

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LIII – nn. 1-2 – Gennaio-Giugno 2014

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Elisa Baroncini* - Le delegazioni dell’Unione europea dopo il
Trattato di Lisbona. Struttura, funzioni e *status* Pag. 1
(*The Delegations of the European Union after the Lisbon Treaty -
Structure, Functions and Status*)
- Marta Moretti* - L'Europa e i giovani » 75
(*The EU and Young People*)

COMMENTI

- Federico Forni* - Ai fini dell'IVA il prodotto farmaceutico non
sempre è un medicinale e la disabilità fisica non è sinonimo
di invalidità » 131
(*For VAT Purposes the Pharmaceutical Product is not Always a
Medicinal Product and Physical Disability does not Always Mean
Invalidity*)
- Bernardo Calabrese* - Boicottaggio concorrenziale concertato
e autotutela privata *antitrust* al vaglio della Corte di giustizia
dell'Unione europea » 153
(*Concerted Anti-Competitive Boycott and Antitrust Self-Help En-
forcement Under Scrutiny by the Court of Justice of the European
Union*)

<i>Enrica Adobati</i> - Le anomalie nella disciplina del mandato di arresto europeo contenute nella Decisione Quadro n. 2002/584 GAI (<i>Deficiencies in the Regulation of the European Arrest Warrant Contained in the Framework Decision no. 2002/584 JHA</i>)	Pag. 211
<i>Fausto Capelli</i> - Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali (<i>Regulation (EU) No. 1169/2011 and its Spiritual Masters</i>)	» 225
<i>Enrico Traversa</i> - La proposta di Regolamento Ue avente ad oggetto l'istituzione di una Procura europea, nel contesto dei principi costituzionali dell'Unione europea (<i>The Commission Proposal for an EU Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor Office (EPPO) Within the Framework of the Constitutional Principles of the European Union</i>)	» 259
<i>Patrizia Quaia</i> - La libera pattuizione del compenso dell'avvocato (<i>No Legal Restrictions to the Agreement on Lawyers' Fees in Italy</i>)	» 285
Le classifiche relative alle <i>Riviste di diritto europeo</i> più influenti e più conosciute	» 299

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Luigi Giampaolino</i> - Valori etici e strumentazioni giuridiche per la lotta alla corruzione (<i>Ethical Values and Legal Instruments in the Fight Against Corruption</i>)	» 303
---	-------

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

La Corte di giustizia ammette l'applicazione di un'aliquota ridotta dell'Iva a condizione che l'agevolazione impositiva si applichi solo ai dispositivi riservati all'uso esclusivo e personale degli invalidi e solo per prodotti farmaceutici

(medicinali e sostanze attive) direttamente somministrabili a scopo terapeutico

Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11

Commissione europea c. Regno di Spagna
(con commento di *Federico Forni*)

Pag. 127

La condizione d'illegalità in cui opera un'impresa pregiudicata da un accordo tra altre imprese restrittivo della concorrenza non incide sulla violazione del divieto di intese anticompetitive

Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 2013 in causa n. C-68/12

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.

(con commento di *Bernardo Calabrese*)

» 147

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Le nuove sentenze della Corte di giustizia sulla direttiva in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2013 in causa n. C-413/12

Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León c. Anuntis Segundamano España SL

» 181

Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2014 in causa n. C-226/12

Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Alvarez

» 182

Libera circolazione delle merci e restrizioni quantitative all'importazione

Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2014 in causa n. C-481/12

UAB «JUVELTA» c. VI «LIETUVOS PRABAVIMO RUMAI»

» 184

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento n. 44/2001 nell'ambito della responsabilità per prodotti difettosi e

con riferimento al diritto di recesso in un contratto di prestazione di servizi	
Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2014 in causa n. C-45/13	
<i>Andreas Kainz c. Pantherwerke AG</i>	Pag. 186
Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013 in causa n. C-9/12	
<i>Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA</i>	» 187
La Corte di giustizia chiarisce il metodo di calcolo dell'indennità forfetaria nel caso di licenziamento illegittimo intervenuto durante un congedo parentale	
Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2014 in causa n. C-588/12	
<i>Lyreco Belgium NV c. Sophie Rogiers</i>	» 190
Parità di trattamento in materia di lavoro per le mamme che hanno avuto un figlio tramite la maternità surrogata e per le donne che vengono escluse da un corso di formazione perchè stanno fruendo di un congedo obbligatorio di maternità	
Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2014 in causa n. C-167/12	
<i>C.D. c. S.T.</i>	» 192
Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2014 in causa n. C-363/12	
<i>Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School</i>	» 193
Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2014 in causa n. C-595/12	
<i>Loredana Napoli c. Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria</i>	» 194
Contrasta con il diritto dell'Unione l'obbligo imposto dalla Polonia e dalla Lituania di spostare il volante delle autovetture sulla parte sinistra del veicolo	
Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2014 in causa n. C-639/11	
<i>Commissione europea c. Repubblica di Polonia sostenuta da Repubblica di Lituania</i>	» 198

Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2014 in causa
n. C-61/12
*Commissione europea c. Repubblica di Lituania sostenuta da:
Repubblica di Estonia, Repubblica di Lettonia, Repubblica
di Polonia*

Pag. 199

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Le lacune nella disciplina del mandato di arresto europeo

Sentenza della Corte di cassazione, VI sezione penale del 14-
19 maggio 2014 n. 20526

» 203

Sentenza della Corte di appello di Bologna del 15 aprile 2014
n. 86

» 204

(con commento di *Enrica Adobati*)

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Applicazione della disciplina relativa alle informazioni destinate ai consumatori di prodotti alimentari: responsa- bilità degli operatori del settore e disciplina dell'origine dei prodotti alimentari e dei loro ingredienti

Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del
Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di infor-
mazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i
regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del
Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva
87/250/Cee della Commissione, la direttiva 90/496/Cee del
Consiglio, la direttiva 1999/10/Ce della Commissione, la
direttiva 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio,
le direttive 2002/67/Ce e 2008/5/Ce della Commissione e il
regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione

» 219

(con commento di *Fausto Capelli*)

Un ulteriore passo avanti nel processo di integrazione europea: si propone l'istituzione della Procura europea per le frodi a danno degli interessi finanziari dell'Unione

Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la
Procura europea - Doc Com(2013)534 del 17 luglio 2013

» 253

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale - Doc. Com(2012)363 dell'11 luglio 2012 (con commento di <i>Enrico Traversa</i>)	Pag. 256
---	----------

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo, 20-21 marzo 2014	» 273
Conclusioni del Consiglio europeo, 26-27 giugno 2014	» 277

DOCUMENTAZIONE

Professione forense: nuovi parametri per la liquidazione dei compensi

L. n. 247 del 31 dicembre 2012 - Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense	» 281
D.M. n. 55 del 10 marzo 2014 - Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (con commento di <i>Patrizia Quaia</i>)	» 283

RECENSIONI

<i>Carlo Curti Gialdino</i> , Lineamenti di diritto diplomatico consolare, II ^a edizione, (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 319
<i>Giuseppe Guarino</i> , Cittadini europei e crisi dell'euro (<i>Teodoro Katte Klitsche de la Grange</i>)	» 320
<i>Riccardo Pavoni</i> - Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani (<i>Sabrina Urbinati</i>)	» 323
Hanno collaborato a questo numero	» 327

ARTICOLI

LE DELEGAZIONI DELL'UNIONE EUROPEA DOPO IL TRATTATO DI LISBONA STRUTTURA, FUNZIONI E STATUS*

Sommario: **1.** Introduzione - **2.** Le delegazioni dell'Unione nella struttura istituzionale dell'azione internazionale dell'Europa e la loro inclusione nel SEAE - **3.** L'apertura e la chiusura delle delegazioni dell'Unione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la creazione del SEAE - **3.1** Gli «Uffici» dell'Unione europea presso enti non dotati della piena soggettività internazionale o Stati terzi aventi un approccio non condiviso, sotto il profilo del rispetto del diritto internazionale, su questioni particolarmente sensibili - **3.2** Il Parlamento europeo e l'apertura e/o chiusura delle delegazioni dell'Unione: il caso dell'Iran - **4.** La figura ed il ruolo del capodelegazione - **5.** Il processo di accreditamento del capodelegazione, il titolo di «Ambasciatore», e la sua classificazione nell'ordine protocollare dello Stato accreditatario - **6.** Le funzioni delle delegazioni dell'Unione - **7.** La «stretta cooperazione» con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri - **8.** Le delegazioni dell'Unione europea presso le organizzazioni internazionali - **9.** I privilegi e le immunità diplomatici delle delegazioni dell'Unione e gli accordi sul loro insediamento - **10.** Le delegazioni e la tutela dei cittadini dell'Unione europea: la protezione consolare - **11.** Le delegazioni dell'Unione europea e l'asilo diplomatico - **12.** Conclusioni: prospettive di miglioramento del funzionamento delle delegazioni.

1. Introduzione

Il Trattato di Lisbona ha introdotto significative novità all'architettura istituzionale delle relazioni esterne dell'Unione europea (UE), al fine di

* Il presente lavoro nasce dall'ampliamento e dall'approfondimento del commento all'art. 221 TFUE, pubblicato in F. POCAR - M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014.

accrescerne la coerenza, la visibilità, l'efficacia e la continuità sulla scena internazionale. Una delle disposizioni essenziali in tal senso è l'art. 221 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale stabilisce che l'Europa venga rappresentata, presso i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, da una rete di delegazioni dell'Unione¹. Si tratta della prima volta che il diritto primario europeo contempla espressamente e direttamente il diritto di legazione attivo dell'Unione² sotto il profilo dell'insediamento, presso Paesi terzi ed organizzazioni internazionali, di proprie missioni diplomatiche permanenti, anche se l'art. 221 TFUE si innesta, consolidandola ed ampliandola, in una prassi pluridecennale della rappresentanza esterna del processo di integrazione europea³. Infatti, con un semplice cambio di denominazione, e con la sintetica, ma inequivoca, definizione dell'ampia funzione di "rappresentare l'Unione", l'art. 221 TFUE ha disposto l'evoluzione di quelle che erano le missioni della Commissione europea in «delegazioni dell'Unione», una rinnovata struttura di sedi diplomatiche che, «coerentemente con l'impianto unitario adottato

¹ Cfr. E. HAYES, *EU Delegations: Europe's Link to the World*, in K. E. JØRGENSEN - K. VERLIN LAATIKAINEN (EDS.), *Routledge Handbook on the European Union and International Institutions: Performance, Policy, Power*, London, Routledge, 2013, pp. 27-40.

² Sul diritto di inviare rappresentanti presso Stati terzi ed organizzazioni internazionali con specifico riferimento all'Unione europea si rinvia a E. CUJO - É. HENNEQUET, *Le droit de légation actif*, in M. BENLOLO-CARABOT - U. CANDAS - E. CUJO (sous la direction de), *Union européenne et droit international - En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Editions A. Pedone, 2012, pp. 244-255; E. SAUVIGNON, *Les Communautés européennes et le droit de légation actif*, in *RMC*, 1978, pp. 176-191.

³ Già nell'aprile del 1956, a Londra, iniziò ad operare a pieno titolo la «Delegation of the High Authority of the European Coal and Steel Community to the United Kingdom». I lavori per l'apertura di tale delegazione iniziarono nel 1954, in occasione dei negoziati e della firma dell'Accordo di associazione tra la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) e la Gran Bretagna: v. *Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Belgium, France, the Federal Republic of Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands and the High Authority of the European Coal and Steel Community concerning the relations between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Coal and Steel Community, signed at London, on 21 December 1954*, in *UNTS*, 1957, Vol. 258, p. 322. Lo stabilimento di una rappresentanza permanente della CECA si era resa necessaria per dare continuità e costante contatto alla relazione pattizia concordata. L'apertura della delegazione europea avvenne successivamente all'approvazione (22 luglio 1955) e all'entrata in vigore (29 ottobre 1955) dello *European Coal and Steel Community Act*, in cui la *House of Commons* definiva i privilegi e le immunità della rappresentanza della CECA e dei suoi membri. V. *European Coal and Steel Community Act*, 1955, *ICLQ*, 1956, pp. 132-133. Sul progressivo stabilimento di missioni permanenti per la rappresentanza esterna europea, avviato e costantemente perseguito dalla Commissione a partire dagli anni Cinquanta v. G. BOSSUAT - A. LEGENDRE, *The Commission's Role in External Relations*, in M. DUMOULIN (ED.), *The European Commission 1958-72. History and Memories of an Institution*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2014, pp. 339-376; G. MIGANI, *Development Aid: Historic Priorities and New Dynamics*, in É. BUSSIÈRE - V. DUJARDIN - M. DUMOULIN - P. LUDLOW - J.W. BROUWER - P. TILLY (EDS.), *The European Commission 1973-86. History and Memories of an Institution*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2014, pp. 393-411; A. VIÑAS - S. RAMÍREZ-PÉREZ - É. BUSSIÈRE, *Trade Policy and External Relations: New Dynamics*, *ivi*, pp. 413-428.

dal Trattato di Lisbona in materia di azione esterna»⁴, sono chiamate ad assicurare la rappresentanza dell'Unione per tutte le politiche europee, dunque anche per la politica estera e di sicurezza comune (PESC). Pertanto, le delegazioni rivestono ora il ruolo di «single diplomatic presence» dell'Unione⁵, in perfetta simmetria con l'eliminazione formale della struttura a pilastri⁶ e il riconoscimento della «single legal personality» dell'Unione, finalmente realizzati dal Trattato di Lisbona⁷. Sono, così, possibili una notevole semplificazione della rappresentanza diplomatica e una significativa visibilità della proiezione esterna dell'Unione, che può adesso fare affidamento sulle capacità delle proprie ambasciate e del personale che in queste ultime svolge la propria attività per dare continuità e spessore all'azione internazionale dell'Europa⁸. Il rafforzamento istituzionale della rete delle delegazioni voluto dal Trattato di Lisbona richiede, infatti, anche l'assorbimento, da parte delle missioni permanenti dell'Unione, della funzione di coordinamento e rappresentanza dell'Europa presso Paesi terzi e organizzazioni internazionali che, prima dell'ultima revisione dei Trattati, veniva esercitata, attraverso la propria ambasciata, dallo Stato de-

⁴ Così B. GENCARELLI, *Commento all'art. 221 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 1831-1834, a p. 1832.

⁵ V. S. BLOCKMANS - C. HILLION (EDS.), *EEAS 2.0 - A Legal Commentary on Council Decision 2010/427/EU Establishing the Organisation and Functioning of the European External Action Service*, CLEER Working Paper 2013/1, *Article 5 - Union Delegations*, pp. 47-54, a p. 48.

⁶ Cfr. l'art. 1, comma 3, TUE: «[l']Unione si fonda sul presente Trattato e sul Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (...) I due Trattati hanno lo stesso valore giuridico. L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea». La dottrina ha costantemente sottolineato come l'eliminazione dei pilastri sia suscettibile, in realtà, di risultare meramente formale. La PESC, infatti, nel quadro istituzionale definito dal Trattato di Lisbona, continua ad essere «soggetta a norme e procedure specifiche», essendo «definita e attuata dal Consiglio europeo e dal Consiglio che deliberano all'unanimità, salvo nei casi in cui i Trattati dispongano diversamente» (art. 24 TUE), cosa che accade *a.* per le decisioni di attuazione di un'azione o una posizione dell'Unione, *b.* per la nomina dei Rappresentanti Speciali dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (AR), decisioni e nomine per le quali è sufficiente il voto a maggioranza qualificata del Consiglio dell'Unione, e *c.* laddove il Consiglio europeo stabilisca, naturalmente all'unanimità, che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata in casi diversi da quelli appena richiamati (si veda l'art. 31 TUE, che codifica la c.d. «enabling clause»). In dottrina v. sul punto I. GOVAERE, *Multi-faceted Single Legal Personality and a Hidden Horizontal Pillar: EU External Relations Post- Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010-2011, pp. 87-111.

⁷ L'art. 47 TUE recita, infatti, che: «[l']Unione ha personalità giuridica». Sulla soggettività internazionale della UE e le sue caratteristiche *sui generis* di attore internazionale v. B. VAN VOOREN - R. A. WESSEL, *EU External Relations Law - Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 1 ss.

⁸ Cfr. G. EDWARDS - D. RIJKS, *Boundary Problems in EU External Representation*, in L. AGGESTAM - F. ANESI - G. EDWARDS - C. HILL - D. RIJKS (EDS.), *Institutional Competences in the EU External Action: Actors and Boundaries in CFSP and ESDP*, Stockholm, Swedish Institute for European Policy Studies, Report No. 6-7 May/2008; D. RIJKS, *EU Diplomatic Representation in Third Countries*, Paper presentato alla Conferenza GARNET «The EU in International Affairs», Bruxelles, 24-26 aprile 2008.

tentore della Presidenza a rotazione della UE⁹. Tale assorbimento, naturalmente, avviene sempre nell'ottica del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE¹⁰, per cui le missioni diplomatiche degli Stati membri continuano a rappresentare l'Unione presso quei Paesi terzi ove l'organizzazione e le risorse dell'Europa, sotto il profilo della rappresentanza, non siano ancora ottimali. Il Consiglio dell'Unione, quindi, provvede, su base semestrale, ad operare la mappatura della «EU Diplomatic Representation»¹¹ attraverso le delegazioni dell'Unione e le ambasciate degli Stati membri. Nell'ultimo documento consiliare, relativo alla rappresentanza diplomatica dell'Unione nel primo semestre del 2014, viene indicato che «la représentation de l'UE est exercée par la représentation locale de l'UE»¹² in 131 Paesi, dalla delegazione dell'Unione accreditata presso un Paese terzo, ma non ivi residente, in 17 Paesi, e, infine, ancora dall'ambasciata dello Stato membro che detiene la Presidenza semestrale dell'Unione in 21 Paesi «en l'absence d'une représentation locale de l'UE au niveau de l'Ambassadeur»¹³.

Nel presente lavoro si intendono ricostruire la collocazione delle delegazioni nella struttura istituzionale dell'Unione, l'organizzazione e le funzioni di dette missioni ed i loro rapporti con le ambasciate ed i consolati degli Stati membri, nonché il loro *status* sotto il profilo dei privilegi e delle immunità diplomatici, in modo da poter poi indicare come migliorare il funzionamento di tale struttura diplomatica dell'Unione, sempre più strategica per le politiche e per l'immagine dell'Europa.

⁹ V. SEC(2011)881/3, *European Commission - Vademecum on the External Action of the European Union*, a p. 20.

¹⁰ Ai sensi del quale «[i]n virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati». Su tale principio v. più diffusamente *infra* il par. 7.

¹¹ I documenti ufficiali del Consiglio qualificano inequivocabilmente come «diplomatica» la rappresentanza dell'Unione che deve essere svolta dalle sue delegazioni: cfr., ad esempio, Council of the European Union, doc. 5322/13, *EU Diplomatic Representation in Third Countries - First Half of 2013*, 14 January 2013; Council of the European Union, doc. 11629/13, *EU Diplomatic Representation in Third Countries - Second Half of 2013*, 26 June 2013.

¹² V. Consiglio dell'Unione europea, doc. 17803/13, *Rappresentanza diplomatica dell'UE nei paesi terzi - Primo semestre del 2014*, 13 dicembre 2013, Annex II.

¹³ *Ibidem*. Essendo di dimensioni ridotte i Paesi terzi presso i quali l'Unione non ha né una rappresentanza accreditata e residente, né una rappresentanza accreditata ma non residente, è molto frequente l'assenza *in loco* dell'ambasciata dello Stato membro che ha la Presidenza semestrale dell'Unione. In tal caso, l'individuazione dello Stato membro deputato a rappresentare l'Unione nel Paese terzo avviene ancora secondo il meccanismo di rotazione stabilito da una decisione del Consiglio del 2006 (Consiglio dell'Unione, doc. 16568/06, *Disposizioni che istituiscono un sistema in base al quale gli Stati membri devono esercitare le funzioni di Presidenza nei Paesi terzi*, 20 dicembre 2006), la cui permanenza in vigore viene costantemente richiamata nei vari documenti del Consiglio sulla rappresentanza diplomatica dell'Unione dopo il Trattato di Lisbona (come, ad esempio, a p. 3 del citato documento del Consiglio 17803/13).

2. Le delegazioni dell'Unione nella struttura istituzionale dell'azione internazionale dell'Europa e la loro inclusione nel SEAE

La decisione n. 2010/427/UE, del 26 luglio 2010 – con la quale, in ottemperanza all'art. 27, par. 3, TUE, è stato istituito il Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE)¹⁴, divenuto pienamente operativo il 1° gennaio 2011 –¹⁵ ha ribadito la centralità e l'importanza delle delegazioni dell'Unione presso i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali configurando le rappresentanze europee come l'articolazione esterna del nuovo corpo

¹⁴ Decisione del Consiglio n. 2010/427/UE, del 26 luglio 2010, che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna, in *Gu-UE* n. L 201 del 3 agosto 2010, p. 30.

