabiliva che le sezioni regionali della Corte dei conti nell'esame dei rendiconti dovevano anche verificare che gli enti avessero tenuto conto dei risultati operativi delle proprie partecipate.

Deve inoltre ricordarsi la legge europea n. 161 del 30 ottobre 2014 per il 2015, che all'art. 30, comma 4, ai fini del monitoraggio sul rispetto delle

regole di bilancio, per valutare i riflessi sui conti delle pubbliche amministrazioni, stabilisce che la Corte dei conti, nell'ambito delle sue funzioni di controllo, può chiedere dati economici e patrimoniali agli enti e agli organismi dalle stesse partecipati a qualsiasi titolo.

In definitiva, non sono mancate nel passato, soprattutto nell'ultimo decennio, specifiche disposizioni che hanno previsto l'intervento della Corte dei conti, nel quadro delle numerose misure adottate dal legislatore ispirate all'intento di ridimensionare il ricorso allo strumento giuridico privatistico della società e ridurre gli effetti negativi sulla gestione finanziaria degli enti partecipati, a fronte delle criticità che si erano riscontrate.

Con l'adozione del Tusp la posizione della Corte è stata ulteriormente valorizzata. Viene, infatti, notevolmente esteso l'ambito delle attività gestorie o di carattere finanziario da parte degli enti partecipati e delle società partecipate che sono, per espressa previsione legislativa, sottoposte all'osservazione dell'organo di controllo esterno. La metodologia prescelta è quella dell'obbligo di invio diretto dei provvedimenti o delle informazioni alla competente Sezione della Corte.

Traspare evidente la scelta operata dal Legislatore che alcuni tra i momenti più qualificanti della vita degli organismi partecipati non sfuggano allo scrutinio della Corte dei conti. Sono numerosi gli istituti inerenti la gestione delle partecipate che coinvolgono fortemente la Corte in quanto, secondo le previsioni del Tusp, devono essere portati direttamente a conoscenza della stessa, affinché possa svolgere un indefettibile, specifico esame sugli stessi, oltre alle ordinarie competenze di controllo sulla gestione degli organismi.

In primo luogo, devono essere inviati alla Corte, a fini conoscitivi, gli atti che attengono al momento fondativo delle partecipazioni, quello cioè in cui si esprime per la prima volta la volontà dell'amministrazione di dare vita a una nuova società a partecipazione pubblica oppure di acquisire partecipazioni, anche indirette, in società già costituite. Con una disposizione che lascia intravedere il disfavore del decisore politico nei confronti della creazione di nuove forme partecipative, l'art. 5 del Tusp sottopone detti atti deliberativi ad un più che rigoroso onere motivazionale. Essi devono infatti essere analiticamente motivati, con riferimento, in particolare, alla necessità della società costituenda per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e della preferibilità rispetto alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa e dell'intervento finanziario con le norme dei

Trattati europei ed in particolare con la disciplina degli aiuti di Stato alle imprese.

Ferma restando l'insindacabilità delle scelte discrezionali dell'amministrazione, si ritiene che il sindacato della Corte, indipendentemente dalla terminologia usata nelle singole disposizioni (alle volte si statuisce che gli atti vengano inviati a fini conoscitivi, altre comunicati, altre ancora che le informazioni vengano rese disponibili) non possa prescindere quantomeno dalla valutazione della rispondenza della motivazione ai parametri stabiliti dalla legge e della sua congruenza.

Con una tecnica legislativa inconsueta è lo stesso Legislatore ad individuare l'articolazione interna della Corte deputata a ricevere i predetti provvedimenti. Nel comma 4 dell'art. 5, fissando un assetto delle competenze cui si fa rinvio in tutti i casi di trasmissione, è infatti stabilito che «per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi».

Altro aspetto di rilievo sottoposto alla cognizione della Corte in sede di controllo sono i piani di revisione – ordinaria e straordinaria – delle partecipazioni possedute dalle pubbliche amministrazioni, che il Tusp ha imposto alle amministrazioni di adottare nell'intento di ridurre il numero delle partecipate e soprattutto di procedere ad una loro razionalizzazione.

L'art. 24, comma 1, del decreto legislativo ha, infatti, previsto, in sede di prima applicazione del testo unico, che le pubbliche amministrazioni procedessero entro il 30 settembre 2017 ad una revisione straordinaria delle partecipazioni possedute, direttamente o indirettamente, al 23 settembre 2016, data di entrata in vigore del decreto stesso, individuando sulla base di determinati parametri quelle da alienare o che avrebbero dovuto essere oggetto di misure di razionalizzazione. Anche in questo caso, ai sensi del successivo comma 3, «Il provvedimento di ricognizione è inviato alla sezione della Corte dei conti competente ai sensi dell'articolo 5, comma 4, nonché alla struttura di cui all'articolo 15, perché verifichi il puntuale adempimento degli obblighi di cui al presente articolo».

Ogni anno, poi, a partire dal 2018 e avendo a riferimento la situazione al 31 dicembre 2017, le pubbliche amministrazioni proprietarie, in coerenza con la revisione straordinaria in precedenza compiuta, devono effettuare, ai sensi degli artt. 20, commi 1 e 2, e 26, comma 11, del decreto, la ra-



zionalizzazione ordinaria e periodica delle partecipazioni ancora possedute. A tal fine esse effettuano una analisi dell'assetto complessivo delle partecipazioni detenute a fine anno, dirette o indirette, predisponendo, ove ne ricorrano i presupposti, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, corredato di apposita relazione tecnica. In base ai commi 3 e 4 del predetto art. 20, i provvedimenti sono resi disponibili alla sezione della Corte dei conti competente. In caso di adozione del piano di razionalizzazione, entro il 31 dicembre dell'anno successivo viene, altresì, trasmessa alla sezione una relazione sull'attuazione del piano stesso, evidenziando i risultati conseguiti.

Dalla combinazione delle predette norme deriva, dunque, un sistema compiuto in cui, a seguito della prima ricognizione straordinaria, si susseguono annualmente operazioni di verifica degli assetti societari, che possono dar luogo a misure correttive, anche esse sottoposte a monitoraggio nell'anno successivo in apposita relazione. Su detto ciclo ininterrotto di atti di revisione e rendicontazione dei risultati vigila la Corte.

Una importante, innovativa attribuzione di controllo è poi quella prevista dall'art. 14, comma 5, del Tusp. In deroga al divieto generale per le amministrazioni proprietarie di sottoscrivere aumenti di capitale o di effettuare trasferimenti straordinari o aperture di credito o di rilasciare garanzie in favore di società che abbiano registrato perdite per tre esercizi consecutivi, sono consentiti trasferimenti straordinari a società che si trovino in detta situazione a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse, ovvero alla realizzazione di investimenti. Dette misure devono, tuttavia, essere contemplate in un piano di risanamento che preveda il raggiungimento dell'equilibrio finanziario in tre anni e che deve essere inviato alla Corte dei conti, oltre che all'Autorità di regolazione di settore. La norma non specifica con quali tempi, modalità e soprattutto con quali effetti la competente sezione possa effettuare il monitoraggio del percorso di risanamento finanziario e patrimoniale della società in crisi. Sarà dunque compito della giurisprudenza del controllo, nella fase applicativa, delineare i contorni dell'istituto, anche con riferimento eventualmente ad altre procedure di piani di rientro, puntualmente disciplinate.

Se i predetti obblighi di trasmissione riguardano le amministrazioni titolari della partecipazione, per completezza di trattazione si ricordano, infine, altre due fattispecie previste nel Tusp nelle quali la Corte dei conti è chiamata ad esaminare direttamente atti gestori delle società partecipate.

Si tratta della delibera motivata, ai sensi dell'art. 11, comma 3, con cui, in luogo dell'amministratore unico, che costituisce nella scelta del Le-

gislatore l'organo di amministrazione fisiologico, l'assemblea della società a controllo pubblico, con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenuto conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un Consiglio di amministrazione, composto da tre a cinque membri. Tutte le società dovrebbero ormai avere già adempiuto all'eventuale esercizio di detta facoltà, considerato che entro il 31 luglio 2017 esse avevano l'obbligo di adeguare i propri statuti alle disposizioni del testo unico.

Infine, le disposizioni di diritto transitorio contenute nell'art. 26, commi 4 e 5, che dovrebbero avere esaurito i loro effetti, prevedevano la comunicazione alla competente sezione della Corte delle delibere con le quali, nei mesi successivi all'entrata in vigore del decreto legislativo, le società avessero deciso la quotazione delle proprie azioni in mercati regolamentati, oppure adottato atti volti all'emissione di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

Quelli fin qui esaminati sono i casi in cui le norme del t.u. hanno dato rilievo all'esigenza di un'attenzione specifica della Corte su alcuni aspetti rilevanti della gestione, attraverso l'invio alla stessa di provvedimenti ed informazioni.

Ma il controllo sulle partecipate pubbliche non si esaurisce in questo, almeno per quanto riguarda le società partecipate dallo Stato o da altre amministrazioni pubbliche centrali. Le società nazionali sono, infatti, sottoposte al particolare tipo di controllo di cui alla l. n. 259 del 1958, attuativa dell'art. 100, secondo comma, della Costituzione, che disciplina la partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria.

Detto controllo implica fondamentalmente l'esame della gestione finanziaria delle amministrazioni controllate, con particolare attenzione al rispetto degli equilibri di bilancio ed alla solidità degli assetti patrimoniali, ma non può prescindere dalla osservazione anche di aspetti ordinamentali e gestori, per gli effetti di carattere finanziario che ne possono scaturire, quali, per citarne solo alcuni, la *governance* dell'ente o della società, l'organizzazione strutturale, l'attività contrattuale, il contenzioso, i controlli interni. Le verifiche della Corte non possono, inoltre, non riguardare la regolarità delle gestioni ed il rispetto delle normative, generali e di settore. In questo quadro, dunque, si pone il controllo generale che la Sezione del controllo sugli enti svolge sulla corretta applicazione della intera disciplina di diritto speciale recata dal Tusp, oltre ai casi di invio di specifici provvedimenti. I risultati del controllo eseguito esitano in un referto annuale che viene inviato al Parlamento, unitamente ai rendiconti degli enti controllati.