¹⁵ Sul SEAE cfr., tra gli altri, S. BLOCKMANS, *The European External Action Service one year on: First signs of strengths and weaknesses*, Working Paper 2012/2, The Hague, Centre for the Law of EU External Relations, 2012; S. BLOCKMANS, *EEAS reloaded: Recommendations for the 2013 review*, Commentary, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2012; S. BLOCKMANS - C. HILLION, *EEAS 2.0. A legal commentary on Council Decision 2010/427/EU establishing the organization and functioning of the European External Action Service*, Working Paper 2013/1, The Hague, Centre for the Law of EU External Relations, 2013; I. BOSSE-PLATIÈRE, *La mise en place du Service européen pour l'action extérieure dell'UE (SEAE)*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, pp. 242-245.; C. CARTA, *The European Union Diplomatic Service*, Abingdon, Routledge, 2012; S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote against Incoherence?*, in *EFA Rev.*, 2012, pp. 45-68; L. ERKELENS - S. BLOCKMANS, *Setting up the European External Action Service: An Act of Institutional Balance*, in *EuConst*, 2012, pp. 246-279; R. FAURE - M. GAVAS - S. MAXWELL, *The Review of the European External Action Service. A commentary on the report*, Overseas Development Institute (ODI), 2013; M. FURNESS, *The Lisbon Treaty, the European External Action Service and the reshaping of EU Development Policy*, in S. GÄNZLE - S. GRIMM - D. MAKHAN (EDS.), *The European Union and Global Development: An "Enlightened Superpower" in the Making?*, Basingstoke, 2012, pp. 74-93; M. GATTI, *The Role of the European External Action Service in the External Dimension of the Area of Freedom Security and Justice*, in C. FLAESCH MOUGIN - L. S. ROSSI (sous la direction de), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice après le Traité de Lisbonne*, Brussels, Bruylant, 2012, pp. 171-190; M. GUINEA LLORENTE, *El Servicio europeo de acción exterior: génesis de una diplomacia europea*, in *RDCE*, 2010, pp. 761-790; I. INGRAVALLO, *La decisione sul Servizio europeo per l'azione esterna*, in *Sud in Europa*, 2010, n. 2, www.sudineuropa.net; P. KOUTRAKOS, *Habemus European External Action Service*, in *ELR*, 2010, pp. 607-608; F. LAURSEN, *The European External Action Service (EEAS): the idea and its implementation*, in F. LAURSEN (ED.), *The EU's Lisbon Treaty: Institutional Choices and Implementation*, Farnham-London-Burlington, Ashgate, 2012, pp. 171-200; M. LEFEBVRE - C. HILLION, *The European External Action Service: Towards A Common Diplomacy?*, European Policy Analysis 2010/6, Stockholm, Swedish Institute for European Policy Studies, 2010; H. MERKET, *The European External Action Service and the Nexus between CFSP/CSDP and Development Cooperation*, in *EFA Rev.*, 2012, pp. 625-651; C. MORVIDUCCI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna: un inizio problematico*, in *Studi integr. eur.*, 2013, pp. 19-46; P. PETROV - K. POMORSKA - S. VANHOONACKER, *The Emerging EU Diplomatic System: Opportunities and Challenges after "Lisbon"*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 1-9; G. QUILLÉ, *The European External Action Service and the Common Security and Defence Policy (CSDP)*, in E. GRECO - N. PIROZZI - S. SILVESTRI (EDS.), *EU Crisis Management: Institutions and Capabilities in the Making*, Roma, Istituto Affari Internazionali, 2010, pp. 55-70; K. RAUBE, *The European External Action Service and the European Parliament*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 65-80; J. SANTOS VARA, *The Establishment of the European External Action Service*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2011, pp. 109-133; B. VAN VOOREN, *A legal-institutional perspective on the European External Action Service*, *CMLR*, 2011, pp. 475-502.

diplomatico dell'Unione¹⁶, dunque come «fully-fledged EU embassies»¹⁷, un altissimo profilo politico-istituzionale per le missioni europee. Pertanto, al pari del braccio "interno" del Servizio europeo per l'azione esterna, sia le delegazioni c.d. «bilaterali», ovvero presso gli Stati terzi, che quelle «multilaterali», vale a dire presso le organizzazioni internazionali, devono ora essere formate da «personale SEAE», ossia, in base all'art. 27, par. 3, TUE, «da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali», dal cui lavoro congiunto si intende evidentemente pervenire ad un'articolata ed equilibrata sintesi delle istanze dell'Unione e nazionali.

Garante della coerenza delle attività esercitate presso le rappresentanze europee è il capodelegazione, ossia il responsabile dell'intera azione svolta dalle strutture esterne permanenti espressione della capacità diplomatica dell'Unione. Il capo della delegazione (*Head of Delegation*, HoD), infatti, ha un'autorità generale su tutte le questioni trattate nelle missioni europee, gestendo sia i funzionari del SEAE, i quali lavorano principalmente sulle questioni PESC, che lo *staff* della Commissione, la quale può ancora distaccare e mantenere propri funzionari presso le delegazioni per eseguire le politiche dell'ormai ex pilastro "comunitario", sovente imperniate su finanziamenti europei. L'HoD, quindi, e la struttura della quale è responsabile sono istituzionalmente predisposti a garantire efficacia e coesione alle politiche europee presso il Paese terzo o l'organizzazione internazionale nella quale è ubicata la delegazione dell'Unione, dando concreta attuazione al principio ed obiettivo di coerenza codificato all'art. 21, par. 3, seconda frase, TUE¹⁸, in base al quale istituzioni ed organi europei devono non solo evitare incongruenze o conflitti tra la politica estera, le politiche esterne e quelle interne dell'Unione, ma anche adoperarsi per creare sinergie «in grado di far conseguire risultati complessivi migliori di quelli derivanti dalla mera somma delle singole azioni svolte»¹⁹. È, pertanto, possibile affiancare la duplice investitura – per le questioni ex-primo pila-

¹⁶ «Il SEAE si articola in un'amministrazione centrale e nelle delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali». Art. 1, par. 4, della Decisione n. 2010/427/UE, *cit. supra*, nota 14.

¹⁷ M. BENSON-REA - C. SHORE, *Representing Europe: The Emerging "Culture" of EU Diplomacy*, in *Public Administration*, 2012, pp. 480-496, a p. 491.

¹⁸ «L'Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dall'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine».

¹⁹ Così C. NOVI, *Il principio di coerenza e la clausola di compatibilità*, in E. BARONCINI - S. CAFARO - C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 27-29, a p. 27.

stro, e per le questioni PESC – dell’HoD al "doppio cappello" predisposto dal Trattato di Lisbona per l’Alto Rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (AR). Come noto, detta figura istituzionale, poiché nominata dal Consiglio europeo e al tempo stesso vicepresidente della Commissione, deve assicurare la coerenza dell’azione esterna dell’Unione²⁰, avvalendosi delle sue funzioni *a.* di presidenza su base stabile del Consiglio affari esteri²¹, *b.* di proposta in materia di PESC e politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), e *c.* di vicepresidenza della Commissione con l’incarico di coordinare le politiche esterne europee²².

L’inclusione delle delegazioni dell’Unione nel SEAE conferma, peraltro, l’impostazione costantemente suggerita durante i lavori della Convenzione per la Costituzione europea a partire dal contributo del 30 giugno 2003 di Michel Barnier e António Vitorino, ove i due membri della Commissione sostenevano che «[l]es délégations de l’Union dans les pays tiers (...) devraient également faire partie du Service européen commun d’action extérieure»²³, impostazione successivamente ribadita nella Relazione del 9 giugno 2005 sull’andamento dei lavori preparatori per l’istituzione del SEAE, elaborata congiuntamente dal Segretario Generale/Alto Rappresentante Javier Solana e dalla Commissione, nella quale si attestava l’esistenza di «un ampio accordo sul fatto che l’attuale rete di delegazioni della Commissione sia trasformata (...) nelle delegazioni dell’Unione le quali, in conseguenza delle disposizioni del Trattato costituzionale che le colloca sotto l’autorità del Ministro degli affari esteri, diventerebbero parte integrante del SEAE»²⁴.

Il diritto primario europeo, inoltre, definisce chiaramente il rapporto delle delegazioni con l’Alto Rappresentante, sotto la cui autorità sono poste (art. 221, par. 2, TFUE), nonché la stretta cooperazione che deve carat-

²⁰ V. l’art. 18, par. 4, TUE.

²¹ Cfr. l’art. 18, par. 3, TUE.

²² «L’Alto Rappresentante (...) in seno alla Commissione, è incaricato delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell’azione esterna dell’Unione». Così l’art. 18, par. 4, TUE. Sulla figura dell’Alto Rappresentante v. E. DENZA, *Article 27 [Role and Powers of the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy]*, in H.-J. BLANKE - S. MANGIAMELI (EDS.), *The Treaty on European Union (TEU) - A Commentary*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, pp. 967-980.

²³ CONV 839/03, Contributo dei Signori Barnier e Vitorino, membri della Convenzione europea - Servizio comune per l’azione esterna, Bruxelles, 30 giugno 2003, p. 5.

²⁴ Consiglio dell’Unione europea, Doc. 9956/05, *Servizio europeo per l’azione esterna – Relazione congiunta sull’andamento dei lavori per il Consiglio europeo elaborata dal Segretario generale/Alto Rappresentante e dalla Commissione*, Bruxelles, 9 giugno 2005, p. 5; v. F. LAURSEN, *The European External Action Service (EEAS): The Idea and Its Implementation*, in F. LAURSEN (ED.), *The EU’s Lisbon Treaty – Institutional Choices and Implementation*, Farnham - Burlington, Ashgate, 2012, pp. 171-201.

terizzare le relazioni delle ambasciate dell'Europa con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri *a.* ai fini dell'azione internazionale dell'Unione nel suo insieme (art. 221, par. 2, TFUE) e *b.* con particolare riferimento alla garanzia del rispetto e dell'attuazione delle decisioni dell'Unione nella PESC (art. 35, commi 1 e 2, TUE), nonché *c.* per contribuire ad attuare il diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei Paesi terzi (art. 35, comma 3, TUE, e artt. 20, par. 2, lett. *c.*, e 23 TFUE). Indubbiamente, e nonostante i molti margini di miglioramento della loro struttura e della gestione delle loro attività, le delegazioni dell'Unione, così come riviste e rafforzate dal Trattato di Lisbona e dalla sua successiva prassi attuativa, risultano, per i *partner* della UE, di crescente importanza nella conduzione dell'azione internazionale dell'Europa²⁵. Infatti, la capillare rete diplomatica globale realizzata dalle attuali centotrentanove delegazioni dell'Unione – accreditate presso centosessantatre Paesi terzi ed un rilevante numero di enti intergovernativi – unitamente alla loro competenza a 360 gradi per l'azione internazionale dell'Europa fanno delle ambasciate della UE un solido supporto logistico e politico per le istituzioni europee, gli Stati membri, i cittadini dell'Unione, gli operatori economici, nonché tutti gli *stakeholders* che si relazionano all'Europa, un supporto dotato di un significativo potenziale di ulteriori e importanti sviluppi. Basti pensare che solo Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia e Spagna hanno più missioni all'estero rispetto all'Unione europea, e che vi sono solo otto Paesi terzi (Cina, Egitto, India, Israele, Giappone, Russia, Turchia e Stati Uniti) nei quali almeno 25 Stati membri hanno un'ambasciata, mentre in più di settanta sedi nelle quali l'Unione ha una delegazione vi sono meno di dieci Stati membri rappresentati, ed in cinquanta Paesi le missioni dei Paesi europei sono meno di cinque²⁶. Le delegazioni dell'Unione, quindi, laddove sapientemente gestite, nonché rafforzate, possono rappresentare l'avamposto dell'Europa quale *soft power* delle relazioni internazionali, promotrice dei propri valori²⁷ ed interessi, e delle più ampie

²⁵ European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B - Policy Department, *Union Delegations in Bilateral and Multilateral Settings*, in *The Organisation and Functioning of the European External Action Service: Achievements, Challenges and Opportunities*, Brussels, 2013, pp. 62-82.

²⁶ Dati tratti da European External Action Service, *EEAS Review*, Brussels, July 2013, p. 3.

²⁷ Codificati all'art. 3, par. 5, TUE («[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite») nonché, estesamente, all'art. 21 TUE (ai sensi del quale «1. L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione,

ed approfondite forme di cooperazione bilaterale e multilaterale, per affrontare e risolvere questioni e problemi di portata transnazionale, e, al tempo stesso, rappresentare con maggior forza e compiutezza istanze di particolare interesse dei singoli Stati membri dell'Unione²⁸.

3. L'apertura e la chiusura delle delegazioni dell'Unione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la creazione del SEAE

La decisione di aprire, o chiudere, una delegazione spetta all'Alto Rappresentante, che deve agire di concerto con il Consiglio e la Commissione, conformemente a quanto previsto dall'art. 5, par. 1, della decisione n. 2010/427/Ue. L'obbligo, per il massimo esponente della politica estera europea, di ricercare la convergenza con l'istituzione intergovernativa e con quella che rappresenta l'interesse comune dell'Unione attesta la rilevante importanza politica che contraddistingue la scelta di stabilire o di rinunciare ad una missione, intensificando o razionalizzando – in questa seconda ipotesi, essenzialmente per ragioni economiche – le relazioni diplomatiche con un Paese terzo, o i rapporti con una organizzazione internazionale. Attualmente, come già sottolineato²⁹, la fitta e rilevante rete di

lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. L'Unione si adopera per sviluppare relazioni e istituire partenariati con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali, che condividono i principi di cui al primo comma. Essa promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite. 2. L'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: a) salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità; b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale; c) preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne; d) favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà; e) incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali; f) contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile; g) aiutare le popolazioni, i paesi e le regioni colpiti da calamità naturali o provocate dall'uomo; h) promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale»). Per ulteriori considerazioni sul ruolo delle delegazioni nella promozione ed attuazione dei valori UE v., *infra*, par. 6, 10 e 11.

²⁸ R. BALFOUR - K. RAIK, *EU Delegations: Revolutionizing EU Foreign Policy in the Field?*, in *Equipping the European Union for the 21st Century - National Diplomacies, the European External Action Service and the Making of EU Foreign Policy*, FIIA Report 36, FIIA Occasional Report 1, Helsinki, 2013, pp. 43-48.

²⁹ V., *supra*, par. 2.

rappresentanza bilaterale e multilaterale dell'Unione – la prima ad essere creata, nella storia della diplomazia, da un attore non statale – conta 139 delegazioni e uffici sparsi in tutto il mondo e presso le principali organizzazioni internazionali³⁰.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della decisione SEAE, l'AR ha adottato in base alla nuova procedura le decisioni per l'apertura delle delegazioni in Libia³¹, Sud-Sudan³², Myanmar (Burma)³³, ed Emirati Arabi Uniti³⁴. La struttura delle decisioni dell'AR per l'apertura delle delegazioni è stata, sinora, caratterizzata da un testo pressoché simile, e dalla stringatezza dell'articolato, che mai si è avventurato, nella parte preambolare, ad illustrare le ragioni politiche ed economiche in virtù delle quali l'Unione ha scelto di stabilire le missioni europee permanenti oggetto dei provvedimenti dell'Alto Rappresentante. L'unica, minima, difformità terminologica si nota nella denominazione delle missioni diplomatiche europee: infatti, negli atti del 2011 relativi alla Libia e al Sud-Sudan, l'art. 1 indica che «[a] *Union Delegation* (...) shall be opened», mentre nella disposizione iniziale dei provvedimenti approvati nel 2013 per Myanmar (Burma) e gli Emirati Arabi Uniti si afferma che «[a] *European Union Delegation* (...) shall be opened»³⁵. Inoltre, tutte le decisioni dell'AR vedono un'ampia delega al Direttore generale amministrativo del SEAE («Chief Operating Officer of the EEAS»), carica attualmente detenuta dall'irlandese David O'Sullivan, il quale è chiamato a prendere «the necessary steps to ensure the implementation» dei provvedimenti sull'apertura delle delegazioni³⁶. In particolare, il Direttore generale amministrativo, in cooperazione con la Commissione europea, deve farsi carico

³⁰ Cfr. C. NOVI, *Il diritto di legazione e il servizio europeo per l'azione esterna*, in E. BARONCINI - S. CAFARO - C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, cit. supra, nota 19, pp. 127-134. Per i dati aggiornati sulle delegazioni dell'Unione si rinvia al sito web ufficiale del SEAE http://www.eeas.europa.eu/index_en.htm.

³¹ PROC HR(2011) 014, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 11 November 2011 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to Libya*.

³² PROC HR(2011) 015, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 11 November 2011 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to the Republic of South Sudan*.

³³ HR DEC(2013) 001, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to the Republic of the Union of Myanmar (Burma)*.

³⁴ HR DEC(2013) 002, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Opening of a Delegation of the European Union to the United Arab Emirates*.

³⁵ Corsivi aggiunti.

³⁶ Cfr. l'art. 2, par. 1, comune a tutti gli atti in questione.

dell'attribuzione e del trasferimento delle risorse necessarie alla creazione e al funzionamento della nuova delegazione dell'Unione, occupandosi anche della definizione dell'organigramma di quest'ultima. Infatti, in base all'art. 2, lett. *a.*, comune a tutte le decisioni dell'AR sopra citate, «[t]he Chief Operating Officer of the EEAS shall take the necessary steps to ensure ... the allocation and transfer of resources, in cooperation with the European Commission, including the adoption of an organisation chart for the Delegation». Sempre al Direttore generale amministrativo è affidato il compito di adottare opportune misure per assicurare alla delegazione e alle sue proprietà, nonché a tutto lo *staff* che vi presta servizio, privilegi e immunità equivalenti a quelli contemplati dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche (CVRD) del 18 aprile 1961, espressione del diritto internazionale diplomatico³⁷. Pertanto, all'art. 2, lett. *a.* delle decisioni di apertura delle delegazioni sinora adottate dall'AR, in particolare nella più ampia formula dei provvedimenti assunti nel gennaio 2013, si stabilisce che il Direttore generale amministrativo assicuri «that the Delegation, its property, its head and its members, as well as the members of their families forming part of their respective households, are granted privileges and immunities equivalent to those laid down in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961»³⁸.

L'unica delegazione ad essere stata chiusa da quando sono entrati in vigore i nuovi meccanismi istituzionali post-Lisbona è quella presso il Suriname. Nel gennaio 2013, l'AR ha assunto la decisione sulla chiusura³⁹ nell'ambito di una razionalizzazione delle risorse delle missioni europee permanenti, mantenendo le relazioni diplomatiche con lo Stato latino-americano attraverso la delegazione della Guyana, il cui capodelegazione è accreditato anche presso il Suriname, ed è, dunque, chiamato a gestire il dialogo politico dell'Unione con il Governo di Paramaribo nonché la realizzazione dei progetti allo sviluppo già avviati, dedicati, in particolare, a

³⁷ *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Vienna 18 April 1961, in *UNTS*, Vol. 500, p. 95, pubblicata anche, in una traduzione italiana non ufficiale, in R. LUZZATTO - F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 91 ss. Su tale Convenzione cfr. C. CURTI GIALDINO, *Lineamenti di diritto diplomatico e consolare*, Torino, Giappichelli, 2012; E. DENZA, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008; M. FRAGOLA, *Nozioni di diritto diplomatico e consolare: tecnica, prassi, esperienza*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004; H. P. HESTERMEYER, *Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Gennaio 2009.

³⁸ HR DEC(2013) 001, *cit. supra*, nota 33, e HR DEC(2013) 002, *cit. supra*, nota 34; sui privilegi e le immunità delle delegazioni v., *infra*, par. 9.

³⁹ HR DEC(2013) 003, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Closing of the European Union Delegation to the Republic of Suriname*.

rafforzare le infrastrutture nel settore dei trasporti per promuovere l'integrazione e la cooperazione regionale, e, così, rafforzare la lotta alla povertà e migliorare l'accesso a beni e servizi⁴⁰. Anche in questo caso, è il Direttore generale amministrativo del SEAE ad essere delegato ad adottare «all the necessary administrative and budgetary arrangements» per eseguire la decisione dell'AR sulla chiusura⁴¹.

3.1 Gli «Uffici» dell'Unione europea presso enti non dotati della piena soggettività internazionale o Stati terzi aventi un approccio non condiviso, sotto il profilo del rispetto del diritto internazionale, su questioni particolarmente sensibili

Ci si può certo chiedere anche quali margini di manovra rimangano all'AR laddove il Consiglio e la Commissione, oppure solo una delle due istituzioni, non approvino la decisione di aprire una nuova delegazione, eventualmente anche perché potrebbe non essere condivisa, a livello di Stati membri, che ancora conservano una prerogativa esclusiva nel riconoscimento di nuovi Stati o nell'*endorsement* a nuovi governi stranieri, la valutazione sulla personalità giuridica internazionale in capo a determinati soggetti. Parimenti, ci si può interrogare sulla discrezionalità configurabile in capo all'AR laddove l'esigenza e l'opportunità di agire in tempi stretti comprimano i tempi di coordinamento con le istituzioni europee. In tali circostanze è possibile sostenere che l'AR abbia il potere di procedere autonomamente limitandosi, però, a mandare un inviato, o a stabilire un tipo di presenza meno prestigioso – aprendo, ad esempio, un semplice «Ufficio» (*EU Liaison Office*, *EU Technical Office*), oppure una «Rappresentanza», anziché una vera e propria delegazione. Si tratta di soluzioni già perseguite sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

A parte, come si vedrà subito nel prosieguo, il caso del Kosovo, il ripiego verso soluzioni istituzionali prive della completezza della rappresentatività dell'Unione data dalla «delegazione» non è mai avvenuto a causa di una contrapposizione tra Stati membri e istituzioni europee sull'opportunità o meno di riconoscere un nuovo Paese, o sull'appoggio ad una rinnovata classe politica. Al contrario, la scelta di aprire un «Ufficio» o una «Rappresentanza» in luogo di una vera e propria «Delegazione» si è com-

⁴⁰ European Union, Press Release A19/13, *EU to Open Delegations to Myanmar and to the United Arab Emirates*, 17 January 2013.

⁴¹ V. l'art. 2 della *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 10 January 2013 Regarding the Closing of the European Union Delegation to the Republic of Suriname*, cit. *supra*, nota 39.

piuta nella piena condivisione degli attori del processo di integrazione europea sull'opportunità di stabilire, comunque, una presenza costante dell'Unione presso la seguente tipologia di soggetti:

a. un ente che non dispone della piena soggettività internazionale -è il caso dello *European Union Office to Hong Kong and Macao*, le due regioni amministrative speciali della Repubblica popolare cinese, ex-colonie, rispettivamente, di Gran Bretagna e Portogallo;

b. un ente la cui personalità giuridica internazionale debba ancora completarsi - come accade per i territori palestinesi con lo *European Union Technical Assistance (or Representative) Office for the West Bank and Gaza Strip* - o sia, comunque, contestata - situazione che si verifica per Taiwan, la cui sovranità non è mai stata riconosciuta dalla sempre più potente Repubblica popolare cinese⁴², che condiziona le proprie relazioni diplomatiche con i soggetti terzi all'accettazione della «One China Policy», con la conseguenza che la rappresentanza dell'Unione a Taipei non ha lo *status* di delegazione, ma è sobriamente qualificato come *European Economic and Trade Office*;

c. uno Stato da poco affacciato ad un percorso democratico dopo difficili conflitti - l'Ufficio di rappresentanza della Commissione europea aperto a Sarajevo nel 1996, venne poi ribattezzato nel 2000 «Delegazione» dell'Europa presso la Bosnia-Erzegovina avendo accertato l'attuazione ed il buon funzionamento degli Accordi di Dayton e il positivo processo di consolidamento nel Paese della democrazia e della *rule of law*; e, infine,

d. uno Stato che non si attiene alle richieste della Comunità internazionale su una o più specifiche questioni - come è accaduto per l'Indonesia, la quale, sino alla fine degli anni Novanta, non era disposta a riconoscere l'indipendenza di Timor orientale, né aveva compiuto sufficienti progressi verso lo Stato di diritto e la democrazia, con la conseguenza che la Commissione europea preferì definire la propria missione a Giacarta, aperta nel 1988, «Ufficio di rappresentanza», per poi qualificarla «Delegazione» una volta superate le divergenze sullo *status* di Timor est e rafforzata la democraticità dell'assetto istituzionale dell'Indonesia⁴³.

La decisione, invece, di mantenere lo *European Union Office* in Kosovo riflette la persistente assenza, da parte di cinque dei 28 Stati membri

⁴² Sulla intricata questione dello *status* di Taiwan cfr. B. AHL, *Taiwan*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008.