La predetta Sezione del controllo sugli enti, istituita dalla citata legge n. 259 del 1958, esercita il controllo annuale sulla gestione finanziaria della quasi totalità delle società partecipate dal Mef, con le modalità di cui all'art. 12 della legge stessa, che prevedono anche la partecipazione di un magistrato della Corte alle riunioni degli organi amministrativi e di controllo, nelle ipotesi di contribuzione con apporto al patrimonio dell'ente controllato. È da sottolineare che le attribuzioni di questa Sezione sono le sole, nel variegato panorama di competenze facenti capo alla Corte dei conti, che prevedono un controllo annuale, diretto e sull'intera gestione della società.

L'estensione alle società pubbliche di una normativa che nella Costituzione e nella legge attuativa era stata concepita per gli enti pubblici cui lo Stato contribuisce in via ordinaria è stata frutto di un autorevole orientamento giurisprudenziale.

Con la storica sentenza n. 466 del 1994, a seguito della trasformazione in società per azioni di alcuni enti pubblici economici, in precedenza controllati dalla Corte, – si trattava in particolare di Ina, Iri, Eni, Enel – la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che la nozione di «ente pubblico», di cui alla legge n. 259/1958, deve essere riferita a soggetti giuridici che, pur non potendo ricondursi alla generale nozione di ente pubblico, devono, ciononostante, essere sottoposti a controllo perché a finanza parzialmente o totalmente derivata dallo Stato, o in quanto, pur avendo una connotazione privatistica e pur conducendo una gestione sulla base di moduli civilistici, fruiscono di un apporto al patrimonio da parte dello Stato in capitale, servizi o beni, o mediante la concessione di garanzia finanziaria.

Successivamente, in aderenza a detta linea interpretativa, tutte le società direttamente partecipate dallo Stato, salvo rara eccezione, sono state dichiarate assoggettate al controllo di cui alla ripetuta l. n. 259/1958, o per espressa disposizione di legge, o tramite il decreto dichiarativo del Presidente del Consiglio dei ministri, cui compete l'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della legge stessa. Al riguardo è stato riconosciuto, peraltro, alla Corte dei conti un potere di iniziativa, di proposizione cioè al Governo delle fattispecie assoggettabili al controllo, potere che essa esercita attraverso la Sezione del controllo sugli enti.

Il controllo esterno della Corte dei conti sulle partecipate pubbliche ha ad oggetto anche il sistema dei controlli interni agli organismi, per un principio di carattere generale che è stato sancito dalla legge n. 20 del 1994, sulla riforma dei controlli. In tutte le attività di controllo successivo sulla gestione – ed è questo il tipo di funzione che la Sezione enti esercita nei confronti delle partecipate – la Corte nelle proprie analisi deve verificare e compiere valutazioni sul funzionamento dei controlli interni a cia-

scuna amministrazione (art. 3, commi 4 e 7). Lo stretto collegamento tra controllo esterno e controlli interni è inoltre dimostrato dalla disposizione dell'art. 4 del dlgs n. 286 del 1999, sul monitoraggio e valutazione delle amministrazioni pubbliche, che ha riconosciuto l'esigenza di modificare le strutture, le competenze, le procedure di controllo della Corte dei conti per adeguarle alle modifiche ai controlli interni introdotte con il decreto stesso, demandando alla Corte la competenza ad adottare i conseguenti provvedimenti regolamentari.

Come noto, il sistema dei controlli interni alle società a partecipazione pubblica si è arricchito negli ultimi anni di numerosi, ulteriori presidi. Oltre agli strumenti del diritto ordinario quali le competenze del collegio dei sindaci – mi riferisco al sistema tradizionale di *governance* duale delle società per azioni – ed alla certificazione dei bilanci operata dalle società di revisione legale, le partecipate sono dotate di altri organismi deputati all'effettuazione di analisi aventi finalità ed effetti diversi, ma ugualmente inquadrabili nella ricerca della «compliance», intesa come conformità di un'organizzazione complessa quale quella aziendale alle norme giuridiche che ne disciplinano l'attività ed alle regole tecniche che governano i processi produttivi.

Con il dlgs n. 231 del 2001 è stata, infatti, introdotta la responsabilità amministrativa per gli enti e le società forniti di personalità giuridica, per non avere adottato adeguati strumenti per prevenire il verificarsi di eventi criminosi, dai quali l'impresa abbia tratto vantaggio. L'ente, in altri termini, risponde degli illeciti commessi dai propri dipendenti se non ha predisposto le misure necessarie ad impedire la commissione dei reati contemplati nello stesso decreto. Funzionale all'applicazione della legge è la messa in atto di un processo di *risk management*, che si articola nell'adozione di un Modello organizzativo di gestione (MOG) e di un codice di comportamento nei confronti dei portatori di interessi, nonché nella nomina dell'organismo di vigilanza (ODV), chiamato a verificare l'osservanza del Modello e del codice etico.

Successivamente sono intervenute le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, di cui alla legge n. 190 del 2012, introdotte al fine di promuovere l'etica e la legalità nei comportamenti dei soggetti che svolgono funzioni di pubblico interesse, e di aumentare i livelli di *performance* e di efficacia dell'azione amministrativa. Come noto, il sistema anticorruzione è fondato sulla adozione di atti di programmazione "a cascata", per cui partendo dal Piano nazionale anticorruzione i singoli enti approvano il Piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPC), sulla cui attuazione vigila il responsabile della prevenzione (RPCC), che relaziona al riguardo.

Pur non essendo rinvenibili nell'ordinamento norme che obblighino espressamente le società in controllo pubblico all'adozione di detti strumenti, l'Anac, con circolare del giugno 2015, ha ritenuto applicabile la normativa anticorruzione anche a detti organismi ed ha suggerito che gli strumenti adottati vengano integrati con i modelli di cui al dlgs n. 231 del 2001.

Le finalità dei due sistemi di controllo sono evidentemente diverse: laddove il dlgs n. 231 mira ad evitare la commissione di reati degli agenti pubblici dai quali possa derivare un vantaggio per l'impresa, indipendentemente dal beneficio personale del soggetto, la prevenzione della corruzione è invece intesa a prevenire comportamenti dei dipendenti che mirino ad ottenere benefici personali, a danno del corretto perseguimento dell'interesse pubblico.

La contiguità, comunque, se non l'immedesimazione in alcuni casi, dei comportamenti devianti dai quali possono derivare, da un lato, la responsabilità amministrativa dell'ente, dall'altro, quella penale o disciplinare del singolo dipendente, comporta che i due sistemi spesso si basino sulla stessa mappatura dei processi produttivi e sulle medesime procedure di *risk management*.

Non sono normativamente previste forme di coordinamento tra gli strumenti di controllo interno su indicati, come anche con la funzione di *internal auditing*. Tanto che nella realtà delle gestioni si assiste sovente a forme di sovrapposizione delle attività di verifica e di coincidenza della titolarità degli incarichi nella medesima persona.

Per concludere, il sistema dei controlli interni nelle società, come negli enti pubblici, è complesso ed articolato. Esso può comunque trovare il suo momento conclusivo ed unificante nelle verifiche sui controlli interni che la Corte dei conti può svolgere, per un principio di carattere generale sancito, come già indicato, dalla legge n. 20 del 1994, sulla riforma dei controlli (legge n. 20 del 1994, art. 3, commi 4 e 7), da interpretarsi come attributivo di una competenza di tipo dinamico, che necessariamente si adatta ai mutamenti dei controlli introdotti dalle normative successive.

**Enrica Laterza\*\***

\*\* Presidente della Sezione di controllo sugli enti della Corte dei conti

## SINTESI

Con il dlgs 19 agosto 2016 n. 175, recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (TUSP), il Legislatore ha conferito alla Corte dei conti un ruolo di preminenza nel sistema dei controlli sulle partecipate pubbliche, riconoscendone la posizione di organo esterno e con carattere di neutralità.

Anche in passato, soprattutto nell'ultimo decennio, alcune disposizioni avevano previsto specifici interventi di controllo della Corte dei conti sulle partecipate, nel quadro delle numerose misure adottate dal Legislatore per il contenimento della spesa pubblica.

Con l'adozione del Tusp, però, viene notevolmente esteso l'ambito delle attività gestorie o di carattere finanziario da parte degli enti partecipanti e delle società partecipate che vengono specificamente sottoposte all'osservazione della Corte. La metodologia prescelta è quella dell'obbligo di invio diretto dei provvedimenti o delle informazioni alla competente Sezione della Corte stessa.

In aggiunta a detti controlli diretti su singoli atti, le società partecipate dallo Stato sono comunque soggette al controllo di cui alla legge 21 marzo 1958 n. 259, che comporta fondamentalmente l'esame della gestione finanziaria delle amministrazioni controllate, ma non può prescindere dalla osservazione anche di aspetti ordinamentali e gestori, per gli effetti di carattere finanziario che ne possono scaturire.

Il controllo esterno della Corte dei conti sulle partecipate pubbliche ha ad oggetto anche il sistema dei controlli interni agli organismi, per un principio di carattere generale che è stato sancito dalla legge n. 20 del 1994, art. 3, commi 4 e 7, sulla riforma dei controlli.

## ABSTRACT

*With the Legislative Decree 175 of 19 August 2016 (TUSP) the Italian Parliament gave to the Corte dei conti (Italian Court of Auditors) a more prominent role in the controls system over public companies. The reason for this choice can be found also in the external, neutral position of the magistrates of the Corte, whose independence is guaranteed by the Italian Constitution.*

*Also in the past, especially in the last ten years, specific forms of control by the Corte dei conti were provided for public companies management, among the several legal provisions adopted in order to restrict public expenditure. But the 2016 TUSP remarkably increased the type and the number of actions directly subject to the controls.*

*In addition to this, the state - owned companies are subject to the general financial management control, annually exercised by the «Sezione del controllo sugli enti», the central section of the Corte dei conti in charge of the controls over the legal persons (law 259 of 21 March 1958).*

*According with the principles provided in the law 20 of 14 January 1990, articles 3.4 and 3.7, which have a general and dynamic value, the Corte dei conti also can control the internal control system of public companies.*

## SUI RAPPORTI FRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO INTERNO

**Sommario:** *Introduzione - 1. La posizione delle istituzioni comunitarie e della giurisprudenza nazionale - 2. Le riserve della giurisprudenza costituzionale tedesca - 3. La sentenza del 5 maggio 2020 - 4. Una problematica che occorre approfondire.*

### Introduzione

Con il Trattato istitutivo della Comunità economica europea e con quelli successivi, si è inteso costituire una Comunità europea (poi Unione europea) dotata di uno specifico apparato istituzionale, la cui costituzione – con la conseguente previsione di provvedimenti normativi e di rimedi giurisdizionali in caso di conflitto fra gli Stati membri e le istituzioni della Comunità – rafforza la tesi che, con i trattati europei, non ci si è limitati a codificare una serie di obblighi reciproci fra gli Stati membri, ma si è costruito un sistema dinamico, capace di perseguire l'obiettivo di realizzare, fra i partecipanti, una «unione sempre più stretta» fondata su politiche comuni e tesa a promuovere, in una cornice "democratica", il progresso politico e sociale del sistema complessivo. Siamo quindi di fronte a diversi sistemi normativi, quello comunitario e quelli degli Stati aderenti alla Comunità, dotati di una loro autonomia ma destinati a interagire fra loro.

Secondo una tesi che ha trovato accoglienza soprattutto presso i sostenitori di un'Europa federale, con l'Unione europea è stato realizzato un ordinamento giuridico *sovraordinato* rispetto a quelli degli Stati membri, i quali hanno parallelamente compiuto una sia pure limitata cessione di sovranità a favore del primo. Si sarebbe così realizzato una sorta di stadio intermedio fra un vero e proprio Stato federale e gli Stati nazionali. Ne risulterebbe una duplice conseguenza: la primazia del diritto comunitario su quello interno e la possibilità di fare valere in sede giurisdizionale i diritti

attribuiti ai singoli da una normativa comunitaria, sempre che questa risulti applicabile senza la necessità di ulteriori interventi attuativi del legislatore nazionale. Nasce qui il problema dei rapporti fra il diritto comunitario e i diritti nazionali e, conseguentemente, dell'efficacia delle normative che li regolano.

### **1. La posizione delle istituzioni comunitarie e della giurisprudenza nazionale**

Non è possibile trovare, nei Trattati europei norme specifiche che vadano chiaramente nella direzione della primazia del diritto comunitario su quello interno e della possibilità di far discendere dal primo i diritti dei singoli. Il Trattato di Lisbona ha adottato una visione prudente, ricorrendo ad un rinvio alla dichiarazione n. 17 ad esso allegata, che recita: «(...) la conferenza [intergovernativa] ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Alla dichiarazione è stato inoltre allegato un parere del servizio giuridico del Consiglio (del 22 giugno 2007) che fa riferimento alla giurisprudenza della Corte e precisa che il principio da essa enunciato permarrebbe anche se non ricevesse una conferma formale mediante il suo inserimento in un Trattato.

Per quanto riguarda la diretta applicabilità delle normative comunitarie nel diritto interno, la Corte di giustizia e il Parlamento europeo hanno invece assunto una posizione decisa. Nel 1963, con la celebre sentenza *Van Gend en Loos*<sup>1</sup> la Corte ha affermato che la Comunità europea costituisce un ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno ceduto parte dei loro poteri, riconoscendo diritti e obblighi non soltanto agli Stati membri, ma anche ai loro cittadini. È stata pertanto riconosciuta ad un privato cittadino, che si ritenga pregiudicato da una norma comunitaria ritenuta incompatibile con i Trattati, la facoltà di sollevare ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, riuscendo in tal modo a tutelare il diritto che non potrebbe essere rivendicato per via diretta. Ulteriori contributi della giurisprudenza nazio-

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3; in *Giur. it.*, 1963, IV, p. 3 ss., v. in particolare A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 259 ss.; P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1963, IV, p. 49 ss.; U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi integr. eur.*, 2013, n. 2, pp. 235-237. Per ulteriori richiami giurisprudenziali v. inoltre L. COSTATO, *Democraticità dell'ordinamento comunitario e Corte di giustizia*, in *Riv. dir. alim.*, aprile-giugno 2009.



nale e comunitaria hanno in varie in varie occasioni riconosciuto che una legge nazionale contrastante con una normativa comunitaria concretebbe una violazione dei Trattati e non dovrebbe trovare applicazione nel diritto interno. Correlativamente, lo Stato interessato dovrebbe rimuovere eventuali leggi preesistenti, ma contrastanti con normative comunitarie sopravvenute o con principi definiti a livello comunitario.

In Italia la stessa Costituzione ha semplificato il problema, affermando nell'art. 11 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. Inoltre, l'art. 117 della Costituzione, primo comma, dichiara che: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario».

Anche in altri Stati membri sono intervenute disposizioni di rango costituzionale che hanno affermato principi analoghi. Va citata in particolare la legge fondamentale tedesca, il cui art. 23, in conformità al principio del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*), afferma che la Repubblica federale tedesca intende collaborare allo sviluppo dell'Unione europea, in quanto impegnata al rispetto dei principi democratici, dello stato di diritto e del federalismo, inoltre garantisce al principio della sussidiarietà una protezione giuridica del tutto analoga a quella riconosciuta ai diritti costituzionali fondamentali.

## 2. Le riserve della giurisprudenza costituzionale tedesca

Ma quello della più o meno diretta applicabilità degli atti comunitari nel diritto interno non è il solo problema che si pone, perché di più difficile soluzione è l'individuazione dei limiti che le costituzioni nazionali possono porre all'attribuzione all'Unione europea di poteri specifici. Su questo punto le maggiori difficoltà sono emerse proprio dalla giurisprudenza costituzionale tedesca. In effetti, il Tribunale costituzionale tedesco, fin dalla sentenza Maastricht del 12 ottobre 1993<sup>2</sup> ha respinto con decisione la tesi – fatta propria peraltro dalla Corte di giustizia della Comunità – che vede nell'ordinamento comunitario una sorta di situazione intermedia fra un vero e proprio stato federale e una semplice confederazione. Più di recente, con la sentenza 30 giugno 2009<sup>3</sup> il Tribunale ha sviluppato con

<sup>2</sup> Sentenza 12 ottobre 1993, in *Giur. cost.*, 1994, p. 667.

<sup>3</sup> Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sulla ratifica del Trattato di

maggior ampiezza le sue considerazioni critiche, ribadendo che l'Unione europea costituisce un semplice ente di collegamento fra gli Stati membri della Comunità (*Staatenverbund*) i quali restano peraltro sovrani e rimangono i «signori dei trattati». In tale visione l'Unione non godrebbe di una vera e propria sovranità, ma i suoi poteri deriverebbero da quelli degli Stati, membri, che a loro volta non potrebbero delegare alle istituzioni europee poteri di cui essi stessi non dispongono. Fra i poteri non trasferibili alle istituzioni europee vi sarebbero quelli che precisano l'identità costituzionale tedesca, dando un contenuto concreto ai principi costituzionali di libertà e uguaglianza e di partecipazione democratica all'esercizio del potere recepiti nell'ordinamento costituzionale tedesco. Inoltre, farebbero parte del nocciolo duro di poteri non delegabili il principio di *attribuzione specifica limitata* e quelli di *sussidiarietà* e di *proporzionalità*.

La conseguenza fondamentale di questa costruzione giuridica è che gli organi dello Stato tedesco non potrebbero riconoscere alle istituzioni comunitarie la c.d. «competenza sulla competenza», ossia la capacità di determinare autonomamente le proprie competenze. Se ne inferisce che la giurisdizione tedesca non può rinunciare a esercitare il proprio controllo di legittimità sugli atti, anche comunitari, che possono contrastare con i principi fondamentali sopra ricordati.

### 3. La sentenza del 5 maggio 2020

Un altro aspetto del problema è stato sollevato da una terza sentenza tedesca (5 maggio 2020) che ha suscitato giustificato scalpore, perché per la prima volta una Corte tedesca, ha negato applicabilità nell'ordinamento interno ad una sentenza della Corte di giustizia europea<sup>4</sup>.

La questione era nata dal ricorso proposto al Tribunale costituzionale tedesco da un certo numero di interessati, volto a fare dichiarare illecita la decisione adottata dalla Banca centrale tedesca di partecipare al Program-

Lisbona da parte della Germania, in *Federalismi.it*, 2009, n. 14. Per commenti a questa importante sentenza v. E. CASSETTI, *Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2009, n. 14; R. DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il tribunale costituzionale federale tedesco*, *ivi*; F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz*, *ivi*. Cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. ENEL*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129 ss.

<sup>4</sup> Per un ampio esame delle varie problematiche connesse ai principi affermati dalla sentenza si fa rinvio a C. PINOTTI, *Il principio di proporzionalità nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 sul programma di acquisti nel settore pubblico della BCE: porre limiti ai contro limiti?*, manoscritto, in corso di pubblicazione nel prossimo numero di questa *Rivista*.

ma di acquisti di titoli di debito pubblico (PSPP) deciso dalla Banca centrale europea. Il Tribunale tedesco propose allora una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, per sapere se il programma PSPP, cui la Banca centrale tedesca aveva deciso di partecipare, fosse o meno conforme al diritto comunitario. La Corte di giustizia UE si pronunciò per la legittimità del PSPP, e ritenne quindi che la decisione della Banca centrale tedesca non fosse viziata. Seguì però un nuovo ricorso, volto a fare dichiarare inapplicabile, nell'ordinamento tedesco, la sentenza emessa in via pregiudiziale dalla Corte lussemburghese, perché pronunciata *ultra vires*, cioè al di fuori dei poteri riconosciuti alla Corte giudicante. Il Tribunale costituzionale tedesco ha ritenuto il ricorso fondato sotto questo profilo, pur precisando che non intendeva porre in discussione la conformità al diritto comunitario del programma PSPP, sul quale non riteneva di avere elementi sufficienti per un giudizio. La Corte tedesca riteneva però censurabile la decisione della Banca centrale tedesca, poiché aveva trascurato di esaminare se la decisione contestata rispettava i principi di proporzionalità e di equilibrio sociale sanciti dalla costituzione tedesca. In effetti, secondo il Tribunale, il provvedimento sottoposto alla Corte di giustizia in via pregiudiziale mancava dei necessari approfondimenti tecnici e finanziari, e questa circostanza si rifletteva sulla stessa sentenza della Corte europea, che risultava perciò poco comprensibile e sostanzialmente priva di contenuto e pertanto emessa *ultra vires*. La sentenza in parola non poteva quindi essere recepita nell'ordinamento tedesco. Il Tribunale germanico ha però concesso tre mesi alla Banca tedesca per dimostrare in modo comprensibile che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti con il PSPP non erano sproporzionati rispetto agli effetti di politica economica e fiscale che si intendevano ottenere.