⁴³ Sulla tipologia di «uffici» o «rappresentanze» qui elencati v., più diffusamente, E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 210 ss.

dell'Unione europea (Cipro, Grecia, Romania, Slovacchia e Spagna), del riconoscimento del Kosovo quale soggetto internazionale a seguito della dichiarazione di indipendenza dalla Serbia adottata il 17 febbraio 2008 da 109 dei 120 membri dell'Assemblea parlamentare kosovara, e dal Presidente del Kosovo, che non è membro dell'Assemblea. Tale mancanza di omogeneità tra gli Stati UE a proposito della personalità giuridica internazionale del Kosovo ha indotto l'Unione europea non solo a mantenere la denominazione di «Ufficio» per la propria sede a Pristina, ma anche a precisare ufficialmente, sul sito web dedicato alle relazioni UE/Kosovo, che l'uso della designazione «Kosovo (...) is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244 and the ICJ Opinion on the Kosovo Declaration of Independence»⁴⁴. Recentemente il Parlamento europeo ha esortato i 5 Stati membri dell'Unione «a procedere al riconoscimento del Kosovo» al fine di intensificare le relazioni economiche, sociali e politiche tra quest'ultimo e l'Unione europea⁴⁵.

Nel periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si segnala l'apertura, il 22 maggio 2011, di un Ufficio dell'Unione europea a Bengasi⁴⁶, successivamente ampliato con la sede di un *Humanitarian Office* a Tripoli il 31 agosto dello stesso anno⁴⁷. Si tratta di un'iniziativa condotta interamente dall'AR, nella convinzione che il potere per una simile

⁴⁴ V. UN Security Council, *Security Council Resolution 1244 (1999) [on the deployment of international civil and security presences in Kosovo]*, 10 June 1999, S/RES/1244; ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.*, 2010, p. 403. Sul parere della Corte internazionale di giustizia riguardo la conformità al diritto internazionale della dichiarazione di indipendenza del Kosovo del 17 febbraio 2008 cfr. A. BERNARDINI, *Il parere della Corte internazionale di Giustizia sulla questione del Kosovo*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2011, pp. 7-9; A. CARCANO, *Sul rapporto fra diritto all'autodeterminazione dei popoli e secessione: in margine al parere della Corte Internazionale di Giustizia riguardante il Kosovo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 1135-1143; B. CONFORTI, *La risoluzione del Consiglio di sicurezza e il parere della Corte Internazionale di Giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 1128-1131; P. FOIS, *Il parere della Corte Internazionale di Giustizia sull'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale à la carte*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 1131-1135; L. GRADONI - E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, Padova, Cedam, 2010; L. IANNUZZI, *La Corte internazionale di giustizia si esprime sull'annosa questione del Kosovo*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, pp. 113-134; A. TANCREDI, *Il parere della Corte internazionale di Giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 994-1052.

⁴⁵ *Risoluzione del Parlamento europeo del 18 aprile 2013 sul processo di integrazione europea del Kosovo* (2012/2867(RSP), par. 3. Sulla articolata e sensibile posizione dell'Unione europea nella definizione delle sue relazioni con il Kosovo v. W. KOETH, *State Building Without a State: the EU's Dilemma in Defining Its Relations with Kosovo*, in *EFA Rev.*, 2010, pp. 227-247.

⁴⁶ EEAS, *EU High Representative Catherine Ashton Opens European Union Office in Benghazi*, 22 maggio 2011.

⁴⁷ EEAS, *Libya: European Union / EEAS Mission Arrives in Tripoli*, 31 agosto 2011; Consilium Highlights, *Showing the Flag in Tripoli*, 8 settembre 2011.

attività risieda nelle funzioni generali dell'AR relative alla conduzione della PESC. L'iniziativa è stata annunciata dallo stesso AR prima al Parlamento europeo nella seduta plenaria dell'11 maggio 2011⁴⁸, naturalmente comunicata alla Commissione, di cui l'AR è Vice-Presidente, e pienamente supportata e condivisa dal Consiglio affari esteri del 23-24 maggio 2011⁴⁹. La presenza operativa di un Ufficio tecnico della UE a Bengasi, infatti, risultava essere una condizione logistica imprescindibile per coordinare gli aiuti europei con quelli degli Stati membri e degli altri attori della Comunità internazionale in riferimento alle questioni di emergenza umanitaria e alla predisposizione tempestiva di azioni di ricostruzione e stabilità una volta cessati i disordini interni della c.d. «Primavera araba», ed era anche un chiaro segnale politico di solidarietà dell'Unione europea al popolo libico, nonché di appoggio e fiducia al Consiglio nazionale transitorio (CNT) dei ribelli al regime di Gheddafi ancora prima che l'opposizione alle forze lealiste riuscisse a divenire il Governo ufficiale della Libia, detenendo il pieno potere su territorio e comunità del Paese nordafricano. Rovesciato il regime e liberata la città di Tripoli, il CNT è divenuto a pieno titolo il nuovo Governo della Libia. L'interesse strategico dell'Unione ad avere rapporti stretti e solidi con detto Stato, anche per promuovere la stabilità della zona al confine meridionale dell'Europa e mantenere saldi i rapporti economici con il Paese nordafricano, ricco di risorse naturali, ha significativamente incentivato il rapido *upgrading* dell'Ufficio di Tripoli in Delegazione dell'Unione presso la Libia⁵⁰. Come già riportato, il 12 novembre 2011 l'AR ha aperto ufficialmente la rappresentanza ufficiale dell'Europa a Tripoli, una scelta che rappresenta «both a political symbol and a necessary step to allow the EU to provide effective support for the Libyan transition»⁵¹. L'Unione europea, infatti, ha attivato una importante serie di progetti di cooperazione: dopo aver investito ben € 80,5 milioni in assistenza umanitaria, Bruxelles è attualmente impegnata in un programma di € 30 milioni che riguarda anche la politica di migrazione e la sicurezza dei confini, l'assistenza tecnica per ricostruire l'apparato amministrativo ed istituzionale dello Stato libico, le politiche di ri-

⁴⁸ Parlamento europeo, *Discussioni - Principali aspetti e scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune (articolo 36 del TUE)*, Strasburgo, 11 maggio 2011.

⁴⁹ Consiglio dell'Unione europea, Presse 143, *Comunicato stampa - 3091a Sessione del Consiglio Affari esteri*, Bruxelles, 23 e 24 maggio 2011, pp. 10-11.

⁵⁰ European Union Press Release A 451/11, *Remarks by EU High Representative Catherine Ashton at the Opening of the New EU Delegation in Tripoli*, Brussels, 12 novembre 2011.

⁵¹ European Union, Press Release A 448/11, *EU High Representative Catherine Ashton visits Tripoli and Opens European Union Delegation*, Brussels, 12 November 2011, Annex «EU Support to Libya».

conciliazione, rispetto dei diritti fondamentali e democratizzazione, la salute e l'educazione, nonché la promozione della partecipazione delle donne nella vita pubblica⁵².

Analoga evoluzione ha conosciuto l'insediamento di una presenza permanente dell'Unione europea presso la Repubblica dell'Unione di Myanmar (Burma), anche se i passaggi istituzionali dinanzi alla Commissione europea ed al Consiglio dell'Unione sono contraddistinti da una precisa pianificazione e privi di ristrettezze temporali. Il nuovo Governo del Paese asiatico, che ha iniziato ad esercitare le proprie funzioni all'inizio del 2011, ha voluto rimarcare la netta discontinuità rispetto al precedente – e molto pesante – regime dittatoriale, mostrando un notevole impegno verso le riforme istituzionali, economiche e sociali, e il processo di riconciliazione nazionale, sia rispetto a chi si era strenuamente opposto alla precedente e opprimente nomenclatura, sia riguardo ai diversi gruppi etnici minoritari che caratterizzano lo Stato birmano. Proprio per segnalare la vicinanza al popolo di Myanmar e l'apprezzamento per la svolta democratica del Paese asiatico, l'AR ha aperto, il 28 aprile 2012, l'*Office of the European Union to Myanmar*⁵³, una scelta già appoggiata dalla Commissione, con una propria decisione dell'8 febbraio 2012⁵⁴, ed avallata dal Consiglio affari esteri del 23 gennaio 2012, il quale ha ribadito nelle sue conclusioni «il (...) pieno sostegno alla decisione [dell'AR] di aprire un ufficio dell'UE a Yangon», auspicandone «la pronta inaugurazione»⁵⁵. A se-

⁵² Cfr. C(2012)4805 - PE/2012/4316, *Commission Implementing Decision of 13/07/2012 Modifying the Commission Decisions and Commission Implementing Decisions for Inclusion of Libya in Relevant Regional Programmes of the Euro-Mediterranean Partnership under the European Neighbourhood and Partnership Instrument*; EuroMed, *European Commission Adopts Decision Adding Libya to Euro-Med Regional Cooperation Programmes*, 24 luglio 2012; *EU-Interpol Programme Supporting Libya Border Security*, in *The Tripoli Post*, 7 March 2013; EU / UNICEF Joint Press Release, *The European Union and UNICEF Support Libya's Education Programmes - Better Trained Teachers Are Key To Better Quality Education*, Tripoli, March 2013; Decisione n. 2013/233/PESC del Consiglio del 22 maggio 2013 sulla missione dell'Unione europea di assistenza alla gestione integrata delle frontiere in Libia (EUBAM Libia), in *Gu-Ue* n. L 138 del 24 maggio 2013, p. 15; A. GARDNER, *EU Backs Mission to Secure Libya's Borders*, in *europeanvoice.com*, 23 maggio 2013; *EU Supports Building of a New Modern Libya*, in *Libya-Business News*, 29 maggio 2012.

⁵³ HR DEC (2012) 004, European External Action Service, *Decision of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy of 7 March 2012 Regarding the Opening of an Office of the European Union to the Republic of the Union of Myanmar (Burma)*; v. anche IP/12/439, *HR/VP Catherine Ashton Opens the EU Office in Burma/Myanmar*, 28 aprile 2012; European Union, A 197/12, *Catherine Ashton Visits Burma/Myanmar to Open A New Chapter in the Relationship*, Brussels, 27 aprile 2012.

⁵⁴ PV(2012) 1989 final, *Minutes of the 1989th Meeting of the Commission Held in Brussels (Berlaymont) on Wednesday 8 February 2012*, Brussels, 22 febbraio 2012, p. 19.

⁵⁵ Consiglio dell'Unione europea, *Comunicato stampa 3142a sessione del Consiglio affari esteri*, Bruxelles, 23 gennaio 2012, p. 8; v. anche MEMO/12/102, *Statement by Andris Piebalgs, Eu Commissioner for Development from His Mission to Burma/Myanmar*, 13 febbraio 2012; SPEECH/12/273, *Catherine Ashton, EU High Representative for Foreign Affairs and*

guito del consolidamento delle riforme strutturali, e del rinnovato impegno verso uno sviluppo economico contraddistinto dalla responsabilità sociale delle imprese, dall'attenzione alla tutela ambientale e agli investimenti «responsabili», dunque caratterizzati anche da adeguati *standard* di protezione dei diritti fondamentali⁵⁶, l'Unione, per meglio realizzare i vari progetti di cooperazione con Myanmar anche in collaborazione con gli altri soggetti internazionali, e per significare la valutazione positiva della costante dedizione della nuova *leadership* birmana al rafforzamento del principio dello Stato di diritto e ad una transizione irreversibile verso la democrazia, ha quindi deciso, alla fine del 2012, di rafforzare la propria presenza *in loco* verso «a full European Union delegation»⁵⁷. Per tale «full diplomatic mission» dell'Europa⁵⁸, nel maggio 2013 è stato nominato il nuovo capodelegazione, il funzionario europeo Roland Kobia⁵⁹, divenuto «the first-ever EU Ambassador resident in Myanmar» nel settembre 2013, quando la missione europea a Yangon ha formalmente assunto lo *status* di «full-fledged EU Delegation»⁶⁰.

3.2 Il Parlamento europeo e l'apertura e/o chiusura delle delegazioni dell'Unione: il caso dell'Iran

Formalmente, la decisione SEAE non prevede alcun ruolo del Parlamento europeo nell'apertura, o nella chiusura, di una delegazione dell'Unione. Tuttavia, l'istituzione assembleare interviene frequentemente e puntualmente nella gestione delle missioni europee, definite come «the

Security Policy and Vice President of the European Commission, Speech on Myanmar, European Parliament, Strasbourg, 17 aprile 2012; European Union A 186/12, *Remarks by High Representative Catherine Ashton upon Arrival to FAC, Brussels, 23 April 2012*; European Union A 204/12, *Remarks by High Representative Catherine Ashton at the End of Her Visit to Burma/Myanmar*, 30 aprile 2012.

⁵⁶ Cfr. European Union A 276/12, Joint Statement by EU High Representative Catherine Ashton and EU Trade Commissioner Karel De Gucht on Burma-Myanmar, 15 giugno 2012; *Factsheet - The European Union and Burma/Myanmar - A New Chapter in Bilateral Relations*, 5 marzo 2013; Council of the European Union, *Council Conclusions on Myanmar/Burma*, 3236th Foreign Affairs Council Meeting, Luxembourg, 22 aprile 2013.

⁵⁷ PV(2012) 2028 final, *Minutes of the 2028th Meeting of the Commission Held in Brussels (Berlaymont) on Wednesday 19 December 2012*, Strasbourg, 15 gennaio 2013, p. 10; v. anche HR DEC(2013) 001, *cit. supra*, nota 33.

⁵⁸ English Xinhuanet.com, *Opening of EU Office Signals New Chapter of Myanmar-EU Relations*, 28 April 2012.

⁵⁹ EEAS, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Head of Delegation to Myanmar/Burma*, 31 maggio 2013.

⁶⁰ Cfr. il messaggio di benvenuto di Roland Kobia, Ambasciatore dell'Unione europea a Myanmar, pubblicato sul sito web ufficiale delle delegazione al link http://eeas.europa.eu/delegations/myanmar/about_us/welcome/index_en.htm.

eyes, ears and mouthpiece of the European Union (...) in all corners of the world»⁶¹. Così, nelle relazioni annuali sulla politica estera dell'Unione, il Parlamento europeo, anche in quanto autorità di bilancio insieme al Consiglio dell'Unione, riserva sistematicamente congruo spazio a considerazioni sulle delegazioni. Ciò sia per orientare lo sviluppo e la conduzione delle ambasciate dell'Europa, in modo tale da poter predisporre, in sede di definizione del bilancio, adeguate risorse rispetto alla pianificazione delle strutture diplomatiche della UE, sia per guadagnare spazio e spessore nella conduzione dell'azione internazionale europea, dunque pure della PESC, politica per la quale l'Assemblea non partecipa formalmente al meccanismo decisionale per l'adozione di strategie e decisioni, avendo un ruolo meramente consultivo e di controllo, che svolge attraverso periodici dibattiti, relazioni, raccomandazioni ed interrogazioni all'AR ed al Consiglio dell'Unione⁶². Così, nell'ultima Risoluzione sulla relazione annuale del Consiglio europeo sulla PESC, il Parlamento ha chiesto che venisse «riesaminata la distribuzione delle infrastrutture e la dotazione di personale delle delegazioni dell'Unione europea onde garantire che l'efficienza, la visibilità e la rappresentazione dell'Unione nei paesi terzi rifletta le nostre ambizioni politiche e le priorità previste»⁶³, sollecitando la discussione della revisione del braccio esterno del SEAE «con la commissione competente del Parlamento europeo, specialmente nei casi in cui i suoi esiti richiedano una redistribuzione delle risorse o la decisione di aprire o chiudere delegazioni nei paesi terzi»⁶⁴. In particolare, l'Assemblea ha «rinnova[to] la sua richiesta di apertura di una delegazione dell'UE in Iran»⁶⁵, caldeggiata dagli eurodeputati anche per supportare il possibile processo di cambiamento che Teheran sta attraversando dopo l'elezione di Hassam Rouhani, *leader* moderato considerato capace di modernizzare il Paese mediorientale dopo il regime repressivo di Ahmadinejad⁶⁶. Oltre che in chiave di stabilità e pacificazione, l'apertura di una missione diplomatica permanente dell'Unione, soprattutto dopo l'accordo raggiunto a Ginevra nel

⁶¹ Così European Union External Action Service, *EU in the World*, March 2014, disponibile al link http://eeas.europa.eu/index_en.htm.

⁶² Si veda l'art. 36 TUE.

⁶³ P7_TA-PROV(2013)0453, *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2013 sulla relazione annuale del Consiglio al Parlamento europeo sulla politica estera e di sicurezza comune (2013/2081(INI))*, par. 17.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Sul punto si rinvia alle considerazioni dell'eurodeputato Tarja Cronberg, che ha guidato la delegazione del Parlamento europeo nella visita ufficiale in Iran nel dicembre 2013: T. CRONBERG, *The Election of A New Iranian President Should Be A Signal for Europe to Review Its Stance Towards Tehran*, in *Theparliament.com*, 5 luglio 2013.

novembre 2013 sul programma nucleare⁶⁷ e l'atteso ritiro delle sanzioni⁶⁸, è considerata di rilevante importanza pure in termini economici⁶⁹: l'Iran, infatti, rappresenta un potenziale mercato di settantasei milioni di persone con un ottimo livello di istruzione, dotato di buone infrastrutture, estremamente ricco di petrolio e gas, e perfettamente alla portata degli esportatori europei⁷⁰.

A fronte delle ripetute e motivate richieste dell'Assemblea di aprire una nuova delegazione dell'Unione in Iran, ed all'assenza di reazioni ufficiali da parte del SEAE, l'eurodeputato Cronberg ha rivolto un'interrogazione all'Alto Rappresentante, al fine di sollecitarne una presa di posizione⁷¹. Nella risposta data da Catherine Ashton, nel dicembre 2013, si afferma che «[a]t this stage of the relations between Iran and the EU, a discussion on the possible opening of a delegation seems premature»⁷², una risposta che sorprende – e lascia interdetti – anche per la sua laconica brevità, comunicata senza motivazione alcuna. Infatti, le raccomandazioni dell'Assemblea su una presenza stabile dell'Unione nel Paese medio-orientale, che ormai si protraggono da più di due anni, indubbiamente richiedono di essere considerate con adeguata riflessione e profondità dagli analisti del Servizio europeo per l'azione esterna, le cui valutazioni servono, poi, all'AR per dar compiutamente seguito alle funzioni a tale figura attribuite dal Trattato di Lisbona. Infatti, l'art. 36, par. 1, TUE stabilisce che l'AR «consult[i] regolarmente il Parlamento europeo sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune e lo inform[i] dell'evo-

⁶⁷ V. il *Joint Plan of Action* concluso a Ginevra il 24 novembre 2013 tra l'Iran e il c.d. gruppo E3+3 3 (ossia i tre Paesi europei, Gran Bretagna, Francia e Germania, più le altre tre potenze non europee USA, Russia e Cina), il cui testo è disponibile al link http://eeas.europa.eu/statements/docs/2013/131124_03_en.pdf. Si sottolinea che, pur non espressamente contemplato nel gruppo E3-3, l'AR ha condotto i negoziati sul programma nucleare iraniano, sino all'accoglimento del testo finale del *Joint Plan of Action*: v. Permanent Delegation of the European Union to the UN Office and Other International Organizations in Geneva, *Iran Nuclear Talks - Agreement in Geneva*, 24 novembre 2013.

⁶⁸ L'Unione europea ha sospeso un primo blocco di misure restrittive nel gennaio 2014. V. decisione n. 2014/21/PESC del Consiglio del 20 gennaio 2014 che modifica la decisione n. 2010/413/PESC del Consiglio, concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, in *Gu-Ue* n. L 15 del 20 gennaio 2014, p. 22.

⁶⁹ Cfr. S. KHALOOZADEH, *The Logic Behind EU Tehran Office*, in *IDN-InDepth NewsAnalysis*, 8 gennaio 2014.

⁷⁰ V. A. RETTMAN, *Member States Want EU Embassy in Iran, MEP Says*, in *EUObserver.com*, 27 dicembre 2013; *Iran Would Review EU Embassy Request*, in *Al-Alam News Network*, 29 dicembre 2013; T. CRONBERG, *EU Doesn't Need A New Approach to Iran - It Just Needs An Approach*, in *The Guardian*, 20 gennaio 2014.

⁷¹ European Parliament, Parliamentary Question no. P-012430-13 of Tarja Cronberg, *VP/HR- Opening of an EU Delegation in Iran*, 4 November 2013.

⁷² European Parliament, Parliamentary Question no. P-012430-13 of Tarja Cronberg, *VP/HR - Opening of an EU Delegation in Iran - Answer given by High Representative/Vice-President Ashton on Behalf of the Commission*, 3 December 2013.

luzione di tali politiche», provvedendo «affinché le opinioni del Parlamento europeo siano debitamente prese in considerazione». Dunque, l'AR non può liquidare con pochi vocaboli le significative considerazioni e motivazioni svolte dell'Assemblea per supportare la propria richiesta di aprire una delegazione dell'Unione a Teheran. Inoltre, e più in generale, la costante e vivace attenzione con la quale il Parlamento europeo segue, analizza e discute l'attività delle delegazioni europee indubbiamente ne consolida la dimensione istituzionale di rappresentanza diplomatica dell'Unione, e ne rafforza l'importanza politica, che, certo, non possono essere sminuite addirittura dalla figura istituzionale – appunto, l'AR – sotto la cui autorità le missioni permanenti dell'Europa sono poste.

4. La figura ed il ruolo del capodelegazione

La gestione delle attività delle delegazioni dell'Unione è affidata al c.d. «capodelegazione», figura già presente nella precedente prassi delle missioni della Commissione europea, ora inquadrata come funzionario del SEAE nella decisione istitutiva del corpo diplomatico europeo, e contemplata anche in diversi atti di diritto secondario, volti a precisare i poteri che l'*Head of Delegation* può e deve esercitare al fine di garantire una rappresentanza esterna dell'Europa chiara ed unitaria. Riguardo all'affiliazione dell'HoD al SEAE, essa può essere desunta da una lettura congiunta delle rilevanti disposizioni della decisione n. 2010/427/Ue con l'art. 221 TFUE. Infatti, l'art. 5, par. 2, della decisione SEAE stabilisce che «ciascuna delegazione dell'Unione è posta sotto l'autorità di un capodelegazione». Raccordando tale disposizione *a.* con quanto sancito dall'art. 221, par. 2, TFUE, in base al quale l'attività dell'insieme delle missioni diplomatiche europee ricade nella responsabilità dell'AR, *b.* con il disposto della seconda frase dell'art. 5, par. 2, della decisione SEAE, relativo all'obbligo del capodelegazione di «risponde[re] all'Alto Rappresentante della gestione complessiva dei lavori della delegazione e del coordinamento di tutte le azioni dell'Unione», e *c.* con quanto previsto dalla prima frase dell'art. 5, par. 3, del medesimo atto, che codifica il potere dell'AR e del SEAE di inviare «istruzioni» al capodelegazione, per la cui «esecuzione» detta figura «è responsabile», ne deriva necessariamente l'inquadramento del capodelegazione nel SEAE.