#### **4. Una problematica che occorre approfondire**

Gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale tedesca hanno suscitato giustificate perplessità, perché fanno temere che, nell'attuale stato di crisi dell'integrazione europea, si possano instaurare meccanismi di retromarcia capaci di annullare i progressi che comunque sono stati realizzati sulla via dell'integrazione. Chi considera un obiettivo imprescindibile il progresso di integrazione europea, non può accontentarsi di soluzioni di corteo respiro, destinate inevitabilmente a scontrarsi con le difficoltà obiettive connesse ad un effettivo processo di integrazione.

Da questo punto di vista, sorprende che non sia stata adeguatamente combattuta e verificata nei suoi effetti pratici la tesi che riduce la costruzione della Comunità europea ad un semplice problema di collegamento

fra Stati che rimangono sovrani e «signori dei trattati». Certamente, la costruzione europea rappresenta una novità che può essere difficile inquadrare nella dogmatica corrente. Ma non si può neppure ignorare il fatto che la sua riduzione ad un semplice meccanismo di collegamento fra Stati sovrani rischia di prolungare eccessivamente processi decisionali già troppo lunghi e di fomentare la continua ricerca di compromessi al ribasso. Non si può quindi rinunciare all'obiettivo di fornire alla Comunità un apparato istituzionale capace di rispondere con il massimo possibile di immediatezza ai problemi che si pongono. Per arrivare a questo occorre ripensare tutto l'assetto esistente, senza escludere la necessità di rivedere i meccanismi previsti dai Trattati. Sembra evidente che la formula dello *Staatenverbund*, e la preoccupazione prioritaria sui diritti e sulle prerogative degli Stati membri, sono strutturalmente inadatte alla realizzazione di meccanismi decisionali efficienti e possono caso mai favorire la resistenza ai necessari mutamenti.

La giurisprudenza costituzionale tedesca insiste molto sulla necessità di salvaguardare il metodo democratico e fa del rispetto delle regole democratiche un criterio fondamentale di valutazione delle soluzioni proponibili. Ma su questo punto fondamentale bisogna intendersi. Che la UE soffra di un *deficit* di democraticità è un fatto generalmente riconosciuto ed è auspicabile che su questo punto vadano effettuati adeguati sforzi di riforma. Ma la ricerca di un maggior grado di democrazia del sistema europeo va fatta con specifico riguardo a questo sistema, e non va vista dall'angolo visuale degli Stati membri, con la fondamentale preoccupazione di salvaguardare il loro diritto di influenzare il processo comunitario. È noto, infatti, che il Consiglio dei ministri, che dovrebbe essere il fondamentale fattore per lo sviluppo del sistema europeo, opera spesso come un fattore di conservazione e di resistenza al processo integrativo. Una comunità governata fundamentalmente dagli Stati rischia di ridurre la propria azione al puntiglioso rispetto dei diritti e degli interessi dei suoi membri, rinunciando ad assumere una prospettiva europea per la definizione dei propri obiettivi e del proprio ruolo nel mondo.

**Giovanni Vezzoso\***

\* Già Presidente Marconsult

## SINTESI

Ordinamento comunitario e diritto nazionale interno: una coesistenza difficile. È questione controversa se, con la costituzione della Comunità europea, sia stato creato un ordinamento giuridico *sovraordinato* rispetto a quelli degli Stati membri, con parallela limitata cessione di sovranità a favore delle istituzioni comunitarie da parte dei secondi, ovvero se le istituzioni e gli organismi che costituiscono la Comunità rappresentino delle semplici forme di collaborazione intergovernativa, regolate fondamentalmente dal diritto internazionale.

Le conseguenze pratiche di queste due differenti concezioni sono di assoluto rilievo. Problemi quali l'applicazione diretta delle normative comunitarie, la primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, la possibilità di fare valere in sede giurisdizionale i diritti attribuiti ai singoli da una normativa comunitaria trovano la loro origine e la fonte della loro legittimità nella concezione che si adotta circa la natura giuridica della Comunità europea.

L'articolo ricostruisce nelle sue linee essenziali i termini del problema e le diverse posizioni espresse in dottrina e in giurisprudenza. Si sofferma in particolare su alcune sentenze del tribunale costituzionale tedesco che hanno suscitato giustificate perplessità, perché fanno temere lo sviluppo di meccanismi di retromarcia, capaci di annullare i progressi che comunque sono stati realizzati sulla via dell'integrazione.

## ABSTRACT

*The issue of the influence of the European legislation on the national legal systems was from the beginning a controversial question. According a strict federalistic approach, the primacy of the Communitarian regulations is inherent to the specific nature of the European Community. From an opposite side, the supporters of the national sovereignty refuse any enlargement of the powers of the European Community, and maintain that the States must remain «die Herren der Vertragen».*

*At present, the relationship between national and Community is to the fore, because of some decisions of the Bertiebverfassungsgericht (constitutional Courts) concerning the need of safeguarding the national German identity. It is justified to express doubts about this judicial trend, which could jeopardize the results obtained on the way of Europe integration.*



## PER FAR CRESCERE LA DEMOCRAZIA IN ITALIA

La pandemia scatenata dal *Coronavirus* ha messo in crisi gli Stati ed ha costretto le persone a riflettere. Gli Stati dovrebbero fare di tutto per non sprecare questa crisi, attenendosi alla esortazione di *A. Einstein*, qui riportata in calce<sup>1</sup>, cercando di trasformare il problema in un'opportunità.

Personalmente, riflettendo su cosa fare durante il nostro stato di involontari reclusi a causa della pandemia, ho pensato di trasformare il problema degli arresti domiciliari in questa opportunità: impiegare il tempo della forzata reclusione per scrivere un libro che possa contribuire a riformare la democrazia in Italia<sup>2</sup>.

In questo libro si riflette anche sulle problematiche europee e sul loro impatto nel nostro ordinamento<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Questo è il testo dell'esortazione di ALBERT EINSTEIN: «*Non possiamo pretendere che le cose cambino, se continuiamo a fare le stesse cose. La crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorgono l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. (...) Chi attribuisce alla crisi i suoi fallimenti e difficoltà, fa violenza al suo stesso talento e dà più valore ai problemi che alle soluzioni. (...) Il maggiore inconveniente delle persone e delle nazioni è la pigrizia nel cercare soluzioni e vie di uscita. Senza crisi non ci sono sfide, senza sfide la vita è una routine, una lenta agonia. Senza crisi non c'è merito. È nella crisi che emerge il meglio di ognuno, perché senza crisi tutti i venti sono solo lievi brezze. Parlare di crisi significa incrementarla, e tacere nella crisi è esaltare il conformismo. Invece, lavoriamo duro. Finiamola una volta per tutte con l'unica crisi pericolosa, che è la tragedia di non voler lottare per superarla.*»

<sup>2</sup> F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020.

<sup>3</sup> Tra le riflessioni di carattere generale vi è infatti quella concernente la necessità di far conoscere la vastità, la profondità e la straordinaria rilevanza dell'impatto esercitato dalla normativa europea sul nostro ordinamento giuridico che la stragrande maggioranza della popolazione italiana ha sempre ignorato e tuttora ignora. E si tratta della stragrande maggioranza dell'elettorato italiano che con il suo voto condiziona l'indirizzo politico del nostro Paese.

In particolare nel libro si fa riferimento ad un breve passo (contenuto nell'Introduzione ad un altro scritto) che val la pena riportare qui di seguito per esteso, perché da esso possiamo prendere le mosse per fornire qualche chiarimento che interessa. Il passo riguarda i rapporti tra etica ed economia, da un lato, nonché quelli fra etica e politica, dall'altro lato, che avevano sempre suscitato il mio interesse, senza però essere mai stati, da parte mia, studiati con cura e approfonditi. Dice dunque il passo che interessa: «*Occorre in particolare approfondire la tematica dei rapporti tra etica e legalità con l'economia, da un lato, e con la politica, dall'altro lato, per poter comprendere fino a che punto, con il rispetto dell'etica e della legalità, si arrivi ad incidere sul buon funzionamento delle organizzazioni pubbliche e private nonché su quello delle istituzioni e della stessa democrazia*».

Da tale passo si deduce, quindi, l'esistenza di un permanente interesse a capire fino a che punto il rispetto dell'etica e della legalità arrivi a condizionare il comportamento delle persone, delle imprese, degli enti e delle istituzioni, sia in ambito economico, sia in ambito politico e con quali risultati.

Sembra ovvio, e non dovrebbe sorprendere, che l'interesse per una tale tematica possa essere sentito da qualunque persona di media cultura che svolga un ruolo attivo nell'odierna società.

Nel mio caso, lo svolgimento durante molti anni delle attività professionale e accademica che ha reso possibili molteplici rapporti con le imprese e con le loro associazioni, con organismi professionali di categorie diverse, con amministrazioni italiane ed europee, con enti pubblici e privati di cultura, con Università italiane e straniere, con Istituzioni nazionali ed europee di vario genere come pure con le magistrature di diversi Paesi, ha consentito il formarsi di alcune precise convinzioni su tale tematica. Si trattava però di convinzioni basate su esperienze personali effettuate nello svolgimento di normali attività che non erano suffragate da studi o da ricerche corredate da adeguati approfondimenti.