L'insieme dei poteri attribuiti al capodelegazione fa di quest'ultimo una figura centrale per realizzare, mantenere, e promuovere coerenza, efficacia e continuità nell'attività diplomatica dell'Unione, poiché il capode-

legazione può e deve correlarsi strettamente e su base continuativa anche con la Commissione europea. Quest'ultima, in virtù dell'autonomia con la quale può organizzare la propria attività in base al diritto primario europeo⁷³, e dei poteri ad essa attribuiti sempre dal Trattato per l'attuazione e l'esecuzione delle politiche e degli atti secondari europei⁷⁴ come pure del bilancio dell'Unione⁷⁵, ha, naturalmente, rivendicato ed ottenuto, in occasione dell'approvazione della decisione SEAE, la possibilità di mantenere, nello *staff* delle delegazioni europee, «membri del personale della Commissione», ove, per l'appunto, ciò risulti «opportuno ai fini dell'*esecuzione del bilancio dell'Unione e dell'attuazione di politiche dell'Unione che esulano dal mandato del SEAE*»⁷⁶, come accade, in particolare, per la programmazione e la gestione degli strumenti finanziari per l'azione esterna⁷⁷, eseguite dalla Commissione anche attraverso propri funzionari presso le delegazioni dell'Unione. Occorre, infatti, ricordare che una parte sostanziosa dei programmi finanziati dalla UE ricadono nella responsabilità di servizi (come le direzioni generali Allargamento, Aiuto umanitario e protezione civile (ECHO), e Sviluppo e Cooperazione EuropeAid) che tratta-

⁷³ Cfr., in particolare, gli artt. 248 e 249 TFUE.

⁷⁴ V. gli artt. 290 e 291 TFUE.

⁷⁵ Secondo quanto disposto dall'art. 317 TFUE.

⁷⁶ Art. 5, par. 2, terza frase, della decisione n. 2010/427/Ue, *cit. supra*, nota 14; corsivi aggiunti.

⁷⁷ L'impianto disciplinare di tali strumenti finanziari è stato di recente rinnovato: cfr. Regolamento (Ue) n. 230/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento inteso a contribuire alla stabilità e alla pace; Regolamento (Ue) n. 231/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA II); Regolamento (Ue) n. 232/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento europeo di vicinato; Regolamento (Ue) n. 233/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento per il finanziamento della cooperazione allo sviluppo per il periodo 2014-2020; Regolamento (Ue) n. 234/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento di partenariato per la cooperazione con i Paesi terzi; Regolamento (Ue) n. 235/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e i diritti umani nel mondo; Regolamento (Euratom) n. 237/2014 del Consiglio, del 13 dicembre 2013, che istituisce uno strumento per la cooperazione in materia di sicurezza nucleare, tutti pubblicati in *Gu-Ue* n. L 77 del 15 marzo 2014, unitamente alla normativa appositamente adottata per la loro attuazione, ossia il Regolamento (Ue) n. 236/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014, che stabilisce norme e procedure comuni per l'attuazione degli strumenti per il finanziamento dell'azione esterna dell'Unione, *ivi*. Per una prima presentazione delle modifiche e delle novità degli strumenti finanziari per l'azione esterna dell'Unione v. European Parliamentary Research Service, *The Development Cooperation Instrument*, 13 February 2014; European Parliamentary Research Service, *Strumenti finanziari dell'UE per l'azione esterna*, 5 dicembre 2013; European Commission, *Development and Cooperation - EuropeAid, EU Budget and External Cooperation*, 2013, disponibile al link http://ec.europa.eu/europeaid/how/finance/mff/eu-budget_en.htm; Council of the European Union, doc. 15259/13, *Council Adopts the Multiannual Financial Framework 2014-2020*, 2 December 2013.

no materie diverse da quelle di diretta responsabilità del Vice-Presidente della Commissione, nonché Alto Rappresentante della UE, per cui sono posti sotto la responsabilità di altri Commissari. Dunque, per preservare ed esprimere la propria dinamica interna, la Commissione ha voluto mantenere la gestione diretta degli strumenti di finanziamento attraverso membri del proprio personale dislocati presso le delegazioni presenti nei Paesi terzi⁷⁸, che identificano i progetti da finanziare, in stretto coordinamento con gli Stati terzi beneficiari. Inoltre, in virtù delle sue prerogative, confermate dal Trattato di Lisbona, di istituzione deputata ad assicurare «la rappresentanza esterna dell'Unione»⁷⁹, la decisione SEAE prevede che «nei settori in cui esercita i poteri conferitile dai trattati, la Commissione [possa] anche (...) impartire istruzioni alle delegazioni, cui è data esecuzione sotto la responsabilità generale del capodelegazione»⁸⁰. Pertanto, l'*Head of Delegation* può ricevere e deve dar seguito anche alle istruzioni della Commissione europea, e ciò nonostante non sia un funzionario di tale istituzione. Si sottolinea, però, che il capodelegazione «risponde [unicamente] all'Alto Rappresentante della gestione complessiva dei lavori della delegazione e del coordinamento di tutte le azioni dell'Unione»⁸¹, mentre non vi è alcuna relazione di responsabilità con i Commissari UE, rispetto ai quali il compito del capodelegazione è, più semplicemente e come appena sopra rimarcato, quello di sovrintendere all'esecuzione delle istruzioni impartite dal Collegio alle delegazioni.

Per evitare conflitti con la disciplina pluridecennale dello Statuto dei funzionari europei, imperniata sul principio cardine del divieto di «chiedere [o] accettare istruzioni» da governi, autorità, organizzazioni o persone «estrane alla istituzione di appartenenza»⁸², si è apportata una apposita modifica a detto Statuto. Il nuovo art. 96 della normativa dedicata ai funzionari UE prevede ora che «[u]n funzionario del SEAE chiamato a svolgere compiti per conto della Commissione nel quadro delle proprie fun-

⁷⁸ V., in tal senso, A. IANNIELLO SALICETI, *Commento all'art. 35 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo - TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, Edizioni Simone, 2012, pp. 347-355, p. 349.

⁷⁹ V. l'art. 17, par. 1, TUE.

⁸⁰ Art. 5, par. 3, seconda frase, della decisione SEAE, *cit. supra*, nota 14.

⁸¹ Art. 5, par. 2, seconda frase della decisione SEAE, *loc. cit.*

⁸² V. l'art. 11 del Regolamento n. 31 (CEE) 11 (CEE) relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, in *Guce* n. 45 del 14 giugno 1962, p. 1385, da ultimo modificato dal Regolamento (Ue) n. 1240/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 che adegua, a decorrere dal 1° luglio 2010, l'aliquota del contributo al regime pensionistico dei funzionari e degli altri agenti dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 338/7 del 22 dicembre 2010.

zioni ricev[a] da quest'ultima istruzioni sull'espletamento di tali compiti, in conformità dell'articolo 221, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»⁸³. In tal modo, il capodelegazione, formalmente affiliato del corpo diplomatico europeo, viene ufficialmente inserito nel braccio operativo del Collegio, naturalmente tenendo pienamente conto della natura istituzionale *sui generis* del responsabile di una delegazione dell'Unione: il richiamo all'art. 221, par. 2, TFUE, dunque al fatto che «le delegazioni dell'Unione sono poste sotto l'autorità dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza», indica evidentemente che la Commissione, nell'impartire istruzioni e compiti a funzionari del SEAE per eseguire le politiche europee, dovrà adeguatamente raccordarsi con l'AR e lo *staff* del corpo diplomatico della UE, e non, invece, limitarsi ad annunciare direttive al di fuori di ogni possibilità di confronto e discussione. Inoltre, il nuovo art. 96 dello Statuto dei funzionari dell'Unione stabilisce anche che «[i]n deroga all'articolo 11, un funzionario della Commissione che lavora presso una delegazione dell'Unione [sia] tenuto a chiedere e ricevere istruzioni dal capo delegazione, in conformità del ruolo previsto per quest'ultimo dall'articolo 5 della decisione 2010/427/UE del Consiglio, del 26 luglio 2010, che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna». Il legislatore europeo ha voluto, così, inequivocabilmente superare ogni eventuale perplessità del personale dell'esecutivo di Bruxelles sul dovere di collaborazione con il responsabile della delegazione, che, come già sottolineato, è stato investito dalla decisione istitutiva del SEAE del compito di garantire il coordinamento di tutte le azioni dell'Unione e di assicurare una gestione «complessiva», dunque coerente, dei lavori della rappresentanza europea, indipendentemente dal fatto che riguardino solo questioni PESC o meno⁸⁴.

Nel preambolo della decisione SEAE è posta una regola di trasparenza, in base alla quale «quando la Commissione impartirà istruzioni alle delegazioni, essa ne trasmetterà nel contempo una copia al capodelegazione ed all'amministrazione centrale del SEAE»⁸⁵, e si richiede al Collegio ed al SEAE di concordare «le modalità di comunicazione delle istruzioni della Commissione alle delegazioni», nell'evidente intento di scongiurare un abuso dell'esecutivo di Bruxelles del suo diritto a corrispondere direttamente con il proprio *staff* distaccato presso una rappresentanza dell'Unio-

⁸³ V. Regolamento (UE, Euratom) n. 1080/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di tali Comunità, in *Gu-Ue* n. L 311 del 26 novembre 2010, p. 8.

⁸⁴ Cfr. l'art. 5, par. 2, seconda frase della decisione n. 2010/427/Ue, *cit. supra*, nota 14.

⁸⁵ *Considerando* n. 13 del preambolo della decisione n. 2010/427/Ue, *loc. cit.*

ne, come pure con i funzionari del SEAE «when carrying out tasks for the Commission as part of their duties»⁸⁶, pregiudicando coerenza ed efficacia dell'azione esterna dell'Europa laddove le istruzioni della Commissione risultino in conflitto con l'impostazione del capodelegazione, come definita dall'AR e dal SEAE. I problemi di coordinamento non sono mancati in particolare nella prima fase di assestamento della nuova *governance* delle delegazioni UE: in presenza della costante preferenza del Collegio a trasmettere direttamente le proprie istruzioni ai propri funzionari distaccati presso le missioni europee, ignorando sistematicamente i capidelegazione, diverse sono state le doglianze degli Stati membri⁸⁷. Pertanto, nei *working arrangements* concordati all'inizio del 2012, i servizi della Commissione europea ed il SEAE hanno sottolineato che il Collegio può impartire le proprie istruzioni alle delegazioni solo coinvolgendo pienamente anche il capodelegazione, il quale ha la «overall responsibility» per la loro esecuzione⁸⁸. Inoltre, nella decisione congiunta del marzo 2012 adottata da Commissione ed AR proprio con specifico riferimento ai meccanismi di cooperazione per la gestione delle delegazioni dell'Unione, è stato creato l'EUDEL (*Steering Committee for Delegations*), il comitato misto di orientamento formato da funzionari del SEAE e della Commissione, che, riunendosi a vari livelli, è preposto a definire in comune le linee guida per i piani annuali di gestione delle missioni europee, per la definizione dei rapporti annuali delle loro attività, nonché le determinazioni di carattere politico ed amministrativo relative alle delegazioni, istituendo, così, una struttura permanente di costante coordinamento tra Collegio e Servizio chiaramente volta a realizzare una sistematica sinergia a supporto dell'efficacia del lavoro delle rappresentanze dell'Unione⁸⁹.

Coerentemente alla responsabilità complessiva per la conduzione della totalità delle attività delle delegazioni dell'Unione, il capodelegazione ha ricevuto poteri amministrativo-finanziari, oltre che per le questioni SEAE,

⁸⁶ European Commission, European External Action Service, *Note to the Heads of Delegation – Management of Staff in Delegations*, Brussels, 20 dicembre 2011, p. 2.

⁸⁷ Cfr. T. VOGEL, *Ashton on Defensive over EU's Diplomatic Service*, in *European-voice.com*, 5 gennaio 2012, il quale riporta che «[t]he Commission routinely issues direct instructions to Commission staff working in EU delegations instead of routing them through the Head of Delegation».

⁸⁸ «[T]he Commission can, through the Head of Delegation, call on EU Delegations to carry out activities related to policy implementation, demarches and policy advocacy on issues of Commission competences (e.g. trade, humanitarian affairs, etc.)» (SEC(2012) 48, *Working Arrangements between Commission Services and the European External Action Service (EEAS) in Relation to External Relations Issues*, Brussels, 13 gennaio 2012, p. 3).

⁸⁹ V. JOIN(2012) 8 final, *Joint Decision of the Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy on Cooperation Mechanisms Concerning the Management of Delegations of the European Union*, 28 March 2012.

anche per le azioni ricadenti nell'ex primo pilastro. Pertanto, in base all'art. 8 della decisione SEAE, il capodelegazione può ricevere dall'AR la delega ad eseguire il bilancio amministrativo del SEAE relativo alla rappresentanza europea. Parimenti, la Commissione può delegare il Responsabile delle missioni dell'Unione ad adottare decisioni di spesa. Infatti, l'art. 5, par. 4, della decisione n. 2010/427/Ue stabilisce che «il capodelegazione [dia] esecuzione agli stanziamenti operativi collegati ai progetti dell'Unione nel paese terzo in questione, in caso di sottodelega della Commissione» in conformità del Regolamento finanziario della UE. Quest'ultimo è stato conseguentemente modificato per renderlo coerente con la decisione SEAE, garantendo la necessaria «continuità del funzionamento delle delegazioni dell'Unione e in particolare la continuità e l'efficienza della gestione dell'aiuto esterno da parte delle delegazioni»⁹⁰. L'attuale art. 56 del Regolamento finanziario dell'Unione europea prevede, dunque, che la Commissione possa ora «delegare i propri poteri d'esecuzione del bilancio relativamente agli stanziamenti operativi figuranti nella sua sezione ai capi delle delegazioni dell'Unione», informandone «al contempo l'Alto Rappresentante»⁹¹. Naturalmente, laddove agiscano «in qualità di ordinatori sottodelegati della Commissione, i capi delle delegazioni dell'Unione applicano le norme della Commissione in materia di esecuzione del bilancio e sono soggetti agli stessi doveri, obblighi e responsabilità di tutti gli altri ordinatori sottodelegati della Commissione»⁹², e devono, pertanto, collaborare «strettamente con la Commissione con riguardo alla corretta esecuzione dei fondi, al fine di garantire in particolare la legittimità e la regolarità delle operazioni finanziarie, il rispetto del principio della sana gestione finanziaria nella gestione dei fondi e l'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione»⁹³. Pertanto, «in qualità di ordinatori sottodelegati della Commissione», gli HoD «fanno capo» al Collegio «in quanto istituzione responsabile della definizione, dell'esercizio, della sorveglianza e della valutazione delle loro funzioni e responsabilità di ordina-

⁹⁰ Settimo *considerando* del Regolamento (UE, EURATOM) n. 1081/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 recante modifica del Regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale delle Comunità europee, relativamente al servizio europeo per l'azione esterna, in *Gu-Ue* n. L 311 del 26 novembre 2010, p. 9.

⁹¹ Regolamento (UE, EURATOM) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il Regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002, in *Gu-Ue* n. L 298 del 26 ottobre 2012, p. 1.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Art. 67, par. 1, del Regolamento finanziario dell'Unione, *loc. cit.*

tori sottodelegati»⁹⁴. Nelle parole del Tribunale dell'Unione europea, il rapporto che si viene, così, ad instaurare a seguito della delega dei poteri di esecuzione del bilancio dell'Unione è quello di un «ruolo di assistenza» delle delegazioni dell'Unione alla Commissione, nell'ambito del quale «gli atti adottati in forza dei poteri delegati sono normalmente attribuiti all'istituzione delegante, alla quale spetta difendere in giudizio l'atto di cui trattasi»⁹⁵.

Tali compiti amministrativo-finanziari si stanno rivelando particolarmente pesanti per i capidelegazione, dando anche luogo a situazioni di accesa conflittualità da parte dei privati che partecipano alle procedure di aggiudicazione di appalti di beni e servizi nell'ambito dei programmi europei di assistenza esterna, i quali non hanno, a volte, esitato a portare in giudizio anche le stesse delegazioni dinanzi al pilastro giurisdizionale dell'Unione⁹⁶. Le funzioni amministrativo-finanziarie delegate assorbono una notevole parte delle attività degli HoD, a discapito dell'importante ruolo politico e di coordinamento che i responsabili delle missioni europee sono chiamati ad esercitare, e ciò anche in ragione del fatto che i capidelegazione, a seguito dell'istituzione del SEAE, sono spesso diplomatici degli Stati membri, dunque non avvezzi alle procedure burocratiche, in particolare, della Commissione, con inevitabile allungamento dei tempi e maggiori incertezze nella definizione delle decisioni di finanziamento. Pertanto, sia in dottrina che negli ambienti diplomatico-istituzionali, si suggerisce in modo sempre più marcato l'opportunità di intervenire nuovamente sul Regolamento finanziario della UE, per permettere la delega dell'amministrazione finanziaria anche ai vice-capidelegazione e al personale della Commissione⁹⁷, consentendo ai Responsabili delle missioni europee di

⁹⁴ Art. 65, par. 6, del Regolamento finanziario dell'Unione, *cit. supra*, nota 91.

⁹⁵ Ordinanza del Tribunale del 4 giugno 2012 in causa n. T-395/11, *Elti d.o.o. c. Delegazione dell'Unione europea in Montenegro*, EU:T:2012:274, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 44 e 62.

⁹⁶ Oltre al caso *Elti*, appena richiamato, si ricordano qui ordinanza del Tribunale del 30 giugno 2011 in causa n. T-264/09, *Tecnoprocess Srl c. Commissione europea e Delegazione dell'Unione europea in Marocco*, in *Raccolta*, 2011, II, p. 208, EU:T:2011:319; Order of the General Court of 13 September 2012 case n. T-369/11, *Diadikasia Symboloi Epicheiriseon AE c. European Commission, EU Delegation to Turkey and Central Finance & Contracts Unit (CFCU)*, EU:T:2012:425, non disponibile nella versione italiana e non ancora pubblicato in *Raccolta*.

⁹⁷ V., in particolare, quanto affermato dall'AR nel luglio 2013 nel riesame sull'organizzazione ed il funzionamento del SEAE, ove, nella sezione dedicata ai «Financial Circuits in Delegations», si afferma che «[h]istorically the Head of Delegation could delegate to their deputy the day to day management of external assistance programmes and had flexibility in small delegations for Commission staff to be involved in the management of administrative expenditure. Since the arrival of the EEAS both are no longer allowed creating a major administrative burden for Heads of Delegation who are therefore often required to devote disproportionate time to signing off on minor transactions. The EEAS believes it is of paramount impor-

concentrarsi sui compiti di alta politica ad essi conferiti, dedicando maggior tempo ed energie all'importante ruolo di coordinamento per un'azione esterna coerente ed efficace delineato dal complessivo quadro giuridico ad essi dedicato dal sistema istituzionale dell'Unione, «facilitando in tal modo la gestione e il buon funzionamento delle delegazioni»⁹⁸.

La rilevanza ora assegnata alla figura del capodelegazione trova la sua più significativa espressione in quanto sancito dall'art. 5, par. 8, della decisione SEAE. In base a tale disposizione, infatti, «il capodelegazione è abilitato a rappresentare l'Unione nel paese in cui è accreditata la delegazione, in particolare nella conclusione dei contratti e come parte in giudizio». Il responsabile di una missione europea, pertanto, ha la capacità di compiere dichiarazioni e interventi politici (*démarches*), avviare ed eseguire contatti e dialoghi rappresentando compiutamente l'Unione europea come soggetto internazionale. Oltre che da una copiosissima prassi, la funzione cruciale assegnata ai capidelegazione si evince con la massima chiarezza dalla semplice lettura della disposizione riportata, la quale recita che il capodelegazione è abilitato «in particolare» – e non, invece, «esclusivamente» o «unicamente» – a rappresentare l'Unione per stipulare negozi e agire o resistere nei procedimenti giudiziari nello Stato terzo presso il quale la missione europea è stabilita. L'ampia portata di tale disposizione è confermata dall'esame del contesto nel quale essa è collocata. L'art. 5, par. 8, della decisione SEAE, infatti, va ricordato con il par. 2 della medesima disposizione, ai sensi del quale, come già visto, al capodelegazione è conferita «l'autorità» a guidare la sede diplomatica dell'Unione cui è

tance to solve this quickly and look to this review to effect some change in the shortest possible timescale. Great efforts have been made in dialogue to resolve these issues but to no effect so far. The EEAS is unable to make proposals of a legislative nature by itself, and must therefore rely on the Commission. The EEAS wishes to see changes to the Financial Regulation that would enable financial "circuits" in delegations to work better. Heads of Delegation raise this issue on a regular basis (...) The EEAS therefore recommends that the Commission puts forwards proposals on this at the earliest opportunity» (European External Action Service, *EEAS Review*, Bruxelles, July 2013, pp. 11-12). Cfr. anche S. DUKE, *Reflections on the EEAS Review*, in *EFA Rev.*, 2014, pp. 23-44; S. DUKE, *The European External Action Service: Antidote Against Incoherence?*, in *EFA Rev.*, 2012, pp. 45-68; *Joint Letter from the Foreign Ministers of Belgium, Estonia, Finland, France, Germany, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Poland and Sweden To the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and Vice President of the European Commission, Catherine Ashton*, 8 December 2011, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afet/dv/201/201203/20120321_fmletter_en.pdf.

⁹⁸ P7_TA-PROV(2013)0278, *Raccomandazione del Parlamento europeo del 13 giugno 2013 destinata all'Alto Rappresentante dell'Unione per la politica estera e di sicurezza/vicepresidente della Commissione europea, al Consiglio e alla Commissione sulla revisione 2013 relativa all'organizzazione e al funzionamento del SEAE (2012/2253(INI))*, par. 19. Su tale raccomandazione cfr. C. DELCOURT, *Suggestions du Parlement européen dans la perspective d'un examen de l'organisation et du fonctionnement du SEAE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, pp. 585-587.

preposto nell'interesse delle sue attività: l'HoD è, quindi, la figura di vertice di ogni delegazione europea, che meglio può garantire, esprimere e manifestare la coerenza nella rappresentanza internazionale dell'Europa. I significativi poteri attribuiti al capodelegazione per rappresentare l'Unione naturalmente includono una funzione di coordinamento rispetto allo *staff* della missione europea: l'HoD, che riceve istruzioni dall'AR come pure dalla Commissione, dovrà adoperarsi per far convergere e ricondurre ad unità impostazioni suscettibili di incompatibilità, in modo tale da trasmettere un chiaro e singolo messaggio al Paese terzo o all'organizzazione internazionale presso i quali rappresenta l'Europa. Il capodelegazione potrà certo richiedere a funzionari della missione europea facenti capo alla Commissione o al SEAE di esprimere la posizione dell'Unione, ma detti funzionari non potranno fare dichiarazioni pubbliche non previamente concordate con l'HoD. In particolare, il personale della Commissione distaccato presso una delegazione non potrà dar seguito alle richieste provenienti da Bruxelles laddove divergano dalla sintesi operata dal capodelegazione, che dovrà farsi carico di appianare i contrasti discutendo con gli uffici SEAE e della Commissione, assicurando l'unità della diplomazia dell'Unione.

5. Il processo di accreditamento del capodelegazione, il titolo di «Ambasciatore», e la sua classificazione nell'ordine protocollare dello Stato accreditatario

L'importante e piena funzione rappresentativa del capodelegazione ovviamente trova adeguata considerazione nelle procedure di accreditamento osservate per tale figura di vertice. La prassi post-Lisbona dell'accREDITAMENTO del capodelegazione si inserisce nella pregressa esperienza della Comunità europea, avviata già negli anni Settanta, e nell'ambito della quale le lettere credenziali dei capi delle missioni della Commissione erano firmate unicamente dal Presidente di tale istituzione europea. Attualmente, la sottoscrizione di dette lettere vede affiancati il Presidente del Consiglio europeo ed il Presidente della Commissione europea, una "doppia firma" che simboleggia l'insieme dell'azione internazionale dell'Unione, nella sua componente di politica "estera" e di politiche "esterne"⁹⁹. So-

⁹⁹ Sulla doppia firma delle lettere credenziali, in un contesto che contempla l'azione internazionale dell'Unione nella sua interezza, cfr. le dichiarazioni del capo della delegazione dell'Unione in Sierra Leone: «[i]t is a great honour for me to present to Your Excellency, together with the letter of recall of my predecessor, the Letters of Credence by which the President of the European Council and the President of the European Commission have

litamente presentate al Presidente dello Stato accreditatario¹⁰⁰, come pure al Ministro degli affari esteri del Paese ospitante, «on behalf of the European Council President (...) [the] Commission President ... [and] under the authority of [the EU] High Representative», così esprimendo il complesso e delicato equilibrio istituzionale dell'azione internazionale dell'Unione¹⁰¹, le *lettres d'agrément* del capodelegazione richiedono al Paese terzo di dare credito a tutto ciò che l'HoD possa dichiarare a nome dell'Unione europea, secondo la prassi universale delle *letters of credence*¹⁰². Inoltre, sin dagli anni Ottanta, nelle procedure di accreditamento si richiede che lo Stato terzo conceda «the rank and courtesy title of Ambassador» al capodelegazione dell'Unione¹⁰³, titolo che viene, ormai, sistematicamente concesso anche dalle organizzazioni internazionali. Ad esempio, nella sua *letter of credentials*, Joao Vale de Almeida, il primo capo della delegazione dell'Unione presso gli Stati Uniti ad essere nominato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, esordisce proprio richiamando il titolo che tradizionalmente caratterizza i rappresentanti diplomatici posti alla guida delle missioni permanenti degli Stati: «[a]s I assume *the role of*

nominated me as Head of the Delegation of the European Union to the Republic of Sierra Leone» (*Remarks by Ambassador Peter Versteeg, Head of Delegation of the European Union on the Occasion of the Presentation of his Credentials to His Excellency, Dr Ernest Bai Koroma, President and Head of State of the Republic of Sierra Leone*, 28 November 2013).

¹⁰⁰ Cfr., ad esempio, Delegation of the European Union to Belarus, *Head of EU Delegation to Belarus Ambassador Maira Mora Handed in the Letters of Credence to the President of Belarus*, 20 September 2011.

¹⁰¹ La formula riportata nel testo caratterizza le dichiarazioni ufficiali degli HoD in occasione della presentazione delle loro credenziali. Cfr., ad esempio, il comunicato di Gilles Hervio in occasione del suo insediamento presso la delegazione UE nello Zambia: «[i]t is (...) with a strong sense of purpose that I present my credentials. On behalf of European Council President Herman Van Rompuy and Commission President José Manuel Barroso, and under the authority of High Representative Catherine Ashton, I look forward to the privilege of representing the interests of the entire European Union and contributing to the deepening of our relations» (*Statement of the Presentation of Credentials by Mr Gilles Hervio, Ambassador and Head of Delegation of the European Union to Zambia*, 3 February 2011). Sul «complex and sensitive power sharing» che contraddistingue il quadro istituzionale delle relazioni esterne dopo il Trattato di Lisbona v. R. A. WESSEL, *New Diplomatic Activities of the European Union and the Limits of International Law*, Report Presented at the ILA Seminar, the University of Sheffield, UK, 7 November 2013, disponibile al link <http://www.utwente.nl/mb/pa/research/wessel/wesselconf10.pdf>.

¹⁰² «[T]he (...) phrase asking that credit may be given to all that the agent may say in the name of his sovereign or government is of universal application. This is what constitutes the essential part of a Letter of Credence», in I. ROBERTS (ED.), *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 62; v. anche J. WOUTERS - S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 31-49, p. 40.

¹⁰³ Sul punto cfr. in dottrina P. DE SCHOUTHEETE - S. ANDOURA, *The Legal Personality of the European Union*, Working Paper European Affairs Program, Egmont Royal Institute for International Relations, 2007, a p. 7; V. DIMIER - M. MCGEEVER, *Diplomats Without a Flag: The Institutionalization of the Delegations of the Commission in African, Caribbean and Pacific Countries*, in *JCMS*, 2006, pp. 483-505, p. 496.

the European Union's Ambassador and Head of Delegation to the United States, I am mindful of being the first to do so since the entry into force of the Lisbon Treaty. Since taking effect in December 2009, the Treaty has enhanced the Union's capacity to operate more effectively and act more cohesively»¹⁰⁴.

Nella lista diplomatica, l'HoD è inserito dopo gli ambasciatori degli Stati, e non, invece, nella sezione dedicata ad elencare i rappresentanti delle organizzazioni internazionali¹⁰⁵. In tal modo, lo status *sui generis* dell'Unione europea quale attore diplomatico internazionale viene manifestato attraverso l'inclusione del capodelegazione nel gruppo degli ambasciatori degli Stati, non parificando, però, in modo completo il primo ai secondi, poiché il posizionamento sistematico del responsabile della delegazione dell'Unione alla fine dell'elenco degli ambasciatori non riflette l'ordine di precedenza fissato per i capi delle missioni diplomatiche dall'art. 16 CVRD, basato sulla data e l'ora in cui i capi missione hanno assunto le loro funzioni – data ed ora che, a loro volta, coincidono con la presentazione delle credenziali, oppure con la notifica dell'arrivo del responsabile della delegazione e di una copia conforme della lettera credenziale alle autorità competenti dello Stato accreditario¹⁰⁶. Nella Lista diplomatica dell'Australia, ad esempio, Sem Fabrizi, l'attuale capodelegazione dell'Unione, che ha presentato le proprie credenziali il 25 settembre 2013, figura dopo Thanh Nghi Luong, ambasciatore del Vietnam, le cui credenziali sono state ricevute il 27 febbraio 2014¹⁰⁷. Tale prassi ha oramai dato vita al principio del congelamento dell'anzianità¹⁰⁸, una eccezione

¹⁰⁴ Extract from the Letter of Credentials from Ambassador Vale de Almeida to President of the United States Barack Obama, 10 August 2010, corsivo aggiunto. Sulla presentazione delle credenziali dell'Ambasciatore Vale de Almeida e delle linee guida del suo mandato v. anche J. COMENETZ, *New EU Ambassador Hopes to Elucidate Post-Lisbon Europe*, in *The Washington Diplomat*, August 2010; EU News, *New European Union Ambassador Presents His Credentials*, Washington, 10 August 2010.

¹⁰⁵ Cfr., ad esempio, Australian Government - Department of Foreign Affairs and Trade, *Diplomatic List and List of Representatives of International Organisation*, March 2014.

¹⁰⁶ V. l'art. 13 CVRD: «1. Si considera che il capo missione abbia assunto le sue funzioni nello Stato accreditario quando egli abbia presentato le lettere credenziali o abbia notificato il suo arrivo e una copia conforme delle sue lettere credenziali sia stata presentata al Ministero degli affari esteri dello Stato accreditario o ad altro Ministero se così convenuto, secondo la prassi in vigore nello Stato accreditario, che deve essere applicata in maniera uniforme. 2. L'ordine di presentazione delle lettere credenziali o di una copia conforme di tali lettere è determinato dalla data e dall'ora di arrivo del capo missione».

¹⁰⁷ V. Australian Government - Department of Foreign Affairs and Trade, *Diplomatic List and List of Representatives of International Organisation, Heads of Diplomatic Missions Ordered by Precedence - Ambassadors and High Commissioners*, disponibile al link <http://protocol.dfat.gov.au/HeadOfMission/list.rails>.

¹⁰⁸ «Principle of freezing of seniority», come espresso da J. WOUTERS - S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 31-49, p. 44.

sull'ordine protocollare nelle relazioni tra Unione europea e Stati terzi rispetto alla regola espressa dalla Convenzione di Vienna del 1961, eccezione che, però, a sua volta, già conosce una deroga. Infatti, il Ministero degli affari esteri del Canada elenca l'Unione europea, in ordine alfabetico, tra le missioni diplomatiche degli Stati; e, conseguentemente, nel proprio ordine protocollare (*order of precedence*) colloca l'Ambasciatore della Delegazione ad Ottawa in ordine cronologico, tra i capi missione degli Stati – più precisamente, Sua Eccellenza Marie Anne E.L.L.G Coninsx, che ha assunto le funzioni di capodelegazione della UE il 3 ottobre 2013, si trova tra l'ambasciatore del Benin, Sua Eccellenza Comlan Pamphile Goutondji, le cui credenziali sono state presentate nella stessa data, e quello della Polonia, Sua Eccellenza Marcin Rafal Bosackim, la cui *letter of credence* risulta essere stata notificata il 30 ottobre 2013¹⁰⁹.

I capidelegazione vengono nominati dall'AR. Analogamente a quanto accade per i capi delle missioni diplomatiche di uno Stato (cfr. l'art. 4 CVRD), l'Unione deve previamente assicurarsi che la persona che intende accreditare come capodelegazione abbia ricevuto il gradimento dello Stato accreditatario, come puntualizzato nei comunicati stampa predisposti dall'AR per annunciare la designazione dei nuovi ambasciatori dell'UE: «to complete appointments, an accreditation request for a new Head of Delegation is sent to the host country. The selected candidate may take up duty only once accreditation of the host country has been granted and a number of administrative formalities have been completed»¹¹⁰.

Il Parlamento europeo avrebbe voluto essere coinvolto a pieno titolo nella designazione dei capi delegazione. Tuttavia, l'Assemblea non ha ottenuto l'inserimento di una regola *ad hoc* nel testo finale della Decisione

¹⁰⁹ Cfr. Foreign Affairs and International Trade Canada, *Office of Protocol - Foreign Representatives in Canada - Ambassadors by Order of Precedence*, in <http://w03.international.gc.ca/Protocol-Protocole/Ambassador-Ambassadeur.aspx?lang=eng>.

¹¹⁰ European Union, Press Release A 287/13, *EU High Representative Catherine Ashton Appoints New Heads of EU Delegations to Moldova, Nepal and Venezuela*, 4 April 2013; European Union, Press Release A 236/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints Six New Heads of EU Delegations*, 2 May 2013; European Union, Press Release A 304/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Heads of EU Delegations to Peru and Serbia*, 7 June 2013; European Union, Press Release A 319/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints 12 New Heads of EU Delegations*, 14.7.2013; European Union A 340/13, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Chair of the Political and Security Committee, a New Head of Delegation/EU Special Representative to Afghanistan and New Heads of Delegations to Mauritania and Sierra Leone*, 21 July 2013; European Union, Press Release A 398/13, *High Representative Catherine Ashton appoints new Heads of Delegation to Ethiopia and to Rwanda*, 24 July 2013; European Union External Action Service, Press Release 130925/01, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Heads of Delegation to Burundi and to Uganda*, 25 September 2013; European Union External Action Service, Press Release 140224/02, *High Representative Catherine Ashton Appoints New Head of EU Delegation to Turkey*, 24 February 2014.

istitutiva del SEAE, anche se nella Dichiarazione sulla responsabilità politica presentata dall'Alto Rappresentante al Parlamento europeo, Catherine Ashton si è impegnata a «risponder[e] affermativamente a richieste del Parlamento europeo affinché i capi delegazione (...) nominati in paesi e organizzazioni che il Parlamento ritenga strategicamente importanti compaiano dinanzi all'AFET [Commissione affari esteri dell'Assemblea di Strasburgo] per uno scambio di punti di vista (diverso dalle audizioni) prima di assumere le proprie funzioni», e a «facilit[are] la presenza dei capi delegazione (...) nelle commissioni e sottocommissioni parlamentari competenti in modo che forniscano informazioni regolari»¹¹¹.

L'AR ha mantenuto l'impegno assunto in occasione dell'adozione della decisione SEAE, cosicché gli HoD incontrano sistematicamente gli eurodeputati, in particolare nell'ambito della Commissione affari esteri, precedentemente all'avvio del loro incarico di ambasciatori dell'Unione. Tuttavia, si segnala qui che lo scambio di vedute dei parlamentari europei con i diplomatici appena nominati avviene sistematicamente secondo la formula dell'*in camera meeting*, dunque a porte chiuse¹¹². Tale prassi non ci pare adeguata rispetto al principio di trasparenza, oramai incontrastatamente considerato un principio generale del sistema giuridico dell'Unione¹¹³, richiamato anche dal Regolamento interno della stessa Assemblea europea¹¹⁴. Indubbiamente si può ipotizzare che diversi temi di

¹¹¹ Adozione della decisione del Consiglio che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) - (2010/C 210/01) - Progetto di dichiarazione dell'Alta rappresentante sulla responsabilità politica, in *Gu-UE* n. C 210 del 3 agosto 2010, p. 1, par. 5 e 7; v. anche L. ERKELENS - S. BLOCKMANS, *Setting up the European External Action Service: An Institutional Act of Balance*, CLEER Working Papers 2012/1.

¹¹² Si vedano, ad esempio: European Parliament, AFET(2010)1130_1, Committee on Foreign Relations, *Draft Agenda of the Meeting of 30 November - 1-2 December 2010* (Exchange of views with Philip Dimitrov, newly appointed EU Head of Delegation in Georgia); European Parliament, AFET(2013)0617_1, Committee on Foreign Affairs, *Draft Agenda of the Meeting of 17-18 June 2013* (Exchange of views with Pirkka Tapiola, newly appointed Head of EU Delegation to Moldova, in compliance with the Declaration on Political Accountability of the HR/VP); European Parliament, AFET(2013)0916_1, Committee on Foreign Affairs, *Draft Agenda of the Meeting of 16-17 September 2013* (Exchange of views with Franz-Michael Skjold Mellbin, newly appointed Head of EU Delegation/EU Special Representative to Afghanistan, in compliance with the Declaration on Political Accountability of the HR/VP); European Parliament, AFET(2014)0317_2, Committee on Foreign Affairs, *Draft Agenda of the Meeting of 17-18 March 2014* (Exchange of views with Stefano Manservigi, newly appointed Head of the EU Delegation in Ankara, in compliance with the Declaration on Political Accountability of the HR/VP).

¹¹³ Cfr. l'art. 1, par. 2, TUE: «[i]l presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini» (corsivo aggiunto). Su tale principio cfr., ex multis, A. ALEMANNO, *Unpacking the Principle of Openness in EU law: Transparency, Participation and Democracy*, in *ELR*, 2014, pp. 72-90.

¹¹⁴ «Il Parlamento assicura la massima trasparenza delle sue attività in linea con le disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 2 del Trattato sull'Unione europea, dell'articolo 15 del

politica internazionale richiedano di essere trattati e discussi rispettando le regole della confidenzialità. Tuttavia, la necessità di svolgere a porte chiuse i colloqui con i capidelegazione dovrebbe, a nostro avviso, essere determinata di volta in volta, ed adeguatamente motivata. Del resto, l'art. 96 del Regolamento del Parlamento prevede, in riferimento alla trattazione della PESC, che le Commissioni parlamentari si possano riunire a porte chiuse «[i]n via eccezionale, su richiesta del Vicepresidente/Alto Rappresentante». L'Assemblea europea, pertanto, anche laddove debba decidere su istanza dell'AR, non può automaticamente ed acriticamente optare per la formula dell'*in camera meeting*, facendosi scudo con la natura internazionale delle tematiche affrontate dagli HoD. Infatti, poiché è sul piano internazionale che vengono assunte decisioni strategiche e prese di posizione sempre più rilevanti per i cittadini dell'Unione e le politiche europee, la dimensione esterna di una questione non può più meccanicamente implicare la pretesa della confidenzialità. Occorre affrontare l'imprescindibile esigenza di una piena cognizione di quanto si determina nella politica internazionale, al fine di rispettare il principio di democrazia e partecipazione, sul quale è incentrato il funzionamento istituzionale dell'Unione europea¹¹⁵. Conseguentemente, il Parlamento europeo dovrebbe adoperarsi per rendere pubblici – almeno in parte – gli incontri con i rappresentanti diplomatici dell'Unione.

6. Le funzioni delle delegazioni dell'Unione

La disamina delle attività delle delegazioni rivela una gamma estremamente ampia di rilevanti compiti ed azioni, che dimostra capacità organizzativa – pur perfettibile e migliorabile – da parte del SEAE, delle istituzioni dell'Unione, come pure degli Stati membri, i quali hanno saputo trasformare «a few words in the Lisbon Treaty into a global foreign policy service»¹¹⁶. In particolare, l'esercizio del diritto di legazione attivo dell'Unione presenta molte affinità con le funzioni classicamente svolte dalle ambasciate, e dai consolati, degli Stati¹¹⁷. Pertanto, esso si presta ad essere

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (art. 103, par. 1, del Regolamento del Parlamento europeo, marzo 2014).

¹¹⁵ V. le disposizioni del Titolo II del Trattato sull'Unione europea (artt. 9-12 TUE).

¹¹⁶ C. ASHTON, *Foreword*, in European External Action Service, *EEAS Review*, Bruxelles, July 2013, p. 1.

¹¹⁷ V. E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, cit. *supra*, nota 43, p. 133 ss.; M. MELLONI, *Commento all'art. 221 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di),

illustrato seguendo la categorizzazione che l'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche fa delle funzioni delle missioni statali¹¹⁸, disposizione il cui elenco di attività diplomatiche pare proprio sistematicamente ispirare la presentazione del ruolo delle delegazioni dell'Unione nei rispettivi siti internet ufficiali¹¹⁹.

Come già considerato, e come si continuerà ad illustrare nei paragrafi seguenti, conformemente al dettato dell'art. 221 TFUE, le delegazioni rappresentano l'Unione presso i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali – si tratta della funzione di rappresentanza contemplata dalla lett. *a.* dell'art. 3, par. 1, della CVRD, che elenca tra i compiti di una missione diplomatica quella di «rappresentare lo Stato accreditante presso lo Stato accreditatario». Le rappresentanze europee, infatti, costituiscono il collegamento permanente dell'Unione con lo Stato terzo o l'ente intergovernativo. Esse assicurano, così, la piena partecipazione dell'Unione alla vita internazionale, e pure interna, dello Stato accreditatario, approntando contatti strutturati e sistematici con gli organi nazionali competenti per le questioni sia internazionali che interne. Oltre a presentare ufficialmente le dichiarazioni di politica estera dell'Unione alle autorità preposte del Paese terzo, le delegazioni intervengono, quindi, con note e documenti in questioni interne dello Stato ospite, in particolar modo sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali. Ad esempio, nell'ambito della lotta dell'Unione europea per l'abolizione della pena di morte, si ricordano qui le numerose lettere inviate dal Capo della delegazione dell'Unione presso gli Stati Uniti d'America alle autorità degli Stati federati, attraverso le quali sono rivolti appelli umanitari a favore dei condannati all'esecuzione capitale¹²⁰. Inoltre, le delegazioni rappresentano l'Unione presso le organizzazioni internazionali, rispetto alle quali la UE può essere membro od osservatore, partecipando ai lavori dei vari organi intergovernativi, presentando le posizioni europee, e, laddove l'Europa ne abbia il diritto, manifestando il voto dell'Unione¹²¹.

Codice dell'Unione europea operativo - TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Napoli, Edizioni Simone, 2012, pp. 1644-1647.

¹¹⁸ Per una disamina di tale disposizione v. A. TANZI, *Relazioni diplomatiche*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, vol. XIII, UTET, 1996, pp. 122-147.

¹¹⁹ V. <http://eeas.europa.eu/delegations/>

¹²⁰ Da ultimo v. *Georgia v. Warren Lee - EU Letter to Georgia Governor Nathan Deal*, Feb 13, 2013, riportata insieme alle altre iniziative della delegazione di Washington D.C. in <http://www.euintheus.org/what-we-do/policy-areas/democracy-and-human-rights/torture-and-capital-punishment/death-penalty/>; v. anche EEAS, *Background: The Death Penalty and the EU's Policy on its Abolition*, July 2013.

¹²¹ Su questo aspetto v., *infra*, par. 8.

Le delegazioni proteggono, inoltre, gli interessi dell'Unione – naturalmente anche sotto il profilo della promozione dei valori dell'azione esterna europea, come la promozione del diritto internazionale e dello sviluppo sostenibile, l'eliminazione della povertà e la tutela dei diritti fondamentali, codificati agli artt. 3, par. 5 e 21, TUE – attraverso un'attività di controllo del rispetto degli accordi internazionali sottoscritti insieme allo Stato accreditatario, come pure dei programmi di cooperazione ed assistenza esterna finanziati con fondi europei. Le delegazioni dell'Unione svolgono un ruolo fondamentale nell'attuazione dell'assistenza esterna (*external assistance*), in particolare a seguito della devoluzione operata dalla Commissione europea nel 2000 per far sì che l'azione dell'Unione fosse più rapida ed efficiente¹²². Le delegazioni, infatti, sono ora più strettamente coinvolte nella programmazione e nella gestione dei progetti dal loro avvio sino al loro pieno completamento, in costante contatto con l'ufficio di cooperazione EuropeAid, il quartier generale del SEAE a Bruxelles e le autorità locali, nel quadro delle regole fissate dall'Unione. Inoltre, le delegazioni possono assumere un ruolo guida nel coordinamento sul campo delle varie forme di assistenza, siano dette forme bilaterali, dunque tra Unione e Paese terzo, o multilaterali, e perciò con la presenza di enti intergovernativi e/o ONG, al fine di accrescere le sinergie tra i vari programmi e le varie risorse di aiuto allo sviluppo disponibili, nonché la visibilità stessa dell'Unione. A seconda del Paese terzo interessato, l'assistenza coordinata dalle delegazioni può spaziare dal tradizionale aiuto allo sviluppo ad aree come l'educazione e la salute, l'assistenza umanitaria, il supporto per la democrazia ed i diritti fondamentali, lo sminamento e la ricostruzione, anche a livello di *capacity building* istituzionale¹²³. Le attività testé richiamate possono essere ricondotte alle funzioni di cui alle lett. *b.* ed *e.* dell'art. 3, par. 1, CVRD, in base alle quali una missione diplomatica deve «proteggere nello Stato accreditatario gli interessi dello Stato accreditante e dei suoi cittadini», e «promuovere relazioni amichevoli e sviluppare relazioni economiche, culturali e scientifiche fra lo Stato accreditante e lo Stato accreditatario». Riguardo alla tutela degli interessi dei cittadini dell'Unione, essi risultano certamente protetti dall'attività della delegazione volta a far rispettare gli accordi internazionali stipulati dal Paese terzo, o facenti capo ad una data organizzazione (come gli accordi sulla liberalizzazione degli scambi dell'Organizzazione mondiale del commer-

¹²² V. SEC(2000) 814/5, *Communication to the Commission on the Reform of the Management of External Assistance*, Brussels, 16 May 2000.