In alcuni casi sono stato in particolare colpito dal fatto che, con costante analogia, dietro ad ogni seria iniziativa di riconosciuto e permanente valore, non importa se intrapresa in ambito pubblico o privato e indipendentemente dalla sua natura, culturale, imprenditoriale o sociale, c'era solitamente una persona perbene che, in genere, era assistita e coadiuvata da altre persone perbene<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Se queste erano le impressioni e le sensazioni accumulate nel corso degli anni che riguardavano persone rispettose dell'etica e della legalità, altre impressioni e sensazioni ho avuto modo di raccogliere, nello stesso arco di tempo, che riguardavano, al contrario, persone per le quali il rispetto dell'etica e della legalità costituiva soltanto un problema secondario. Mi rife-



Un'altra constatazione, altrettanto interessante e persuasiva, era che le persone perbene da me incontrate si dimostravano normalmente interessate e propense piuttosto a *fare qualcosa* che ad *essere qualcuno*<sup>5</sup>, senza contare che, trattandosi generalmente di persone dotate di carattere, non mancavano di doti umane, erano disponibili all'ascolto e manifestavano rispetto per l'etica e la legalità.

Più di una volta pertanto si è presentata l'occasione per chiedermi quale incidenza potesse esercitare il rispetto dell'etica e della legalità sui risultati conseguibili nello svolgimento di un'attività, tanto in ambito economico quanto in ambito politico.

E questo valeva soprattutto con riferimento alla situazione italiana determinata dal nostro sistema democratico.

In ogni caso, alla base delle esperienze effettuate e delle riflessioni svolte, c'era il convincimento che, oggigiorno in Italia, il sistema democratico rappresentativo non sia più in grado di funzionare. Per questo, potrebbe essere necessario, come indicato nel libro citato *Per riformare la democrazia in Italia*<sup>6</sup>, fare ricorso ad alcune forme di democrazia partecipativa da innestare sul nostro sistema di democrazia rappresentativa per farlo funzionare in modo corretto.

Il richiamo alla democrazia partecipativa sollecita il coinvolgimento della Società civile e delle Associazioni del Terzo Settore con le particolari vocazioni culturali e sociali che le contraddistinguono.

In effetti la Società civile è stata la grande esclusa dalla vita politica italiana, e con essa è stata esclusa la cultura che costituisce la base di partenza per ogni vero sviluppo e per ogni duraturo progresso non solo morale ma anche sociale ed economico.

È risaputo che Jean Monnet, il geniale ideatore dell'Europa comunitaria, che è riuscito, senza sparare un colpo, a mettere fine alle guerre sanguinose che per secoli avevano devastato i Paesi europei, ha espresso il rammarico, al termine della sua vita, di non aver potuto provvedere a lanciare l'idea dell'Europa unita, cominciando dalla cultura.

risko a persone facenti parte di gruppi di interesse legittimati a rappresentare quella che ho qualificato nel libro citato come una forma di «*potere sindacalizzato*» alla quale hanno accesso, in particolare, i raggruppamenti che hanno titolo per aspirare alla gestione del potere inteso nel senso più ampio e ai più diversi livelli.

<sup>5</sup> Ho preso a prestito le due espressioni *fare qualcosa* ed *essere qualcuno* che ho assimilato e metabolizzato negli anni Settanta del secolo scorso quando ho letto per la prima volta le memorie di Jean Monnet (*Memoires*, Ed. Fayard, 1976). Generalmente sono sempre stato ben disposto nei confronti di chi voleva *fare qualcosa* e diffidente nei confronti di chi voleva *essere qualcuno*. Raramente ho sbagliato bersaglio e conclusioni.

<sup>6</sup> Cfr. F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, cit. *supra*, nota 2, pp. 90-93.

Come ha riconosciuto lo storico Jacob Burckhardt (Basilea, 25 maggio 1818 - 8 agosto 1897)<sup>7</sup> è stata la cultura nata con il *Rinascimento italiano* e propagatasi nei secoli successivi in tutti i Paesi europei a sviluppare l'interesse per la scienza e per le arti che hanno permesso di superare le gravi crisi provocate dai conflitti religiosi e politici di quel tempo.

È quindi ricorrendo alla cultura e a strumenti adeguati ed efficaci<sup>8</sup> per la sua diffusione che si potrà sperare di rendere possibile il superamento della crisi che attualmente ci assilla.

In effetti, con riferimento all'attuale situazione politica italiana e, più precisamente, al modo di fare politica in Italia, appare necessario svolgere qualche specifica indagine per verificare se i tempi siano maturi per cominciare a riflettere sull'opportunità di introdurre in Italia un nuovo modo di fare politica, formulando specifiche proposte innovative.

In ogni caso occorrerà mobilitare le associazioni della Società civile e del Terzo Settore coinvolgendo tutte le forze attive disposte a collaborare e, soprattutto, occorrerà avviare un'intensa attività di formazione partendo, in particolare, dalle scuole e dagli Istituti di istruzione<sup>9</sup>.

Certamente, qualora le pretese avanzate fossero considerate eccessive, le relative proposte potrebbero essere a loro volta adattate o integrate, ma la situazione politica in Italia ha raggiunto un tale livello di deterioramento

<sup>7</sup> Cfr. J. BURCKHARDT, *La civiltà del Rinascimento in Italia*, Introduzione di Eugenio Garin, Firenze, Sansoni Editore, 1996.

<sup>8</sup> Interessanti considerazioni a tale riguardo vengono svolte da *Marzio Bonferroni* e da *Marco Vitale* nei loro contributi pubblicati nel volume di M. BONFERRONI (a cura di), *Rinascimento Oggi* Edizioni EGEA, 2019. Secondo Marco Vitale nel suo articolo dal titolo «*Le radici rinascimentali del Made in Italy*» (cfr. p. 65) gli italiani dovrebbero ispirarsi ai grandi maestri del Rinascimento che erano grandi «*non solo come competenze e doni artistici ma anche come carattere, visione, coraggio*». Sempre secondo Marco Vitale «*Quello che è necessario è un lavoro corale, proprio perché è un lavoro culturale che deve coinvolgere tutte le migliori e più vive forze del paese, da quelle delle strutture produttive a quelle culturali e formative*». A sua volta M. Bonferroni nel suo articolo «*La human satisfaction nel nuovo Rinascimento*» afferma che l'obiettivo dell'Umanesimo rinascimentale «*era la human satisfaction, anche se non la chiamavano così*».

<sup>9</sup> L'attività di istruzione e formazione nelle scuole e negli istituti è fondamentale per preparare le basi culturali necessarie per educare e far crescere cittadini dotati di senso critico, che è indispensabile per consentire un buon funzionamento della democrazia e la cui mancanza è, purtroppo, la causa principale dello stato di degrado della politica in Italia. Sono anche vivamente auspicabili, negli Istituti specializzati, gli insegnamenti innovativi orientati ad abbinare, ad esempio, gli studi umanistici a quelli tecnico-economici come è avvenuto all'Università Cattolica di Milano dove la Facoltà di economia e la Facoltà di filosofia hanno istituito un Master in «*Competenze filosofiche per le decisioni economiche*» ([master.unicatt.it/comfildec](http://master.unicatt.it/comfildec)). Anche questi insegnamenti sono importanti perché intendono preparare buoni *manager* e bravi economisti. Altrettanto importanti sono le iniziative che mirano a formare buoni *manager* e buoni amministratori in settori di attività di notevole rilievo, ma purtroppo finora del tutto trascurati, come il settore dell'amministrazione delle città. Dovrebbero quindi essere prese ad esempio le iniziative volte ad istituire "*City School*" sul modello ideato dal Prof. Gianfranco Dioguardi ed attuato dall'Università di Bari (cfr. F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, p. 314, nota 20).

da richiedere interventi drastici in grado di penetrare in profondità nel tessuto istituzionale e sociale del nostro ordinamento se vogliamo che siano veramente efficaci e che realizzino risultati effettivamente validi<sup>10</sup>.

**Fausto Capelli**

<sup>10</sup> Tra i risultati validi che le riforme proposte consentirebbero di conseguire, segnalerei l'attenuazione delle disuguaglianze all'interno del corpo sociale che vengono pesantemente e giustamente condannate dall'economista Thomas Piketty (*Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014; *Disuguaglianze*, Milano, Egea, 2018). In effetti, come risulta dalle conclusioni facilmente deducibili dai miei due libri, il risultato fondamentale che si intende raggiungere con le riforme proposte è la tutela dei diritti e degli interessi della generalità dei cittadini, il cui conseguimento implica necessariamente un'attenuazione delle disuguaglianze tra i cittadini medesimi.



## RECENSIONI

---

**William Phelan**, *Great Judgments of the European Court of Justice - Rethinking the Landmark Decisions of the Fundamental Period*, Cambridge University Press, 2019, £ 85,00

Robert Lecourt, il più autorevole tra i Presidenti della Corte di giustizia dell'Unione europea, che era stato membro del Collegio giudicante nella celebre causa *Van Gend en Loos* del 1963 e relatore nell'altrettanto celebre causa *Costa/Enel* decisa nel 1964, ha scritto nel 1991 un importante articolo, apparso in *Melanges Jean Boulouis*<sup>1</sup> che aveva per titolo «*Quel eu été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*».

L'articolo contiene numerose e interessantissime risposte al quesito riportato nel titolo, sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo politico-istituzionale.

Tra le risposte di carattere politico-istituzionale ci soffermiamo sulle due che appaiono di maggior rilievo.

Secondo Lecourt, grazie alle due sentenze sopra citate che, come è risaputo, hanno affermato, rispettivamente, nel 1963, il principio della diretta applicabilità e della diretta efficacia della normativa comunitaria nonché, nel 1964, il principio della prevalenza di tale normativa rispetto a quella degli Stati membri, è stato possibile innanzitutto costruire in Europa un ordinamento giuridico comunitario *suis generis* integrato al sistema de-

<sup>1</sup> Pubblicato in *Europe et le droit: mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

gli Stati membri (analogo a quello esistente in una organizzazione federale di Stati). In secondo luogo, con le predette sentenze, è stato possibile coinvolgere non solo le Istituzioni pubbliche degli Stati membri, ma anche i cittadini di tali Stati e, in particolare, gli operatori economici e professionali, nella costruzione dell'ordinamento comunitario.

Completando tali risposte con una valutazione soggettiva, Robert Lecourt ha aggiunto che, in mancanza delle predette sentenze, le Comunità europee sarebbero probabilmente rimaste semplici organizzazioni internazionali senza storia come possiamo dire di tante altre organizzazioni internazionali nate dopo l'ultimo conflitto mondiale.

La mia opinione personale è che le sentenze appena menzionate costituiscono due delle decisive circostanze fortunate che si sono aggiunte, in primo luogo, a quelle che hanno reso agli inizi possibile la nascita dell'idea di un'Europa comunitaria e, in secondo luogo, a quelle che in seguito hanno consentito di far procedere gli Stati europei sulla strada dell'integrazione.

A ben vedere tutta la costruzione europea è frutto di una serie di circostanze fortunate che si sono inanellate, in modo incredibile, una di seguito alle altre, come se una mano invisibile le avesse opportunamente guidate.

Ed infatti, senza la costituzione della CECA, prima Comunità europea e prima circostanza fortunata, non sarebbe stato possibile trasformare l'Europa in un'area pacifica portando a collaborare, tra loro, Paesi che da secoli si facevano la guerra. Senza tale collaborazione non sarebbero infatti sorte le Comunità europee e senza le Comunità europee non si sarebbero poste le basi per una maggiore integrazione tra gli Stati europei.

Ma l'integrazione fra gli Stati non sarebbe stata possibile senza la creazione di un ordinamento giuridico.

Di qui la necessità di disporre di principi in base ai quali le norme giuridiche comunitarie potessero, da un lato, trovare applicazione e dispiegare piena efficacia all'interno degli Stati e, dall'altro lato, prevalere in caso di conflitto nei confronti delle norme interne degli Stati medesimi.

Orbene, il merito di essere riusciti ad imporre il riconoscimento dei due principi appena ricordati spetta indubbiamente alla Corte di giustizia e, in particolare, ad alcuni suoi giudici, membri del Collegio giudicante che ha pronunciato le sentenze fondamentali sopra menzionate.

Tra questi giudici, spicca la figura di Robert Lecourt che diventerà in seguito Presidente della Corte di giustizia dal 1967 al 1976.

Anche l'analisi degli eventi che hanno preceduto la nomina di Lecourt a giudice della Corte di giustizia, come pure l'esame di quelli che sono successivamente accaduti e che tale nomina hanno favorito, rivelano il verificarsi, alla base, di circostanze fortunate non sicuramente prevedibili.

Se riflettiamo infatti sulla situazione politica francese, nella seconda

metà degli anni '50, ci rendiamo subito conto che se il Generale De Gaulle fosse arrivato al potere in Francia nel 1957, invece che l'anno dopo, nel 1958, il Trattato di Roma non sarebbe stato ratificato e la Comunità economica europea non sarebbe mai sorta.

De Gaulle era infatti decisamente contrario all'integrazione europea e bollava i politici ad essa favorevoli come "apatridi". Basta infatti rileggere il testo delle sue conferenze stampa dei primi anni '60 per sincerarsene.

Per De Gaulle esistevano soltanto gli Stati-nazione e l'unica Europa che bisogna costruire era l'*Europa delle patrie*.

Poiché i Gaullisti erano arrivati al potere con un anno di ritardo, quando il Trattato di Roma era già stato ratificato da tutti i Parlamenti nazionali nel 1957, De Gaulle, divenuto nel frattempo Presidente della Repubblica francese, non ha potuto impedire che il Trattato entrasse in vigore.

La lotta dei Gaullisti contro il Trattato di Roma sarà quindi rinviata agli anni '60 quando De Gaulle, dopo la *crisi della sedia vuota*, del 1965, tramite il Compromesso di Lussemburgo del gennaio 1966, otterrà di poter bloccare sostanzialmente il passaggio alla Terza tappa impedendo agli Stati membri di adottare gli atti comunitari a maggioranza qualificata costringendoli a ricorrere all'unanimità per ogni deliberazione da approvare in violazione delle norme del Trattato di Roma.

Per quanto riguarda la posizione di Robert Lecourt che, agli inizi degli anni '60, era membro del Governo francese presieduto da Michael Debré, sotto la Presidenza di De Gaulle, dobbiamo ammettere che anche in questo caso, si è verificata un'altra circostanza fortunata che ha favorito l'evoluzione del diritto comunitario e dell'integrazione europea.

Poiché Robert Lecourt era entrato in conflitto con Michael Debré per ragioni politiche, De Gaulle, che stimava molto Lecourt, ha reso possibile la sua nomina nel 1962 a membro della Corte di giustizia delle Comunità europee in sostituzione del giudice allora in carica, il famoso economista Jacques Rueff.

Anche questa decisione che ha portato alla sostituzione di una personalità molto nota in Francia come Jacques Rueff, non era certo facilmente prevedibile.

Con l'arrivo di Robert Lecourt alla Corte di giustizia si giunge quindi alle due sentenze menzionate all'inizio che hanno reso possibile la creazione dell'ordinamento giuridico comunitario.

Questo risultato è ammesso non solo da Robert Lecourt nel suo articolo sopra citato, ma è anche riconosciuto da tutti quelli che si sono interessati al problema dell'integrazione europea.

A questo punto possiamo far riferimento al libro qui recensito, che è stato scritto dal Prof. William Phelan proprio per celebrare le importanti

sentenze emesse dalla Corte di giustizia nei primi anni '60 del secolo scorso, dalle quali è nata l'Unione europea come oggi la conosciamo.

Il Prof. Phelan analizza e commenta in modo accurato nel suo libro le nove sentenze che hanno contribuito a fissare i pilastri dell'ordinamento giuridico comunitario cominciando con la sentenza del 1961 sulla carne suina<sup>2</sup> che ha escluso l'impiego di misure unilaterali di salvaguardia, da parte di uno Stato membro, per tutelare i propri diritti in caso di conflitto con altri Stati membri.

Dopo il commento a tale sentenza, l'Autore concentra la sua attenzione sulle due celebri sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa/Enel* sulle quali ci siamo in precedenza soffermati.

Il Prof. Phelan affronta subito dopo l'esame della sentenza emessa nel caso dei prodotti lattiero-caseari<sup>3</sup>, mettendo in evidenza l'importanza di tale decisione nella costruzione dell'ordinamento comunitario.

In effetti, con questa sentenza, la Corte di giustizia afferma che all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario non si applicano i principi e le regole vigenti nelle Convenzioni internazionali che consentono agli Stati partecipanti di ricorrere a strumenti di difesa unilaterali dei propri interessi come le ritorsioni o le rappresaglie. All'interno dell'ordinamento comunitario, infatti, devono essere osservati i principi di diritto in esso previsti che si riferiscono alla necessità di ricorrere ad un giudice (Corte di giustizia) in caso di conflitto e all'obbligo di osservare le prescrizioni imposte dalle decisioni di tale giudice.

Le altre decisioni esaminate e commentate da Phelan e di seguito elencate hanno consentito di fissare i seguenti importanti principi:

(a) la sentenza *International Fruit*<sup>4</sup> del 1972 ha negato la diretta applicabilità delle norme GATT.

(b) La sentenza *Van Duyn*<sup>5</sup> del 1974 ha equiparato le direttive ai regolamenti;

(c) La sentenza *Simmenthal*<sup>6</sup> del 1978 ha indicato le obbligazioni che devono essere osservate dai giudici nazionali non di ultimo grado.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 1961 in causa n. 7/61, *Commissione della Comunità economica europea c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1961, p. 635 ss.

<sup>3</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1964 in cause riunite n. 90 e n. 91/63, *Commissione della Comunità economica europea c. Granducato del Lussemburgo e il Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1964, p. 1217 ss.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1972 in cause riunite da n. 21 a n. 24/72, *International Fruit Company NV*, in *Raccolta*, 1972, p. 1219 ss.

<sup>5</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, in *Raccolta*, 1974, p. 1337 ss.

<sup>6</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss.



(d) La sentenza sulla carne di pecora<sup>7</sup> del 1979 che riprende la problematica delle ritorsioni e delle rappresaglie.

(e) La sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>8</sup> del 1970 che ha fissato il principio della tutela dei principi fondamentali.

Il libro del Prof. Phelan è veramente interessante anche per chi ha avuto modo di approfondire le problematiche di diritto comunitario perché consente di ricavare, da un'analisi meticolosa delle sentenze esaminate, molte indicazioni che non sempre risultano facilmente percepibili e rilevabili ad una loro prima lettura.

**Fausto Capelli**

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 settembre 1979 in causa n. 232/78, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1979, p. 2729 ss.

<sup>8</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125 ss.



**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

MASSIMO BOSCHI, *Dottore in Giurisprudenza e Tutor didattico di area disciplinare e di attività / Cattedra di Diritto Internazionale dell'Università di Bologna; Autore di una tesi dal titolo «L'articolo XXI del GATT nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio»*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

FRANCESCO CUNSOLO, *Dottorando in Diritto internazionale / Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

SALVATORE D'ACUNTO, *Capo Unità - Commissione europea*

ENRICA LATERZA, *Presidente della Sezione di controllo sugli enti della Corte dei conti*

EMMANUEL PAGANO, *Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea / Università Parthenope, Napoli*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Docente a contratto / Università di Modena e Reggio Emilia*

ENRICO TRAVERSA, *già avvocato del Servizio giuridico della Commissione europea e Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» dello stesso Servizio; Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università di Bologna*

MARIO TUCCILLO, *Avvocato, iscritto all'Albo degli Avvocati di Napoli in data 21 ottobre 2020; Cultore della materia nelle discipline di Diritto finanziario e tributario e Diritto tributario e finanziario dei beni culturali ed ambientali / Università degli Studi Federico II - Napoli*

GIOVANNI VEZZOSO, *già Presidente Marconsult*



## **DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI**

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

### **INDICE 2020**

#### ***Ai lettori***

*L'imposta sui trasferimenti di denaro verso Paesi non appartenenti all'Unione europea che violava in modo flagrante l'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, oggetto di un'analisi critica tecnicamente ineccepibile effettuata da Enrico Traversa e da Ilaria Sticchi nel loro articolo apparso sul n. 1/2020 della nostra Rivista (pp. 1 ss.), è stata in tempi rapidissimi soppressa.*

*Diamo atto agli Autori dell'articolo della loro tempestività e ci felicitiamo per il fulmineo successo.*