¹²³ S. BARTELT, *The Institutional Interplay Regarding the New Architecture For the EC's External Assistance*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 655–679.

cio), laddove il miglioramento della loro posizione di operatori economici o consumatori costituisca il risultato della corretta esecuzione degli impegni pattizi sottoscritti. Sempre con riferimento ai cittadini europei, si richiama qui, la competenza delle delegazioni in materia di protezione consolare, illustrata *infra*¹²⁴.

Si sottolinea, poi, che la gestione della fitta rete di accordi e dei numerosi programmi di cooperazione finanziati dall'Unione, oltre ad attestare la capacità delle delegazioni di promuovere relazioni amichevoli e sviluppare relazioni economiche, realizza forme di collaborazione nel campo culturale e scientifico, data l'ampiezza degli accordi sottoscritti, come pure l'estensione dei temi suscettibili di beneficiare dei contributi europei¹²⁵. Inoltre, la promozione di relazioni amichevoli e cooperazione è evidenziata come una precisa finalità delle delegazioni dell'Unione nello stesso Preambolo degli accordi bilaterali su privilegi e immunità della sede e dei funzionari europei, ove il Paese ospitante e l'Unione si dichiarano «[d]esirous of further strengthening and developing the friendly relations and cooperation between [the third country] and the European Union and the European Atomic Energy Community»¹²⁶.

Riguardo alla competenza delle missioni diplomatiche a «negoziare con il governo dello Stato accreditatario», contemplata dalla lett. c. dell'art. 3, par. 1, CVRD, si può sostenere che le delegazioni, in particolare nella persona del capodelegazione, possono negoziare, o, comunque, svolgere attività di supporto ai negoziati, con il Paese terzo – contribuendo all'attività della Commissione europea oppure dell'AR, conformemente a quanto stabilito dall'art. 218 TFUE, unitamente agli artt. 17 e 27 TUE – sia in riferimento a specifici strumenti pattizi, sia, più in generale, nella redazione di atti politici e di pianificazione, quali, in particolare, i *country strategy papers* pluriennali, i documenti elaborati dall'Unione rispetto a diversi Paesi terzi per definire settori, obiettivi e tempistica di cooperazio-

¹²⁴ Par. 10.

¹²⁵ Si consideri, solo per fare un esempio, l'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, formato da 337 articoli suddivisi in 13 titoli con 14 allegati, che include la cooperazione nel settore della ricerca e dello sviluppo tecnologico, come pure molteplici aspetti dei rapporti tra liberalizzazione degli scambi e tutela della diversità culturale: v. decisione del Consiglio, del 31 maggio 2012, n. 2012/735/Ue, relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 354 del 21 dicembre 2012, p. 1.

¹²⁶ *Model Agreement between the Government of [the Kingdom/Republic of] XXX, the European Union, and the European Atomic Energy Community on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in [idem] XXX*, secondo considerando del Preambolo.

ne e progetti, in riferimento ai quali il ruolo svolto dalle rappresentanze europee è di notevole valore.

Vi è, infine, la funzione codificata alla lett. *d.* dell'art. 3, par. 1, CVRD, in base alla quale le missioni diplomatiche hanno il compito di «informarsi con tutti i mezzi leciti delle condizioni e dello sviluppo degli avvenimenti nello Stato accreditatario e farne rapporto allo Stato accreditante». La funzione diplomatica di informazione rientra tra le originarie finalità delle prime rappresentanze della Commissione europea presso i Paesi terzi. Infatti, come sottolineato dalla rara dottrina sul tema, «[t]he first delegation in the history of the European communities (...) opened in 1954 in London by the European Coal and Steel Community (ECSC) (...) was originally designed to serve merely as an information and communications office of the ECSC»¹²⁷.

Alla tradizionale corposa documentazione sulla situazione dei Paesi terzi essenzialmente di natura economica, per consentire alla Commissione la relativa programmazione degli strumenti di finanziamento europei, nonché la predisposizione di accordi commerciali, si affianca un'attività di informazione sempre più politica e di politica estera¹²⁸, relativa al rispetto, da parte del Paese terzo, della politica di condizionalità dell'Unione sui diritti fondamentali, alle questioni di sostenibilità e di *governance* riflesse nelle rilevanti clausole degli accordi promossi dalla UE¹²⁹, nonché nei requisiti richiesti dagli atti unilaterali europei per accedere ai benefici economici in essi contemplati¹³⁰. In particolare, sin dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le delegazioni dell'Unione, sostituendosi al ruolo svolto dalla Presidenza dell'Unione nel coordinamento tra la missione europea e le ambasciate degli Stati membri nei rapporti con lo Stato terzo ospitante, hanno intensificato la loro attività di comunicazione ed informazione anche attraverso il sistema COREU (*COR-respondance EUro-*

¹²⁷ M. BRUTER, *Diplomacy without a State: The External Delegations of the European Commission*, in *Journal of European Public Policy*, 1999, pp. 183-205, p. 183.

¹²⁸ E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, cit. *supra*, nota 43, p. 176 ss.

¹²⁹ V. A. DI MARCO, *Le clausole di condizionalità politica alla luce degli accordi di associazione - Il recente caso siriano*, Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2011/n. 31, maggio 2011; S. ANGIOI, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

¹³⁰ Cfr. ad esempio, il Regolamento (Ue) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il Regolamento (Ce) n. 732/2008 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 303 del 31 ottobre 2012, p. 1; in dottrina v., anche in riferimento all'attività pattizia europea, T. TAKÁCS, *Human Rights in Trade: the EU's Experience with Labour Standards Conditionality and its Role in Promoting Labour Standards in the WTO*, in J. E. WETZEL (Ed.), *The EU as A "Global Player" in Human Rights?*, London, Routledge, 2011, pp. 97-112.

péenne), il *network* di scambio di informazioni confidenziali di politica estera stabilito nel 1973 e gestito dal Segretariato generale del Consiglio dell'Unione, che rappresenta un centro imprescindibile per l'acquisizione di analisi e dati per l'elaborazione delle politiche europee sul piano internazionale¹³¹, i cui messaggi equivalgono, ad avviso dello stesso Consiglio, «a telegrammi diplomatici»¹³². Anche grazie a questi strumenti, le istituzioni europee ora si avvalgono delle delegazioni per entrare in possesso di informazioni confidenziali relative a singole persone: ad esempio, per la redazione delle liste di soggetti nei cui confronti intendeva adottare misure restrittive per far fronte ai moti di piazza scatenati dal mancato rispetto dei diritti fondamentali e dalla corruzione del governo tunisino precedentemente in carica, il Consiglio, all'inizio del 2011, chiese proprio alla delegazione dell'Unione europea a Tunisi di attivarsi presso le autorità locali per ottenere l'elenco delle persone sottoposte dall'autorità giudiziaria del Paese nordafricano ad indagini sull'eventuale appropriazione indebita di fondi dello Stato tunisino¹³³.

Inoltre, la creazione del SEAE ha rinnovato e rafforzato il compito delle delegazioni UE nella preparazione di «political reports», di resoconti sulla situazione politica del Paese nel quale sono collocate o delle organizzazioni internazionali presso le quali sono stabilite. Si tratta di un'attività avviata successivamente alla creazione della figura istituzionale dell'Alto Rappresentante, introdotta dal Trattato di Amsterdam, nuova carica che, inevitabilmente, implicava la necessità di ricevere su base costante adeguate relazioni sulla situazione *in loco* da parte delle delegazioni europee. Con il Trattato di Lisbona e l'istituzione del SEAE, alle delegazioni viene ora richiesto un impegno più assiduo e approfondito nella redazione dei *political report*, che devono affiancare l'analisi politica a raccomandazioni per la formulazione delle future determinazioni europee, in merito a singoli eventi come pure a situazioni generali di ampio respiro. In base alle indicazioni dell'attuale AR, i *political report* devono essere stringati (anche una sola pagina), andare dritti al cuore della questione affrontata, ed avere una cadenza settimanale. Pur ricadendo nella responsabilità formale dei capidelegazione, che li sottoscrivono, il lavoro sui resoconti poli-

¹³¹ F. BICCHI - C. CARTA, *The COREU/Courtesy Network and the Circulation of Information within the EU Foreign Policy*, RECON Online Working Paper 2010/01.

¹³² Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 luglio 2001 in causa n. T-204/99, *Olli Mattila c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2265, EU:T:2001:190, punto 49.

¹³³ V. sentenza del Tribunale del 28 marzo 2013 in causa n. T-200/11, *Fahed Mohamed Sakher Al Matri c. Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:T:2013:275, punti 53-64.

tici in oggetto rientra essenzialmente nell'attività dei consiglieri politici delle delegazioni, un profilo professionale introdotto nel 2005, e che ora caratterizza la maggior parte delle missioni dell'Unione, le quali attualmente dispongono di almeno un consigliere politico nel *team* che compone la rappresentanza dell'Unione. Tali esperti delle delegazioni devono operare in stretto contatto con gli attori politici locali – inclusi le organizzazioni non governative e i diplomatici degli Stati membri presso i Paesi o gli enti intergovernativi interessati. Il contenuto dei *political reports*, però, non deve essere di certo concertato con le ambasciate nazionali degli Stati UE: detti *reports*, infatti, sono volti a fornire analisi e *input* al SEAE, per l'elaborazione di proposte e iniziative europee che risultino convincenti e capaci di attrarre il consenso dei Paesi membri in riferimento all'azione internazionale dell'Unione¹³⁴.

Nonostante le risorse limitate, anche a causa della difficile congiuntura economica – in totale, le delegazioni dell'Unione possono disporre di 1960 funzionari facenti capo al SEAE, 3500 unità facenti capo alla Commissione, nonché di 1137 agenti locali – le rappresentanze europee devono anche assistere le istituzioni dell'Unione, «in particolare il Parlamento europeo, nei loro contatti con le organizzazioni internazionali o i paesi terzi presso cui le delegazioni sono accreditate» (art. 5, par. 7, della decisione SEAE). Il supporto logistico e l'assistenza da prestare alle istituzioni europee sono, evidentemente, volti a consentire a tutti gli attori istituzionali del processo di integrazione europea di avere contezza ed accesso diretto alle questioni e situazioni internazionali di interesse per la loro attività, in modo tale da contribuire alla definizione di un'azione esterna dell'Unione piena, coerente ed efficace. L'espresso richiamo al Parlamento europeo è dovuto *a.* alla particolare importanza che l'istituzione assembleare ha, in quanto autorità di bilancio insieme al Consiglio dell'Unione, per l'approvazione delle spese necessarie anche al funzionamento delle delegazioni, e *b.* al significativo potenziamento della sua partecipazione all'azione internazionale dell'Unione, a partire dalla conclusione di accordi internazionali, rispetto ai quali, oramai, in base all'art. 218 TFUE, l'Assemblea è pressoché costantemente chiamata ad esprimere la sua preventiva approvazione¹³⁵. Detti, rilevanti, tratti istituzionali, unitamente alla costante ricerca di un incisivo controllo sulle politiche esterne ed estera del-

¹³⁴ F. BICCHI, *The European External Action Service: A Pivotal Actor in EU Foreign Policy Communications?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 81-94.

¹³⁵ Cfr. su tale aspetto E. BARONCINI, *L'Unione europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, pp. 5-37, p. 15 ss.

l'Unione, hanno, peraltro, consentito al Parlamento europeo, di ottenere la possibilità di richiedere «exchange of views» con i capidelegazione, i Rappresentanti speciali dell'Unione europea, e gli alti funzionari del SEAE dinanzi alle proprie Commissioni¹³⁶.

7. La «stretta cooperazione» con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri

L'art. 221, par. 2, TFUE prevede che le delegazioni dell'Unione «agisc[a]no in stretta cooperazione con le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri». Si tratta di un obbligo richiamato dall'art. 35 TUE con specifico riferimento alla collaborazione tra gli enti appena citati «al fine di garantire il rispetto e l'attuazione» delle decisioni PESC –collaborazione per la cui realizzazione le rappresentanze nazionali ed europee presso Stati terzi, conferenze ed organizzazioni internazionali devono «intensificare» gli «scambi di informazioni» e le «valutazioni comuni»¹³⁷ – che viene reiterato e puntualizzato dall'art. 5, par. 9, della decisione SEAE, il quale ribadisce il dovere delle delegazioni di «condivid[ere] le informazioni con i servizi diplomatici degli Stati membri». Tale obbligo reciproco costituisce una espressa articolazione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, un principio tradizionale del processo di integrazione europea che è stato particolarmente valorizzato dal Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, infatti, lo ha inserito nelle disposizioni iniziali del Trattato sull'Unione europea, le quali enunciano le politiche e gli ambiziosi obiettivi dell'Europa, ponendolo inequivocabilmente quale principio strutturale dell'ordinamento giuridico della UE, rivolto al contempo agli Stati membri e alle istituzioni europee, che devono rispettarsi e assistersi «reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati».

Con specifico riferimento alle relazioni esterne dell'Unione, il «principle of sincere cooperation», come anche viene espresso il principio di leale collaborazione, indica lo spirito di cooperazione costruttiva che deve guidare gli attori della politica internazionale dell'Europa, essendo le relazioni esterne e la politica estera dell'Unione settori, oltre che strategici,

¹³⁶ V. *Progetto di dichiarazione dell'Alta rappresentante sulla responsabilità politica - Adozione della decisione del Consiglio che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) (2010/C 210/01)*, in *Gu-Ue* n. C 210 del 3 agosto 2010, p. 1, par. 5 e 7 già considerato *supra*, al par. 5; K. RAUBE, *The European External Action Service and the European Parliament*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 65-80.

¹³⁷ Cfr. l'art. 35, seconda frase, TUE.

molto delicati sotto il profilo istituzionale per dare concreta unità, efficacia e coerenza all'azione della UE al tempo stesso individuando costantemente adeguate forme di pieno coinvolgimento degli Stati membri nella conduzione dell'attività europea¹³⁸. Riguardo, più puntualmente, alla «diplomatic cooperation» che deve caratterizzare i rapporti tra delegazioni dell'Unione ed ambasciate e consolati degli Stati membri, detta cooperazione si articola su due livelli di collaborazione, vale a dire *a.* la condivisione delle capacità diplomatico-consolari, e *b.* quella delle risorse logistiche¹³⁹.

Il primo profilo della cooperazione tra rappresentanze europee e missioni nazionali, quello della condivisione delle capacità diplomatico-consolari, viene, naturalmente, attuato attraverso una intensa concertazione e un forte coordinamento tra le strutture dell'Unione e quelle degli Stati membri. Richiamando e rinviando anche alle considerazioni che si svolgeranno a proposito delle delegazioni presso le organizzazioni internazionali¹⁴⁰, nonché quanto verrà presentato nel paragrafo dedicato alla protezione consolare¹⁴¹, si sottolinea qui che, in linea di principio, pur non mancando situazioni di insufficienza e di attrito, la collaborazione tra le delegazioni dell'Unione e le missioni degli Stati membri si svolge in modo positivo e si consolida nel tempo. I vertici delle sedi estere della UE si consultano sistematicamente con le autorità diplomatiche degli Stati membri, coordinandosi a livello di ambasciatori in merito ad ogni questione politica, coinvolgendo i gruppi di lavoro a Bruxelles laddove non sia possibile individuare convergenze *in loco*.

Naturalmente, il ruolo di coordinamento e di rappresentanza delle delegazioni dell'Unione risulta notevolmente semplificato nelle sedi geograficamente decentrate interessate da temi politici di minore importanza, ove i diplomatici nazionali hanno spesso uno *status* non prominente, mentre il

¹³⁸ Su tale principio v. F. CASOLARI, *The Principle of Loyal Co-operation: A "Master Key" for EU External Representation?*, in S. BLOCKMANS - R. A. WESSEL (Eds.), *Principles and practices of EU External Representation*, CLEER Working Papers 2012/5, pp. 11-35; G. DEBAERE, *"O, where is faith? O, where is loyalty?" - Some Thoughts on the Duty of Loyal Co-operation and the Union's External Environmental Competences in the Light of the PFOS Case*, in *ELR*, 2011, pp. 405-419; M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; E. NEFRAMI, *The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations*, in *CML Rev.*, 2010, pp. 323-359.

¹³⁹ «The term "diplomatic cooperation" covers two main levels of local cooperation: the sharing of diplomatic facilities and the sharing of diplomatic capabilities». Così P. PACZOLAY - *Article 35 TEU - Coordination Among Member States' Diplomatic and Consular Missions*, in H.-J. BLANKE - S. MANGIAMELI (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU) - A Commentary*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, pp. 1107-1118, p. 1108.

¹⁴⁰ V., *infra*, par. 8.

¹⁴¹ Si tratta del par. 10.

capodelegazione gode di alta considerazione presso le autorità locali. Per l'ipotesi in cui entrino in gioco interessi speciali di questo o quello Stato membro, però, il coordinamento con le delegazioni dell'Unione diviene meno semplice, come accade nelle maggiori capitali diplomatiche, ove nessun Paese della UE rinuncia ad una significativa presenza – ad esempio a Washington D.C., New York, Ginevra.

Rispetto alle comunicazioni e alla redazione di rapporti, spesso si riscontra un maggiore flusso dalle delegazioni dell'Unione alle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri, una asimmetria che, comunque, contribuisce a promuovere posizioni convergenti tra la UE ed i suoi Paesi. Indubbiamente, occorre potenziare i sistemi di trasmissione e condivisione di dati ed informazioni che garantiscano la doverosa confidenzialità, oltre alla più piena diffusione, delle notizie negli ambienti diplomatici, come pure individuare più puntuali meccanismi di coordinamento che permettano di raccordare regolarmente le risorse e le professionalità delle ambasciate nazionali e delle delegazioni dell'Unione per redigere relazioni, operare complete rassegne stampa e tenere gli opportuni contatti con gli organi di informazione¹⁴².

Certo anche sulla spinta delle ristrettezze dei bilanci pubblici che caratterizza l'attuale congiuntura economica, il secondo livello della cooperazione tra delegazioni e missioni degli Stati membri, quello sulle risorse logistiche, risulta caratterizzato, in particolar modo, dalla scelta dei funzionari europei e di quelli nazionali di condividere fisicamente i locali dei loro uffici presso i Paesi terzi. Sono considerate molto positive le esperienze di «physical co-location of missions» in Etiopia e Yemen, indicate anche come «Europe Houses»¹⁴³. Ad Addis Abeba, infatti, l'ambasciata del Lussemburgo è ospitata presso i locali della delegazione dell'Unione, in base ad un *Memorandum* sottoscritto dal SEAE con il Governo lussemburghese il 22 maggio 2012¹⁴⁴. Simile soluzione è stata adottata dalla Spagna, che ha scelto di collocare la propria missione diplomatica presso lo Yemen nell'edificio della delegazione dell'Unione a Sana'a, sempre in ossequio ad un *Memorandum* tra il Governo spagnolo ed il Servizio europeo

¹⁴² Cfr. European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B - Policy Department, *Union Delegations in Bilateral and Multilateral Settings*, in *The Organisation and Functioning of the European External Action Service: Achievements, Challenges and Opportunities*, Brussels, 2013, pp. 62-82, pp. 70-76 e 78-79.

¹⁴³ Cfr. J. COIN – K. KOKE, *Interview with David O'Sullivan, Chief Operating Officer of the European External Action Service*, College of Europe, 25 April 2013.

¹⁴⁴ V. European Union Committee of the House of Lords, *The EU's External Action Service*, 11th Report of Session 2012-13, 19 March 2013, p. 22.

per l'azione esterna¹⁴⁵. Più risalente nel tempo è, invece, la «Umoja House» a Dar es Salaam, in Tanzania, nella quale sono installate, oltre alla delegazione dell'Unione, anche le ambasciate di Gran Bretagna, Olanda e Germania¹⁴⁶.

Mentre si prevede l'aumento delle collocazioni congiunte pianificate di missioni nazionali ed europee, si segnala qui la proficua soluzione scelta in occasione della recente crisi siriana, allorché gli uffici delle missioni nazionali, in particolare i funzionari consolari, sono stati trasferiti nell'edificio della delegazione dell'Unione europea a Damasco, facendo di quest'ultima un importante e strategico avamposto diplomatico per monitorare costantemente la difficile situazione nel Paese mediorientale, e per coordinare gli aiuti ed i rimpatri dei cittadini dell'Unione¹⁴⁷. Inoltre, vanno affermandosi intese logistiche molto più limitate, volte semplicemente a consentire l'uso dei locali di una delegazione UE da parte di un singolo agente nazionale. È il fenomeno dei c.d. «laptop diplomats», verificatosi, ad esempio, per l'Ambasciatore britannico presso il Marocco, che è anche Ambasciatore non residente presso la Mauritania, ed attualmente usa un locale della delegazione dell'Unione a Nouakchott quando abbia l'esigenza di svolgere *in loco* il proprio lavoro di rappresentanza del Regno Unito, e in riferimento al quale la Finlandia sta negoziando con il SEAE per piazzare un proprio diplomatico presso la delegazione dell'Unione a Bogotà¹⁴⁸.

L'attività di coordinamento tra le missioni diplomatiche degli Stati membri e le delegazioni dell'Unione indubbiamente è particolarmente intensa nelle rappresentanze presso le organizzazioni internazionali, *in primis* nell'ambito della sede del Palazzo di vetro a New York. La procedura di coordinamento tra Unione e Stati membri che precede le sessioni dell'Assemblea generale dell'ONU, nonché le riunioni del Consiglio di sicurezza e gli incontri di diverse importanti commissioni delle Nazioni Unite, come quella sullo sviluppo sostenibile, è volta a mettere a punto e a co-

¹⁴⁵ EEAS Press Release, *EEAS and Spain Sign Memorandum of Understanding to Establish Spanish Embassy on Premises of EU Delegation to Yemen*, 10 December 2012.