#### **ARTICOLI**

- Fausto Capelli* - Dal 1° giugno 2021 trova applicazione il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 sulla Procura europea (Introduzione all'articolo di *Enrico Traversa*) Pag. 487
- Patrizia Quaia* - La partecipazione dei cittadini e degli Enti del Terzo Settore alla determinazione delle decisioni pubbliche » 217  
*(The Participation of Citizens and Third Sector Entities to Public Decision-Making)*
- Enrico Traversa e Ilaria Sticchi* - L'imposta sui trasferimenti di denaro verso Paesi non appartenenti all'Unione europea: una violazione flagrante dell'art. 63 TFUE sulla libera circolazione dei capitali » 1

- (The Tax on Money Transfers to Countries Non-Members of the European Union: A Patent Breach of Article 63 TFEU on Free Movement of Capital)*
- Enrico Traversa* - Reddito di cittadinanza: la condizione di residenza in Italia per dieci anni "grida vendetta" al cospetto della Corte di giustizia dell'Unione europea Pag. 189  
*(Poverty Allowance Named "Citizen's revenue": the Ten-Year Residence in Italy Requirement "Cries for Vengeance" before the EU Court of Justice)*
- Enrico Traversa* - I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea ("EPPO"): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza » 488  
*(The Three Main Institutional Aspects of the European Public Prosecutor Office (EPPO): Applicable Law, Judicial Review and Conflicts of Jurisdiction)*
- COMMENTI**
- Massimo Boschi* - L'Organizzazione Mondiale del Commercio applica l'eccezione GATT sulla sicurezza nazionale: il Report del Panel nel caso *Russia - Traffic in Transit* » 631  
*(The WTO Dispute Settlement Mechanism Interprets the GATT National Security Exception: the Panel Report in the Russia – Traffic in Transit Case)*
- Antonio Caiola* - Mandato d'arresto europeo: indipendenza e imparzialità dell'autorità giudiziaria emittente » 29  
*(European Arrest Warrant: Independence and Impartiality of the Issuing Judicial Authority)*
- Francesco Cunsolo* - I principi base in materia di liberalizzazione dei servizi e la loro disciplina all'interno del Ceta » 727  
*(The Basic Principles on Trade in Services and their Discipline Inside the Comprehensive Economic and Trade Agreement - Ceta)*
- Salvatore D'Acunto* - Le professioni nel mercato interno dell'Unione europea: bilancio di un ventennio (2000-2020) » 687  
*(Professions in the Internal Market of the EU: a 20-Year Report (2000-2020))*
- Federico Forni* - La normativa sul contrasto ai medicinali falsificati nell'Unione europea » 95  
*(The Rules to Contrast Falsified Medicines in the European Union)*

- Federico Forni* - L'obbligo di convivenza derivante dal matrimonio non costituisce un motivo che giustifichi la concessione di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'art. 20 TFUE  
*(The Obligation to Live Together Arising out of the Marriage is not a Reason which Justifies the Grant of a Derived Right of Residence under Article 20 TFEU)* Pag. 245
- Ludovica Mulas* - *Il Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): tra liberalizzazione e regolamentazione prudenziale* » 415  
*(The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): between Liberalization and Prudential Regulation)*
- Emmanuel Pagano* - *Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati come fonte dei diritti fondamentali dell'Ue* » 591  
*(The Constitutional Traditions Common to the Member States as Source of Fundamental Rights of European Union Law)*
- Francesca Perrini* - *La crisi delle Nazioni Unite e le sue conseguenze sulla tutela dei diritti umani* » 151  
*(United Nations Crisis and its Consequences for the Protection of Human Rights)*
- Anna Pitrone* - *Il ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea: verso il rafforzamento del loro controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà?* » 79  
*(The Role of National Parliaments in the EU: Towards the Strengthening of their Control on Subsidiarity?)*
- Cristina Pozzi* - *Piero Bellandi* - *Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo* » 371  
*(From the Marine State Property Concessions to Tourist-Recreational Use to the Seaside Company: Analysis of the Reform Operated from the Law n. 145/18 and Considerations De Iure condendo)*
- Giorgio Roman* - *Il principio di precauzione tra tutela dell'ambiente e valutazione del rischio: considerazioni a margine di una recente sentenza del Consiglio di Stato* » 355  
*(The Precautionary Principle between Protection and Risk Assessment: Considerations about the Judgement of the Italian State Council n. 2964/2020, published on 11<sup>th</sup> May, 2020)*

- Gian Franco Simonini* - La vettura come oggetto che parla:  
l'inganno del progresso Pag. 123  
(*The Vehicle as a Talking Object: The Progress Deception*)
- Gian Franco Simonini* - Una rassegna di giurisprudenza sulle  
restrizioni per oggetto alla luce della sentenza della Corte  
UE *Generics c. Glaxo* (Quando la logica si oppone al  
formalismo) » 273  
(*A Review of Jurisprudence on the Restrictions by Object to Light  
of the Judgment of the Court of Justice of the European Union in  
the Case-law Generics c. Glaxo (When Logic is Opposed to  
Formalism)*)
- Gian Franco Simonini* - La Corte di giustizia analizza i di-  
spositivi sul controllo delle emissioni degli autoveicoli alla  
luce di una interpretazione molto restrittiva offrendo nuove  
prospettive di lettura del c.d. scandalo *dieselgate* » 567  
(*The Court of Justice of the European Union Analyzes the Devices  
on the Control of Vehicle Emissions in the Light of a Very Re-  
strictive Interpretation, Offering New Perspectives for Examining  
the Dieselgate Scandal*)
- Maria Teresa Stile* - Una sentenza della Corte di appello di  
Milano apre «arbitrariamente» la strada al principio della  
prevalenza del diritto regionale rispetto a quello europeo » 59  
(*A Recent Order of Milan's Court of Appeal «Arbitrarily» Opens  
Way to Principle of the Priority of Regional Law Over the Euro-  
pean Union Law*)
- Maria Teresa Stile* - La legittimazione ad agire delle rappre-  
sentanze locali delle associazioni ambientaliste riconosciute  
e la tutela dei beni comuni - Commento alla sentenza del  
Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 224 del 3 di-  
cembre 2019 » 333  
(*The Legitimation to Pursue Lawsuit of the Recognised Environ-  
mental Organisations Local Branches and the Protection of  
Common Assets*)
- Mario Tuccillo* - La circolazione dei beni culturali: quadro  
normativo e criticità del sistema italiano » 747  
(*The Movement of Cultural Heritage: Legal Framework and Critical  
Aspects of the Italian System*)



**COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE**

- Fausto Capelli* - Come prevenire il verificarsi di una nuova  
pandemia Pag. 185  
(*How to Prevent the Occurrence of a New Pandemic*)
- Fausto Capelli* - Cinquant'anni sprecati!! - Lettera al Corriere  
della Sera del 20 maggio 1972 e risposta di Indro Montanelli » 473
- Fausto Capelli* - Per far crescere la democrazia in Italia » 807  
(*The Way to Let Democracy Increase in Italy*)
- Maurizio D'Amico* - Il Rinascimento dell'Italia post covid-19  
attraverso la zona economica speciale "di salvaguardia" del  
patrimonio produttivo nazionale » 163  
(*The Renaissance of Italy Post Covid-19 Through the Special Eco-  
nomic Zone "of Safeguard" of National Productive Heritage*)
- Enrica Laterza* - Il ruolo della Corte dei conti nel decreto le-  
gislativo n. 175 del 2016 - Testo unico in materia di società  
a partecipazione pubblica (TUSP) ed interrelazioni con il  
sistema dei controlli interni » 789  
(*The Role of the Corte dei conti in the Legislation on Public Com-  
panies (Legislative Decree 175 of 19 August 2016 - TUSP) and  
Interrelations with the Internal Controls System*)
- Giovanni Vezzoso* - Sul deficit democratico dell'Unione europea » 451  
(*About the Democratic Deficit of the European Union*)
- Giovanni Vezzoso* - Sui rapporti fra diritto comunitario e di-  
ritto interno » 799  
(*About the Relationship between National and Community laws*)
- Aurora Visentin* - Forza maggiore ed eccessiva onerosità so-  
pravvenuta nel diritto francese, italiano e tedesco » 177  
(*Force Majeure and Supervening Excessive Onerousness in  
French, Italian and German Law*)

**GIURISPRUDENZA COMUNITARIA****I. SENTENZE E COMMENTI**

**Mandato di arresto europeo: la Corte di giustizia Ue pre-  
cisa il senso e la portata della nozione di «Autorità giudi-  
ziaria emittente»**

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 in

cause riunite n. C-566/19 PPU e n. C-626/19 PPU Procedimenti a carico di <i>JR</i> (causa n. C-566/19 PPU) e di <i>YC</i> (causa n. C-626/19 PPU)	Pag. 25
Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 in causa n. C-625/19 PPU Procedimento a carico di <i>XD</i>	» 26
Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019 in causa C-627/19 PPU Procedimento a carico di <i>ZB</i> (con commento di <i>Antonio Caiola</i> )	» 27
 <b>Diritto alla vita familiare: la Corte di giustizia si pronun- cia sul ricongiungimento familiare tra un cittadino del- l'Unione che non ha mai esercitato la propria libertà di circolazione e un cittadino di uno Stato terzo e dichiara che gli obblighi derivanti dal matrimonio secondo il dirit- to dello Stato membro di provenienza del cittadino del- l'Unione non giustificano la concessione di un diritto ac- cessorio di soggiorno al familiare straniero</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in cau- sa n. C-836/18 <i>Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH</i> (con commento di <i>Federico Forni</i> )	» 243
 <b>La Corte di giustizia, il <i>dieselgate</i>, le norme sulle emissioni e l'azzardo morale</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2020 in causa n. C-693/18 Procedimento penale a carico di <i>X</i> (con commento di <i>Gian Franco Simonini</i> )	» 565

## II. MASSIMARIO ANNOTATO (a cura di *Enrica Adobati*)

<b>La Corte di giustizia precisa i criteri per stabilire la giuri- sdizione nelle ipotesi di violazione della normativa comu- nitaria sui marchi (contraffazione)</b> Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2019 in cau-
---

- sa n. C-172/18  
*AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree* è c. *Heritage Audio SL, Pedro Rodriguez Arribas* Pag. 39
- La Corte di giustizia si pronuncia sul carattere distintivo di un marchio**  
Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2019 in causa n. C-541/18  
*AS c. Deutsches Patent- und Markenamt* » 41
- La normativa nazionale tedesca che vieta a Google news di mettere in rete contenuti editoriali (*snippet*) costituisce una regola tecnica che deve essere notificata alla Commissione**  
Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2019 in causa n. C-299/17  
*VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber - und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH c. Google LLC, succeduta alla Google Inc* » 42
- Un post diffamatorio su Facebook può essere rimosso anche a livello mondiale**  
Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019 in causa n. C-18/18  
*Eva Glawischnig Piesczek c. Facebook Ireland Limited* » 44
- La Corte di giustizia si pronuncia sul tema dell'esaurimento del diritto di distribuzione nell'ambito della vendita di libri elettronici**  
Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019 in causa n. C-263/18  
*Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e a.* » 317
- Limiti del carattere distintivo di un marchio debole nel settore dei prodotti alimentari**  
Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2020 in causa n. C-766/18 P  
*Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)* » 46

<b>Decadenza di un marchio per mancanza di uso effettivo</b> Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020 in causa n. C-622/18 <i>AR c. Cooper International Spirits LLC, St Dalfour SAS</i>	Pag. 48
<b>La Corte di giustizia ha precisato le ipotesi di compensazione ai passeggeri per ritardo prolungato del volo</b> Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2020 in causa n. C-215/18 <i>Libuše Králová c. Primera Air Scandinavia A/S</i>	» 50
Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2020 in causa n. C-832/18 <i>A e altri c. Finnair Oyj</i>	» 51
<b>Nell'ambito dell'e-commerce, la Corte di giustizia ha dichiarato che Amazon non può essere considerata responsabile per il fatto di tenere nei propri magazzini prodotti che violano la normativa sui marchi</b> Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020 in causa n. C 567/18 <i>Coty Germany GmbH c. Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH, Amazon EU Sàrl</i>	» 53
<b>La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 93/13/Cee e statuisce che la disciplina a tutela dei consumatori si applica anche al condominio – Effetti imprevedibili di questa sentenza</b> Sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020 in causa n. C-329/19 <i>Condominio di Milano (via Meda) c. Eurothermo SpA</i>	» 55
<b>I passeggeri possono ricevere il rimborso dalla compagnia aerea nella loro valuta di residenza</b> Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2020 in causa n. C-28/19 <i>Ryanair Ltd e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, Ryanair Ltd e Ryanair DAC</i>	» 319
Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2020 in cau-	

sa n. C-356/19 <i>Delfly sp. z o.o. c. Smartwings Poland sp. z o. o., già Travel Service Polska sp. z o.o.</i>	Pag. 320
<b>La proteggibilità di un prodotto le cui caratteristiche derivino dalla sua funzione tecnica secondo la Corte di giustizia</b>	
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-833/18 <i>SI e Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get</i>	» 322
Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2019 in causa n. C 683/17 <i>Cofemel - Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV</i>	» 323
<b>La Corte di giustizia ha escluso che le piattaforme sulle quali viene commesso l'illecito (Youtube e Google, nel caso specifico) debbano trasmettere ai titolari del diritto di copia gli indirizzi e-mail e i numeri di telefono di chi ha caricato illegalmente i video</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 2020 in causa n. C-264/19 <i>Constantin Film Verleih GmbH c. YouTube LLC e Google Inc.</i>	» 325
<b>Inadempimento di uno Stato membro e condanna al pagamento di una somma forfettaria e di una penalità</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in causa n. C-549/18 <i>Commissione europea c. Romania</i>	» 613
Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in causa n. C-550/18 <i>Commissione europea c. Irlanda</i>	» 614
Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2021 in causa n. C-658/19 <i>Commissione europea c. Regno di Spagna</i>	» 615
<b>La Corte di giustizia si pronuncia sul ricongiungimento familiare di un figlio minorenne</b>	
Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2020 in cause riunite n. C-133/19, n. C-136/19 e n. C-137/19	

*B.M.M.* (C-133/19 e C-136/19), *B.S.* (C-133/19), *B.M.* (C-136/19), *B.M.O.* (C-137/19) c. *Stato belga* » 618

**La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità delle indicazioni di provenienza di prodotti alimentari**

Sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2020 in causa n. C-485/18

*Groupe Lactalis c. Premier ministre, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Ministre de l'Économie et des Finances* » 327

**Interpretazione del Regolamento (Ue) n. 1215/2012 sulla possibilità per un albergo che utilizza la piattaforma *Booking.com* di citare quest'ultima in giudizio dinanzi a un giudice dello Stato membro in cui l'albergo è stabilito per ottenere la cessazione di un eventuale sfruttamento abusivo di posizione dominante**

Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2020 in causa n. C-59/19

*Wikinghof GmbH & Co. KG c. Booking.com BV* » 619

**Autorizzazione preventiva per le attività consistenti nel mettere in contatto tassisti autorizzati, mediante un'applicazione per *smartphone*, con soggetti che intendono spostarsi nell'area urbana**

Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2020 in causa n. C-62/19

*Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General, Consiliul General al Municipiului București* » 621

**GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA**

**La Legge Regionale della Lombardia n. 27/07 in materia di alloggi di edilizia residenziale pubblica indebitamente applicata agli alloggi europei del Centro Comune di Ricerca di Ispra**

Sentenza della Corte di appello di Milano, III sezione civile, del 19 dicembre 2018-27 febbraio 2019 n. 5741

*Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Varese - Como - Monza Brianza - Busto Arsizio già Aler Varese c. Arturo Bellintani e altri* Pag. 57  
(con commento di *Maria Teresa Stile*)

**La sicurezza nazionale in ambito OMC: tra legittime prerogative sovrane e protezionismo dissimulato**  
Panel Report, *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R (*Russia - Traffic in Transit*), 5 aprile 2019 » 627  
(con commento di *Massimo Boschi*)

**Gli Enti del Terzo Settore davanti all'Autorità giudiziaria**  
Sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 224/2019 del 3 dicembre 2019  
*Associazione Amici della Terra – Club di Lago d'Idro e Valle Sabbia e altri c. Regione Lombardia e altri* e nei confronti di *Comune di Lavenone e Bagolino e altri* (ricorso n. 161/2015); *Comune di Idro c. Regione Lombardia e altri* e nei confronti di *Comune di Lavenone e altri* (ricorso n. 244/2015) » 331  
(con commento di *Maria Teresa Stile*)

**Il principio di precauzione davanti all'Autorità giudiziaria amministrativa: il Comune può prevenire i rischi ambientali e sanitari in via precauzionale**  
Sentenza del Consiglio di Stato, sezione II, del 28 aprile-11 maggio 2020 n. 2964/2020  
*Comune di Rovigo c. Aurora S.p.A. e Fallimento soc. Attiva S.p.A., già Cosecon* e nei confronti di *ULSS 5 Polesana e Provincia di Rovigo* » 353  
(con commento di *Giorgio Roman*)

## ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

**Le concessioni balneari tra diritto comunitario e diritto nazionale**  
Direttiva 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno – Articoli 9, 10 e 12 » 367  
(con contributo di *Cristina Pozzi e Piero Bellandi*)

**Tutela della salute pubblica e medicinali falsificati: l'Unione europea adotta misure di sicurezza volte ad impedirne la distribuzione nel mercato unico compresa l'immissione in commercio *on line***

Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul recepimento, da parte degli Stati membri, dell'art. 118 bis della direttiva n. 2001/83/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, modificata dalla direttiva n. 2011/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011 - Com(2018)49 final del 26 gennaio 2018

(con contributo di *Federico Forni*)

Pag. 91

**Sull'opportunità di implementare il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà rafforzando l'interazione con i Parlamenti nazionali nel processo decisionale dell'Unione per un'Europa più vicina ai cittadini**

Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità

» 71

I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politiche dell'UE - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Com(2018)703 fin. del 23 ottobre 2018

(con contributo di *Anna Pitrone*)

» 74

**Finalmente una direttiva per gli *smart goods***

Direttiva (UE) n. 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il Regolamento (UE) n. 2017/2394 e la direttiva n. 2009/22/Ce, e che abroga la direttiva n. 1999/44/Ce

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 117

**La Commissione europea aggiorna le raccomandazioni di riforma per la disciplina dei servizi professionali**

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al



Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa al bilancio e all'aggiornamento delle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali del 2017 - Doc. Com(2021) 385 fin. del 9 luglio 2021 (con contributo di <i>Salvatore D'Acunto</i> )	Pag. 665
---	----------

### **Consiglio europeo**

Consiglio europeo straordinario, 20 e 21 febbraio 2020	» 141
Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 10 marzo 2020	» 142
Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 17 marzo 2020	» 142
Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 26 marzo 2020	» 143
Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020	» 409
Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 19 giugno 2020	» 410
Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020	» 711
Conclusioni della Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 1° e 2 ottobre 2020	» 714
Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo, 15 e 16 ottobre 2020	» 716
Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo, 10 e 11 dicembre 2020	» 718

### **DOCUMENTAZIONE**

#### **L'accordo CETA tra l'Unione europea e il Canada**

Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra (con commento di <i>Ludovica Mulas</i> )	» 413
--	-------

<b>La disciplina sugli scambi transfrontalieri di servizi nel CETA</b>	
Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una Parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra (con commento di <i>Francesco Cunsolo</i> )	Pag. 721
<b>Sicurezza internazionale: protezione dalla minaccia terroristica e rispetto dei diritti fondamentali dei sospettati di terrorismo</b>	
United Nations Security Council Counter-Terrorism Committee Executive Directorate (CTED) Human Rights (con commento di <i>Francesca Perrini</i> )	» 147
<b>RECENSIONI</b>	
<i>Giulio Peroni</i> , Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale ( <i>Claudio Biscaretti di Ruffia</i> )	» 479
<i>William Phelan</i> , Great Judgments of the European Court of Justice - Rethinking the Landmark Decisions of the Fundamental Period ( <i>Fausto Capelli</i> )	» 813
<i>Edoardo Alberto Rossi</i> , Corpi intermedi e diritti «metaindividuali» nel sistema CEDU. Per una garanzia internazionale del pluralismo come cardine del sistema democratico ( <i>Francesco Cazzini</i> )	» 482
<b>Hanno collaborato a questo numero</b>	» 187
<b>Hanno collaborato a questo numero</b>	» 485
<b>Hanno collaborato a questo numero</b>	» 819
Indice 2020	» 821