¹⁴⁶ V. R. BALFOUR - K. RAIK, *EU Delegations: Revolutionizing EU Foreign Policy in the Field?*, in *Equipping the European Union for the 21st Century - National Diplomacies, the European External Action Service and the Making of EU Foreign Policy*, FIIA Report 36, FIIA Occasional Report 1, Helsinki, 2013, p. 47.

¹⁴⁷ C. ADAMO, *Workshop Summary*, in European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B, Policy Department, *The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for EU Citizens*, Brussels, 2013, p. 8.

¹⁴⁸ K. RAIK - T. RANTANEN, *Managing the Decline of European Diplomacy - More Burden-Sharing in the EU Is Needed to Counter the Cuts in National Foreign Services*, FIIA Comment no. 4/2013.

municare la posizione dell'Unione in tali, rilevanti, consessi internazionali, ed ha come suo perno centrale, logistico e decisionale, proprio la delegazione dell'Unione presso l'ONU a New York, delegazione che è incaricata, al termine del processo di coordinamento, di presentare e difendere la posizione europea nelle sessioni dell'Assemblea generale e nelle riunioni degli altri organi delle Nazioni Unite¹⁴⁹.

8. Le delegazioni dell'Unione europea presso le organizzazioni internazionali

Sono otto le delegazioni dell'Unione presso le organizzazioni internazionali: a Ginevra, dove dal gennaio 2011 la UE ha due rappresentanze, una presso l'Organizzazione mondiale del commercio, ed una presso le Nazioni Unite e gli altri enti intergovernativi aventi sede nella città svizzera – si tratta di uno sdoppiamento e di un potenziamento della delegazione unica aperta originariamente nel 1964 dalla Commissione europea, al fine di interagire con tutte le organizzazioni internazionali ginevrine; a New York, in cui, già nel 1974, la Commissione europea ha trasformato il suo semplice ufficio informazioni in delegazione presso il Palazzo di vetro dell'ONU; a Parigi, che dal lontano 1964 ospita la delegazione presso l'OCSE e poi l'UNESCO; a Roma, nella quale è stabilita la delegazione presso la Santa Sede, l'Ordine di Malta e gli istituti specializzati dell'ONU ubicati nella capitale italiana – dunque l'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO), il Programma mondiale per l'alimentazione (WFP), il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo (IFAD); a Vienna, dove dal 1979 vi è la rappresentanza europea presso le diverse organizzazioni internazionali aventi sede nella città austriaca – tra le quali l'Agenzia internazionale per l'energia atomica (AIEA), l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga ed il crimine (UNODC), l'Organizzazione delle Nazioni Unite per lo sviluppo industriale (UNIDO), l'Organizzazione dei Paesi esportatori di petrolio (OPEC) e l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) – oltre che presso i vari, importanti, enti ivi stabiliti – come la Commissione preparatoria per l'Organizzazione del Trattato per il divieto completo dei *test* nucleari (CTBTO) e l'Intesa di Wassenaar sul controllo delle esportazioni di armi convenzionali e di beni e tecnologie a doppio uso (*Waassenaar Arrange-*

¹⁴⁹ M. MELLONI, *Commento all'art. 221 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo - TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, Edizioni Simone, 2012, pp. 1644-1647.

ment); ad Addis Abeba, che ospita la rappresentanza UE presso l'Unione africana, istituita nel gennaio 2008; e, da ultimo, a Strasburgo, ove l'Unione ha aperto la propria delegazione presso il Consiglio d'Europa il 1° settembre 2010.

Laddove l'Unione non abbia una rappresentanza *ad hoc* presso un ente intergovernativo, la delegazione europea situata nel Paese terzo nel quale ha sede un'organizzazione internazionale ha spesso il compito di coordinare le relazioni dell'Europa con l'organizzazione in questione; infine, per l'ipotesi in cui vi siano dialoghi politici strutturati tra gli Stati membri dell'Unione ed un gruppo di Paesi terzi facenti capo alla regione nella quale è stabilita una delegazione europea, quest'ultima può essere chiamata a coordinare detti dialoghi politici. Così, nel settembre 2005 la Commissione europea ha stabilito a Montreal, nell'ambito della struttura organizzativa della sua delegazione in Canada, un ufficio presso l'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (*International Civil Aviation Organization*, ICAO), l'istituto specializzato delle Nazioni Unite la cui attività riguarda anche il miglioramento della sicurezza e dell'efficienza dell'aviazione civile, nonché la riduzione delle emissioni di gas serra, e, più in generale, degli effetti negativi sull'ambiente causati dalla navigazione aerea, tutti settori nei quali l'Unione si adopera per garantire alti *standard*, e che, dunque, le impongono di rapportarsi costantemente e di partecipare incisivamente ai lavori di detto ente intergovernativo¹⁵⁰. Inoltre, il Capodelegazione della missione europea in Indonesia è anche accreditato presso l'ASEAN (*Association of South-East Asian Nations*), l'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico stabilita il 18 agosto 1967 con la Dichiarazione di Bangkok e che raggruppa i dieci Paesi della regione; e la delegazione di Giacarta funge pure da supporto logistico e di coordinamento dell'ASEM (*Asia-Europe Meeting*) *Dialogue*, del quale fanno parte 20 Paesi asiatici, includendo sia l'India che la Cina¹⁵¹.

Le delegazioni dell'Unione presso le organizzazioni internazionali sono responsabili del coordinamento e della definizione delle posizioni e delle dichiarazioni dell'Unione da presentare negli organi comuni o in merito ad iniziative facenti capo agli enti intergovernativi, così da sviluppare compiutamente ed efficacemente l'azione internazionale dell'Unione, orientando le attività degli enti intergovernativi in modo conseguente ed utile

¹⁵⁰ Cfr. EEAS, *The EU at the International Civil Aviation Organization*, disponibile al link http://eeas.europa.eu/delegations/canada/about_us/eu_icao/index_en.htm.

¹⁵¹ V. Delegation of the European Union to Indonesia, Brunei Darussalam and ASEAN, *The Role of the Delegation*, disponibile al link http://eeas.europa.eu/delegations/indonesia/about_us/welcome/index_en.htm.

anche alle politiche interne europee. Inoltre, le missioni europee gestiscono il coordinamento con i diplomatici degli Stati membri, incentrato, in particolare, sul controllo della coerenza delle linee politiche e delle proposte presentate nelle varie riunioni che si svolgono nell'ambito delle organizzazioni internazionali¹⁵².

Più in generale, le delegazioni «assicurano la rappresentanza dell'Unione» e la sua attiva partecipazione nelle questioni di interesse europeo presso le varie istituzioni ed organi degli enti intergovernativi, un aspetto di fondamentale importanza sulla cui definizione e messa a punto occorre ulteriormente soffermarsi. Infatti, come già sottolineato¹⁵³, l'art. 221 TFUE ha trasferito alle delegazioni i compiti previamente svolti dalla Presidenza a rotazione dell'Unione. Pertanto, le missioni dell'Europa rappresentano – in ogni suo aspetto, politica estera inclusa – l'Unione presso le autorità locali. Nell'imminenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Commissione e Consiglio, al fine di realizzare una trasformazione rapida limitando le incertezze nei soggetti terzi, hanno inviato una *note verbale* ai *partner* dell'Unione per informarli del fatto che le «EU Delegations shall assume as soon as possible the role and functions currently performed by the rotating Presidency»¹⁵⁴. In particolare, nella propria notifica, l'Unione ha comunicato ai Governi dei Paesi terzi e alle organizzazioni internazionali che «a decorrere» dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, 1° dicembre 2009, le delegazioni della Commissione europea presso di loro accreditate sarebbero divenute «delegazioni dell'Unione europea», precisando che «conformemente [a detto] Trattato (...) la rappresentanza locale dell'Unione europea a livello di delegazione [sarebbe stata] unificata sotto l'autorità dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, riunendo le funzioni svolte [nel periodo pre-Lisbona] dalle delegazioni della Commissione e il ruolo e le funzioni (...) [fino a quel momento] esercitati, in relazione alle competenze previste dai trattati, dallo Stato membro [avente] la Presidenza semestrale del Consiglio a rotazione»¹⁵⁵. La Presidenza spagnola del primo semestre del

¹⁵² V. T. CORTHAUT - D. VAN ECKHOUTTE, *Legal Aspects of EU Participation in Global Environmental Governance under the UN Umbrella*, in J. WOUTERS - H. BRUYNINCKX - S. BASU e S. SCHUNZ (Eds.), *The European Union and Multilateral Governance - Assessing EU Participation in United Nations Human Rights and Environmental Fora*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 145-170, p. 163.

¹⁵³ V., *supra*, in particolare, par. 1.

¹⁵⁴ Cfr. P. SKYTTE CHRISTOFFERSEN, *The Creation of the European External Action Service*, in *A Man for All Treaties - Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 97-133, p. 122.

¹⁵⁵ Consiglio dell'Unione europea, doc. 16654/1/09 REV 1, *Progetto di notifica a terzi prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Bruxelles, 27 novembre 2009, p. 3.

2010 si è molto adoperata per un tempestivo passaggio delle consegne dalla Presidenza semestrale alle delegazioni dell'Unione. Il trasferimento dei compiti è stato realizzato a tappe e concluso il 1° gennaio 2011, e si è rivelato meno problematico per le rappresentanze presso i Paesi terzi, mentre si sono incontrate maggiori difficoltà con riferimento alle missioni dell'Europa specificamente stabilite presso le organizzazioni internazionali. Infatti, a differenza delle missioni bilaterali presso i Paesi terzi – le quali hanno un «country-specific mandate» – le rappresentanze presso le organizzazioni internazionali hanno, come già sopra delineato, compiti molto estesi, da svolgere, peraltro, in un contesto istituzionale particolarmente complesso¹⁵⁶.

Nell'ambito dell'ambiziosa strategia dell'*effective multilateralism*¹⁵⁷, le delegazioni multilaterali devono occuparsi di tutti i temi trattati dagli enti intergovernativi dei quali l'Europa è osservatore, oppure membro a pieno titolo; raccordarsi con le diplomazie degli Stati membri; e decidere costantemente quale figura istituzionale (Presidente del Consiglio europeo, AR, Commissione o la delegazione stessa) debba prendere la parola presso gli enti intergovernativi e in rappresentanza di quali soggetti (solo l'Unione, oppure l'Unione e gli Stati membri). Non stupisce che tutto ciò inevitabilmente comporti «maggiore complessità delle questioni giuridiche e di attribuzione delle competenze»¹⁵⁸, una complessità che, investendo i sensibili aspetti dell'equilibrio interistituzionale dell'Unione, come pure la portata dei poteri degli Stati membri, inevitabilmente ha implicato un rallentamento dei lavori per la creazione del SEAE, che, per l'appunto, ha potuto aver luogo solo il 1° gennaio 2011.

Di conseguenza, le delegazioni multilaterali si sono trovate in prima linea nel predisporre le modalità attraverso le quali sostituirsi, nei rapporti con le organizzazioni internazionali, alla Presidenza semestrale a rotazione degli Stati membri, senza poter beneficiare di una adeguata preparazione nell'avvicendamento con la *Rotating Presidency*. Nelle battute d'avvio delle nuove delegazioni multilaterali dell'Unione, particolarmente insidiosa si è rivelata la gestione delle dichiarazioni da compiere negli organi delle organizzazioni interazionali. Non mancavano, infatti, gli Stati membri

¹⁵⁶ Cfr. ancora P. SKYTTE CHRISTOFFERSEN, *The Creation of the European External Action Service*, cit. supra, nota 154.

¹⁵⁷ Già affermata nel documento COM(2003)526, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Unione europea e Nazioni Unite: la scelta del multilateralismo*, 10 settembre 2003.

¹⁵⁸ PROC HR (2011) 018, Servizio europeo per l'azione esterna, *Relazione dell'Alta Rappresentante al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione*, 22 dicembre 2011, p. 8.

che sostenevano la possibilità di procedere autonomamente, a livello, per l'appunto, nazionale, laddove fosse impossibile raggiungere un'intesa sulla dichiarazione da parte dell'Unione in un foro multilaterale. Addirittura, nell'estate del 2011, il Governo britannico aveva dato mandato ai propri diplomatici di bloccare le proposte di dichiarazione dell'Unione che non contenessero la seguente frase: «the EU delegation speaks for the EU in areas of EU competence where agreed by Member States»¹⁵⁹.

Il sistema delle Nazioni Unite, per la sua articolata e insuperata ampiezza nel panorama degli enti intergovernativi, è sempre risultato centrale per la definizione dell'approccio dell'Unione europea alle organizzazioni internazionali, approccio basato sul multilateralismo efficace ora codificato, anzi costituzionalizzato, dal Trattato di Lisbona quale fondamento ed obiettivo dell'azione esterna dell'Europa – cfr. gli artt. 3 e 21 TUE. Dopo una proposta di risoluzione dell'Assemblea generale andata a vuoto¹⁶⁰, è stato possibile intervenire sui poteri dell'Unione europea nella trattazione delle questioni ONU in modo tale da riflettere il nuovo quadro normativo sulla rappresentanza esterna dell'Unione. Così, nel maggio 2011, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha definito con 180 voti a favore e 2 astenuti (Siria e Zimbabwe) le modalità di partecipazione dell'Unione «in the sessions and work of the General Assembly and its committees and working groups, in international meetings and conferences convened under the auspices of the Assembly and in United Nations conferences»¹⁶¹. Innestandosi sullo *status* di osservatore presso l'Assemblea generale, acquisito dall'allora Comunità economica europea (CEE) nel 1974¹⁶², la Risoluzione n. 65/276 del 3 maggio 2011 riconosce le seguenti prerogative all'Unione: il diritto di intervenire nei lavori dell'AG partecipando al dibattito; il diritto di replica sulle posizioni assunte dall'Unione con il limite di un unico intervento per ciascun oggetto posto in discussione; la possibilità di far circolare ufficialmente propri documenti in merito ai lavori del-

¹⁵⁹ D. SPENCE - D. ALLEN, *From Maastricht to Lisbon: An Uncomfortable Transition for the Delegation of the EU in Geneva*, Paper presented at the Clingendael Workshop, The Hague, 21-22 February 2012, p. 13.

¹⁶⁰ V. A/64/L.67, *Participation of the European Union to the United Nations - Draft Resolution*, 31 August 2010.

¹⁶¹ A/RES/65/276, *Participation of the European Union in the work of the United Nations*, Resolution adopted by the General Assembly on 3 May 2011, par. 2; su tale risoluzione cfr. L. PALADINI, *L'Unione europea all'Assemblea generale dell'ONU: un vecchio osservatore con nuovi poteri?*, in *Studi integr. eur.*, 2012, pp. 85-103; e P. A. SERRANO DE HARO, *Participation of the EU in the Work of the UN: General Assembly Resolution 65/276*, CLEER Working Papers 2012/4.

¹⁶² Resolution 3208 (XXIX), *Status of the European Economic Community in the General Assembly*, 11 October 1974.

l'ONU; la possibilità di presentare proposte ed emendamenti, anche se solo in forma verbale e a condizione che uno Stato membro della UE, nell'esercizio delle sue prerogative di membro dell'ONU, ne faccia richiesta. Inoltre, la Risoluzione n. 65/276 statuisce che l'esercizio di detti poteri, in rappresentanza dell'Unione, spetta alle figure istituzionali individuate dal Trattato di Lisbona: oltre al Presidente del Consiglio europeo, all'AR, ed alla Commissione europea, il settimo *considerando* del Preambolo della Risoluzione n. 65/276 richiama espressamente le delegazioni dell'Unione, in stretta osservanza del disposto dell'art. 221, par. 1, TFUE.

In base alla disposizione di diritto primario appena richiamata, e, sostanzialmente, all'accoglimento di quanto da essa prescritto nella Risoluzione n. 65/276, la missione europea presso le Nazioni Unite a New York può e deve agire a nome dell'Unione, avvalendosi delle prerogative sopra elencate, e in tutti gli ambiti del TUE e TFUE, dunque per tutte le questioni riconducibili all'azione internazionale dell'Unione. In veste di rappresentante dell'Unione, pertanto, il Capodelegazione, come pure l'incaricato d'affari, o, comunque, un alto funzionario della missione europea a New York, intervengono, tra l'altro, in materia di commercio, ambiente, diritto internazionale umanitario, pace e sicurezza internazionali, diritti fondamentali e sviluppo socio-economico, dinanzi all'AG¹⁶³, e nei vari organi e comitati dell'ONU¹⁶⁴. Con l'ausilio, poi, dell'art. 39 delle *Provisional Rules of Procedures of the Security Council*, in base al quale «[t]he Security Council may invite (...) other persons, whom it considers competent for the purpose, to supply it with information or to give other assistance in examining matters within its competence», la delegazione presso l'ONU, previo invito, può rappresentare l'Unione anche dinanzi al Consiglio di sicurezza. Ciò, ad esempio, è di recente accaduto a proposito della discus-

¹⁶³ V., ad esempio, *European Union Intervention delivered by Mr Thomas Mayr-Harting, Head of the Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations General Assembly Informal interactive dialogue on the "Report of the Secretary-General on the Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention"*, 11 September 2013, New York; *European Union Statement delivered by Mr. Carl Hallergard, Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations General Assembly Informal meeting of the General Assembly to mark the Observance of the International Day against Nuclear Tests*, 5 September 2013, New York; *Statement on behalf of the European Union delivered by H.E. Thomas Mayr-Harting, Head of the Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations General Assembly Informal Plenary to listen to a briefing by the Chair of the Independent International Commission of Inquiry, Mr. Pinheiro, on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic*, 29 July 2013, New York.

¹⁶⁴ Cfr., *ex multis*, *Statement on behalf of the European Union and its Member States delivered by Gilles Marhic, Minister Counsellor, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 67th General Assembly Sixth Committee on Agenda item 165: Report of the Committee on Relations with the Host Country*, 16 November 2012, New York.

sione sulla protezione dei giornalisti inviati nelle zone di conflitto¹⁶⁵ e sul rapporto tra gestione delle risorse naturali e prevenzione dei conflitti¹⁶⁶.

Il modello di partecipazione dell'Unione ai lavori delle Nazioni Unite è stato prontamente ripreso, nei suoi tratti generali, e trasposto per indicare come definire le modalità per la formulazione di dichiarazioni a nome dell'Unione presso le altre organizzazioni internazionali. Così, i *General Arrangements* del Consiglio della UE dell'ottobre 2011 richiamano anch'essi tra gli *EU Actors* – vale a dire le figure istituzionali preposte dal Trattato di Lisbona a rappresentare l'Unione sul piano internazionale – le delegazioni europee, sottolineando l'importanza del previo coordinamento e della leale cooperazione con gli Stati membri della UE per una presenza efficace ed ottimale dell'Europa nelle organizzazioni internazionali multilaterali¹⁶⁷.

9. I privilegi e le immunità diplomatici delle delegazioni dell'Unione e gli accordi sul loro insediamento

Come sopra evidenziato, l'attività delle missioni che rappresentano l'Europa presso i Paesi terzi e gli enti intergovernativi presenta estese e significative similarità con quella delle ambasciate e dei consolati nazionali, analogia che non può stupire alla luce dell'ampiezza e dello spessore delle competenze conferite all'Unione dai diversi trattati europei, da ultimo dal Trattato di Lisbona. Al tempo stesso indispensabile strumento per svolgere detta attività ed ulteriore prova dell'affinità delle delegazioni dell'Unione con le missioni diplomatiche degli Stati è lo *status* di cui godono le rappresentanze europee, che è quello delle immunità e dei privilegi diplomatici anche codificati dalla CVRD del 1961¹⁶⁸. Infatti, il pieno esercizio del diritto di legazione attivo da parte dell'Unione richiede l'approntamento di una adeguata tutela delle delegazioni e dei suoi funzionari, ade-

¹⁶⁵ *Statement on behalf of the European Union and its Member States by H.E. Thomas Mayr-Harting, Head of the Delegation of the European Union to the United Nations, at the Security Council Open Debate on Protection of Journalists in Conflict*, 17 July 2013, New York.

¹⁶⁶ *Statement on behalf of the European Union and its Member States by H.E. Mr. Ioannis Vrailas, Chargé d'affaires a.i., Delegation of the European Union to the United Nations, at the United Nations Security Council Open Debate on Conflict Prevention and Natural Resources*, 19 June 2013, New York.

¹⁶⁷ V. Consiglio dell'Unione europea, doc. 15901/11, *Dichiarazioni dell'UE in sede di organizzazioni multilaterali - Modalità generali*, 22 ottobre 2011, par. 1-3.

¹⁶⁸ M. LIČKOVÁ, *European Exceptionalism in International Law*, in *EJIL*, 2008, pp. 463-490; T. TIILIKAINEN, *To Be or not to Be? An Analysis of the Legal and Political Elements of Statehood in the EU's External Identity*, in *EFA Rev.*, 2001, pp. 223-241; I. ROBERTS, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 399 ss.

guata tutela che, per l'estensione e l'articolazione delle competenze delle rappresentanze europee, può essere al meglio garantita proprio dai privilegi e dalle immunità diplomatici codificati dalla CVRD per le missioni e gli agenti diplomatici nazionali. Con la sola eccezione del Canada¹⁶⁹, il quale concede una tutela equivalente agli agenti diplomatici ai «senior officials» della delegazione dell'Unione, ossia il capodelegazione ed il suo vice, nonché i consiglieri economici e politici ed i loro assistenti, mentre riserva agli altri funzionari ed ai locali della rappresentanza europea la stessa protezione prevista dalla Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite, adottata dall'Assemblea generale il 13 febbraio 1946¹⁷⁰, tutti gli altri Stati accreditati riservano alle delegazioni europee lo *status* diplomatico previsto dalla CVRD.

La declinazione, in tutti i suoi aspetti, del principio *ne impediatur legatio* è riconosciuta nella maggioranza dei casi attraverso la conclusione di un accordo ad hoc tra l'Unione europea e lo Stato ospite, mentre, in episodi circoscritti, alcuni Paesi terzi disciplinano attraverso atti unilaterali lo *status* diplomatico delle missioni e dei funzionari europei: oltre alla situazione *sui generis* del Canada, appena considerata, si tratta della Svizzera (per le delegazioni a Ginevra presso le organizzazioni internazionali, e quella di Berna presso la Confederazione, i privilegi e le immunità diplomatici sono riconosciuti da decisioni *ad hoc* del Consiglio federale elvetico assunte, rispettivamente, nel 1964 e nel 2005, ed aventi natura confidenziale in quanto delibere dell'esecutivo svizzero, e dunque non accessibili al pubblico); degli Stati Uniti d'America¹⁷¹; e, infine, dell'Australia¹⁷².

¹⁶⁹ V. *Order Respecting the Privileges and Immunities of the European Communities in Canada*, P.C. 1976-3173, 23 December 1976, SOR /77-48, *Canada Gazette* Part II, Vol. 111, No. 1, 29 December 1976, ora facente parte dei regolamenti attuativi del *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41.

¹⁷⁰ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, New York, 13 February 1946, in UNTS, Vol. 1, p. 15.

¹⁷¹ V. per la delegazione di Washington D.C. presso gli USA Public Law 92-499, *An Act to extend diplomatic privileges and immunities to the Mission to the United States of America of the Commission of the European Communities and to members thereof*, approved October 18, 1972, 86 STAT. 815, e *Executive Order 11689 Extending Diplomatic Privileges and Immunities to the Mission to the United States of America of the Commission of the European Communities and to Certain Members thereof*, December 5, 1972, in 37 FR 25987, 3 CFR, 1971-1975 Comp., p. 732; per la delegazione presso le Nazioni Unite cfr. U.S.C. Section 288h, *Commission of European Communities; Extension of Privileges and Immunities to Members*, sezione inserita nello *US Code* dalla Public Law 100-204 del 22 dicembre 1987 (101 STAT. 1394), e *Executive Order 12651 - Offices of the Commission of the European Communities*, September 9, 1988, in 53 FR 35287, 3 CFR, 1988 Comp., p. 581.

¹⁷² *Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967*, Act No. 16 of 1967 as amended and in force on 29 June 2013, Compilation prepared on 30 July 2013 by the Office of Legislative Drafting and Publishing, Attorney-General's Department, Canberra, C2013A00103; e *Diplomatic Privileges and Immunities Regulations 1989*, Statutory Rules No. 287 as amended, Compilation prepared on 22 July 2004 by the Office of Legislative Drafting and Publishing,

Laddove non vi sia un riconoscimento esplicito dello *status* diplomatico delle delegazioni attraverso un atto unilaterale dello Stato accreditatario, si rende, naturalmente, necessaria la sottoscrizione di uno specifico accordo sulla configurazione di detto *status*, in quanto l'Unione europea, non essendo a tutt'oggi assimilabile ad uno Stato, benché le «[EU] delegations are closer to embassies than any other mission of an international organization»¹⁷³, non potrebbe rivendicare, senza il supporto dello strumento pattizio, l'applicazione alle sue rappresentanze del diritto diplomatico consuetudinario codificato nella CVRD per le missioni e gli agenti nazionali. Pertanto, nelle relazioni esterne prima della Comunità ed ora dell'Unione, vi è ormai una prassi consolidata di conclusione di accordi bilaterali sullo stabilimento e sui privilegi ed immunità delle delegazioni europee, basati su un modello pressoché costantemente rispettato nei negoziati con i Paesi terzi. A partire dal marzo 1974, quando venne stipulato l'accordo con il Giappone¹⁷⁴, e sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, detti accordi, per conto della Comunità, erano conclusi dalla Commissione europea. Riguardo al fondamento giuridico del *treaty-making power* di detta istituzione, esso veniva individuato, da un lato, a proposito delle delegazioni aperte presso le organizzazioni internazionali, nel vecchio art. 302 TCE¹⁷⁵, poiché dette delegazioni sicuramente potevano rappresentare un esempio di «utile collegamento» con gli enti intergovernativi che l'istituzione in oggetto era chiamata ad assicurare, in via esclusiva,

Attorney-General's Department, Canberra, in *Federal Register of Legislative Instruments*, F2004C00068.

¹⁷³ Così H. G. SCHERMERS - N. M. BLOKKER, *International Institutional Law - Unity within Diversity*, Boston, Nijhoff, 2003, pp. 1170-1171.

¹⁷⁴ *Japan and European Economic Community, European Coal and Steel Community and European Atomic Energy Community - Agreement on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the Commission of the European Communities*, firmato a Bruxelles l'11 marzo 1974, in *UNTS*, vol. 1002, p. 222.

¹⁷⁵ Ai sensi del quale la Commissione doveva «assicura[re] ogni utile collegamento con gli organi delle Nazioni Unite e degli istituti specializzati delle Nazioni Unite», nonché «i collegamenti [ritenuti] opportuni con qualsiasi organizzazione internazionale». Detta disposizione, unitamente agli artt. 303 e 304 TCE, è ora sostituita dall'art. 220 TFUE, il quale stabilisce che l'Unione debba «attua[re] ogni utile forma di cooperazione con gli organi delle Nazioni Unite e degli istituti specializzati delle Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico», nonché «assicura[re] (...) i collegamenti che ritiene opportuni con altre organizzazioni internazionali», ripartendo tra AR e Commissione il compito di dar seguito alla collaborazione tra Unione ed enti intergovernativi. L'art. 220, par. 2, TFUE sancisce, infatti che «[l']Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e la Commissione sono incaricati dell'attuazione» della disposizione in oggetto. Su tale disposizione del Trattato di Lisbona dedicata ai rapporti tra Unione e organizzazioni internazionali v. E. BARONCINI, *Articolo 220 TFUE*, in corso di pubblicazione in F. POCAR - M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 1198-1201; P. PALCHETTI, *Articolo 220 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 4, p. 1817-1831.

nel periodo pre-Lisbona. Dall'altro, più in generale e per tutte le rappresentanze europee insediate presso i Paesi terzi, il fondamento giuridico dell'operato della Commissione veniva individuato nel suo potere di auto-organizzazione dei propri servizi, di cui la Commissione doveva – e deve, naturalmente, ancora – poter disporre al fine di svolgere le funzioni ad essa affidate dai Trattati comunitari – dal potere di negoziato degli accordi comunitari, al quasi monopolio di iniziativa legislativa, all'attività di esecuzione del diritto comunitario e di attuazione delle politiche europee. Poiché le delegazioni della Commissione, per svolgere pienamente i loro compiti, avevano anch'esse necessità dell'indipendenza garantita dallo *status* diplomatico, la capacità del Collegio di stipulare gli accordi sui privilegi e le immunità veniva ascritta al medesimo potere di auto-organizzazione. Dunque, il *treaty-making power* della Commissione per concludere gli accordi sullo *status* delle sue rappresentanze era ricondotto ai trattati comunitari, in quanto le delegazioni, unitamente ai privilegi e alle immunità loro e dei loro *staff*, erano considerate articolazioni e condizioni necessarie al Collegio per svolgere i compiti istituzionali ad esso riservati dal sistema disegnato dal diritto comunitario primario. Inoltre, come sottolineato dall'Avvocato Generale Tesauro, nella ben nota causa n. C-327/91 *Francia c. Commissione* del 1994, gli accordi di sede conclusi dalla Commissione erano legittimati anche dalla tacita approvazione che ricevevano da Consiglio e Parlamento allorché, nella loro veste di autorità di bilancio, tali istituzioni adottavano gli stanziamenti necessari al funzionamento delle delegazioni della Commissione all'estero¹⁷⁶. Con riferimento alle modalità di approvazione degli accordi di sede da parte della Commissione, si era consolidato un *iter* procedurale *sui generis*, certo non estraneo al consueto clima di sobrietà che contraddistingue l'attività internazionale di carattere pattizio della Commissione. Il Collegio, infatti, adottava una Comunicazione, rivolta al Consiglio e al Parlamento, relativa allo sviluppo del suo servizio esterno, ove indicava, con le appropriate motivazioni, che intendeva aprire nuove delegazioni; contestualmente all'approvazione della Comunicazione, il Collegio abilitava il Commissario per le relazioni esterne a prendere le decisioni di apertura delle delegazioni previste nella Comunicazione; e tale abilitazione si considerava come inclusiva del potere del Commissario di concludere gli accordi sui privilegi e le immunità con gli Stati terzi¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro nella causa n. C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, EU:C:1993:941, sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3641, EU:C:1994:305, punto 28 e nota 28.

¹⁷⁷ Sul punto cfr., più estesamente, E. BARONCINI, *Il treaty-making power della Commissione europea*, cit. *supra*, nota 43, p. 190 ss.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, comportando una nuova configurazione delle delegazioni (ormai rappresentanze a pieno titolo dell'Unione in tutti i suoi profili), nuovi poteri dell'AR, nonché la creazione del SEAE, ha conseguentemente implicato alcune modifiche sui soggetti istituzionali competenti a concludere gli accordi di sede e sulla relativa procedura di adozione, mentre la struttura ed il contenuto di tali strumenti pattizi sono analoghi al modello pre-Lisbona. Partendo dal contenuto del modello di Accordo tra l'Unione europea e lo Stato accreditatario sullo stabilimento e sui privilegi e le immunità della delegazione dell'Unione aperta in quello Stato, ed analizzandolo alla luce del testo dell'unico Accordo di sede cui ci è stato consentito di avere accesso, ossia quello con il Governo dell'Uzbekistan (per gli altri strumenti pattizi, le nostre richieste sono state, sinora, rigettate dal SEAE sulla base del diniego opposto alle autorità europee dai Paesi terzi, specificamente Libia e Sud Sudan), notiamo, innanzitutto, che, conformemente a quanto codificato all'art. 2 della Convenzione del 1961, in base al quale «lo stabilimento di relazioni diplomatiche (...) e l'invio di missioni diplomatiche permanenti avv[engono] per mutuo consenso», l'accordo di sede si apre con la dichiarazione della disponibilità del governo uzbeko «to the establishment on its territory of a Delegation of the European Union»¹⁷⁸. Quindi, all'art. 2, il Governo di Tashkent si impegna a riconoscere la personalità giuridica dell'Unione – come pure della Comunità europea dell'energia atomica, che non è stata assorbita, analogamente alla CECA, né inglobata, analogamente alla CE, nell'unico soggetto dell'Unione, ma continua a funzionare attraverso istituzioni, organi e servizi di quest'ultima. In particolare, detta disposizione sancisce che UE e CEEA, «in accordance with the requirements imposed by the national legislation of the Republic of Uzbekistan», abbiano la capacità di concludere contratti, di acquistare e disporre di beni mobili ed immobili nella misura necessaria all'efficace svolgimento dei loro compiti, come pure quella di stare in giudizio, precisando che, per tali attività, saranno rappresentate dal Capo delegazione.

Passando, poi, a definire lo *status* diplomatico da garantire alla rappresentanza europea e al suo personale da parte dello Stato territoriale, l'art. 3 dell'Accordo UE/Uzbekistan compie il più ampio rinvio alla CVRD. Infatti, come già sottolineato, l'Unione non può essere considerata uno Stato cui applicare i privilegi e le immunità diplomatici del diritto in-

¹⁷⁸ Art. 1 dell'*Agreement between the Government of the Republic of Uzbekistan, the European Union and the European Atomic Energy Community on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in the Republic of Uzbekistan*, Brussels, 24 January 2011.

ternazionale generale, né può, in quanto «non-state actor», aderire alla Convenzione sulle relazioni diplomatiche al fine di chiederne il rispetto, nei suoi confronti, da parte di tutti gli Stati contraenti¹⁷⁹. Pertanto, accanto all'impegno unilaterale da parte dello Stato territoriale, l'altra modalità tecnica per assicurare alle proprie delegazioni la stessa protezione riservata ad ambasciate ed agenti diplomatici è la stipulazione di un accordo che richiami il diritto diplomatico espresso dalla CVRD, perfettamente funzionale alle attività delle missioni europee e del personale che in tali sedi lavora. Così, l'art. 3, par. 1, dell'Accordo di sede stabilisce che «[t]he Delegation, its Head and its members, as well as the members of their families forming part of their respective households, shall, on the territory of the Republic of Uzbekistan, enjoy such rights, privileges and immunities and be subject to such obligations as correspond to those laid down in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961 and respectively accorded to and assumed by Diplomatic Missions accredited to the Republic of Uzbekistan, the heads and members of those Missions, as well as the members of their families forming part of their respective households».

Inoltre, conformemente alla condizione di reciprocità che contraddistingue le relazioni diplomatiche, in base alla quale ogni Stato concede, nel proprio territorio, protezione ad agenti e sedi straniere sul presupposto che pari tutela venga accordata ai propri rappresentanti e alle proprie missioni diplomatiche accreditate e stabilite nei Paesi terzi, l'art. 3, par. 3, dell'Accordo di sede prevede che i diritti, i privilegi e le immunità richiamati nella stessa disposizione tramite il rinvio alla CVRD, siano riconosciuti alla missione uzbeka presso l'Unione europea a Bruxelles, unitamente al suo Responsabile e agli altri membri. Naturalmente, l'Unione europea, in quanto *non-state international actor* privo dell'elemento di sovranità della territorialità, non può autonomamente garantire tale reciprocità nella concessione dello *status* diplomatico ad agenti ed ambasciate stranieri. Per superare questa carenza gli Stati membri dell'Unione, sin dal 1965, hanno concordato che lo Stato «sul cui territorio è situata la sede dell'Unione – vale a dire il Belgio – riconosc[a] alle missioni dei Paesi terzi accreditate presso l'Unione le immunità e i privilegi diplomatici d'uso»¹⁸⁰. Tale soluzione pragmatica viene espressamente indicata nell'Accordo di sede, il

¹⁷⁹ Gli artt. 48 e 50 della CVRD permettono l'adesione a tale accordo di codificazione unicamente agli Stati, siano essi membri dell'ONU, di un'istituzione specializzata, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, o invitati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a divenire contraenti della Convenzione.

¹⁸⁰ Art. 16 del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea adottato a Bruxelles l'8 aprile 1965, come modificato dal Trattato di Lisbona.

quale chiarisce, per l'appunto, che la reciprocità sulla concessione dello *status* diplomatico avviene «in conformity with the provisions of Article 16 of Protocol 7 on the privileges and immunities of the European Union annexed to the Treaty on the European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union and the Treaty establishing the European Atomic Energy Community»¹⁸¹. L'esplicito richiamo alla condizione di reciprocità, peraltro, indica una profonda differenza tra le relazioni che lo Stato accreditatario ha con l'Unione e quelle instaurate con altre organizzazioni internazionali. Infatti, la richiesta di reciprocità, con la quale lo Stato ospite vuole assicurarsi che anche la propria missione presso la UE abbia uno *status* diplomatico, contraddistingue le relazioni diplomatiche fra le Nazioni, e non è oggetto di trattativa allorché un'organizzazione internazionale, diversa dall'Unione, chieda ad uno Stato di aprire un proprio ufficio di rappresentanza sul suo territorio – tale ente intergovernativo, infatti, non disponendo di un territorio, e, in particolare, non essendo espressione di un processo di integrazione quale quello comunitario, che vede, attraverso il Protocollo del 1965, l'impegno di tutti gli Stati membri a garantire lo *status* diplomatico per le missioni degli Stati terzi presso l'Unione, altro non può fare che rinviare alle condizioni stabilite nell'*Headquarters Agreement* che ha stipulato con il Paese ove si trova la sua sede principale, il quale solitamente contempla anche il trattamento da riservare alle missioni degli Stati presso quella data organizzazione internazionale¹⁸².

Accanto alla reciprocità *sui generis* offerta dall'Unione, imperniata sull'impegno del Belgio ad accogliere e concedere privilegi e immunità alle missioni presso la UE, il Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea individua un'ulteriore, concreta, soluzione alle esigenze di protezione dell'azione diplomatica dell'Europa, che viene anch'essa inglobata negli accordi di sede stipulati per le delegazioni. Poiché l'Unione non rilascia ancora veri e propri passaporti diplomatici per lo *staff* delle sue delegazioni, l'art. 6 del Protocollo n. 7 stabilisce che «[i] presidenti delle istituzioni dell'Unione possano rilasciare ai membri ed

¹⁸¹ Art. 3, par. 3, dell'*Agreement between the Government of the Republic of Uzbekistan, the European Union and the European Atomic Energy Community on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in the Republic of Uzbekistan*, cit. *supra*, nota 178.

¹⁸² Sugli accordi di sede delle organizzazioni internazionali cfr. N. BLOKKER, *Headquarters Agreements*, in P. J. VAN KRIEKEN - D. MCKAY (Eds.), *The Hague: Legal Capital of the World*, The Hague, TMC Asser Press, 2005, pp. 61-110; Z. HETESY, *The Making of the Basic Principles of the Headquarters Agreement*, in *Fordham International Law Journal*, 2002, pp. 625-637; T. A. MENSAH, *Headquarters Agreement and the Law of International Organizations*, in H. P. HESTERMEYER - D. KÖNIG - N. MATZ-LÜCK - V. RÖBEN - A. SEIBERT-FOHR, P. T. STOLL - S. VÖNEKY (Eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity - Liber Amicorum Rudiger Wolfrum*, Vol. 2, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 1463-1495.

agli agenti di dette istituzioni lasciapassare la cui forma è stabilita dal Consiglio, che delibera a maggioranza semplice». Tali lasciapassare, oltre a dover essere «riconosciuti dalle autorità degli Stati membri come titoli di viaggio validi»¹⁸³, possono ricevere la medesima considerazione e svolgere la medesima funzione in riferimento alle autorità e al territorio dei Paesi terzi: la Commissione europea, infatti, «può concludere accordi per far riconoscere tali lasciapassare come titoli di viaggio validi sul territorio di Stati terzi»¹⁸⁴.

Per quanto a noi noto, tale base giuridica, una delle poche di diritto primario a contemplare espressamente il *treaty-making power* della Commissione europea, è stata utilizzata una sola volta per concludere un accordo unicamente dedicato ai lasciapassare, ossia nel 1974, nell'intesa raggiunta con la Svizzera¹⁸⁵. Infatti, anziché moltiplicare gli strumenti patrizi, nella prassi pre-Lisbona la Commissione aveva ben presto preferito inserire una disposizione *ad hoc* sui lasciapassare negli accordi di sede che sottoscriveva con i Paesi terzi per stabilire e tutelare le sue missioni. Tale tecnica è confermata nell'attuale *modus operandi* dell'Unione, per cui, all'art. 4 dell'accordo UE/Uzbekistan, si può leggere che «[t]he Government of the Republic of Uzbekistan (...) recognises the *laissez-passer* issued by the European Union to officials and other servants of its institutions as valid travel documents», e che «[i]n case of introduction of new travel documents or modification of the existing ones, the European Union shall inform the Government of the Republic of Uzbekistan and shall convey through diplomatic channels specimens of new or modified documents no later than thirty days prior to their application».

Le rimanenti clausole dell'Accordo di sede – le disposizioni sono in totale dieci – stabiliscono che le controversie relative a tale accordo vengano risolte tramite consultazioni tra le due parti «with the aim of arriving at a conciliation»¹⁸⁶, che possano essere apportati emendamenti e modifiche all'intesa bilaterale «by mutual agreement of the Parties (...) by separate protocols which shall form an integral part of [the] Agreement»¹⁸⁷, e, infine, che l'accordo «is concluded for an indefinite period and shall be terminated after six months following the notification by either of the par-

¹⁸³ Così ancora l'art. 6 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione.

¹⁸⁴ *Ivi*.

¹⁸⁵ *Scambio di lettere del 5 dicembre 1974 tra la Missione svizzera presso le Comunità europee e la Direzione generale per le relazioni estere della CEE concernente il riconoscimento del lasciapassare rilasciato dalle Comunità europee ai membri e ai funzionari delle loro istituzioni.*

¹⁸⁶ Art. 8.

¹⁸⁷ Art. 9.

ties through diplomatic channels about the intention to terminate the Agreement»¹⁸⁸.

Passando, quindi, ad esaminare il soggetto competente a stipulare tali accordi di sede per conto dell'Unione, si nota, in primo luogo, che la decisione SEAE, all'art. 5, par. 6, stabilisce che l'AR «conclud[a] gli *accordi necessari* con il paese ospitante, l'organizzazione internazionale o il paese terzo interessato»¹⁸⁹, puntualizzando, «in particolare», che detta figura istituzionale «adott[i] le *misure necessarie* per assicurare che gli Stati ospitanti accordino alle delegazioni dell'Unione, al loro personale e ai relativi beni, privilegi e immunità equivalenti a quelli di cui alla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961»¹⁹⁰. Pur essendo stata adottata una norma che, rispetto alla prassi pre-Lisbona, fa espresso riferimento agli accordi di sede, al loro contenuto, nonché alla figura istituzionale competente a concluderli a nome dell'Unione, non si può non notare la cautela "terminologica" che costantemente caratterizza la descrizione del *treaty-making power* dell'Unione laddove esso venga esercitato attenendosi a procedure diverse da quelle contemplate dall'art. 218 TFUE. Detta cautela risalta ancor di più se si raffrontano le diverse versioni linguistiche della disposizione qui considerata. Infatti, il potere di concludere gli *accordi necessari* per le rappresentanze ufficiali dell'Europa viene anche reso con le frasi, più indefinite, di *necessary arrangements* (versione inglese), e *arrangements qui s'imposent* (versione francese), per tornare ad una scelta lessicale più netta, per la presentazione dell'attività pattizia a nome dell'Unione, che può riscontrarsi nella versione tedesca – *die erforderlichen Vereinbarungen* – o spagnola – *los acuerdos necesarios*. Inoltre, spicca con evidenza l'uso della prudente e neutra espressione *misure necessarie* – la cui traduzione nelle varie versioni linguistiche consultate è, invece, letteralmente fedele rispetto a quella italiana (*necessary measures*, *mesures nécessaires*, *erforderlichen Maßnahmen*, *medidas necesarias*) – per illustrare il potere dell'Alto Rappresentante di adoperarsi per assicurare l'applicazione, alle delegazioni dell'Unione, delle norme internazionali che tradizionalmente tutelano le rappresentanze diplomatiche degli Stati. Detto uso appare decisamente volto ad allontanare l'attenzione dallo strumento attraverso il quale l'AR potrà ottenere dal Paese ospitante l'impegno ad osservare l'inviolabilità della sede, degli archivi e della corrispondenza delle missioni europee, unitamente alle immunità e ai privilegi

¹⁸⁸ Art. 10, par. 2.

¹⁸⁹ Corsivo aggiunto.

¹⁹⁰ Corsivo aggiunto.

diplomatici per i funzionari delle delegazioni dell'Unione. Tuttavia, nonostante le accortezze lessicali, gli strumenti concordati con i Paesi terzi, come ben si può evincere dall'Accordo UE/Uzbekistan sopra considerato, sono indubbiamente dei veri e propri accordi internazionali, in quanto presentano tutti gli elementi costitutivi della fonte pattizia – ossia la presenza di due o più soggetti internazionali (nel nostro caso, la UE ed il Paese terzo), l'incontro delle loro volontà nel senso di assumere impegni vincolanti, e la scelta delle parti contraenti di sottoporre gli obblighi e i diritti congiuntamente definiti alla disciplina del diritto internazionale.

Riguardo alla qualifica del fondamento giuridico del *treaty-making power* posto dalla decisione SEAE in capo all'AR, ci pare che detto potere possa essere considerato come riconosciuto, formulando una delega *sui generis*, proprio dall'atto istitutivo del Servizio europeo per l'azione esterna, il quale, sul presupposto dell'«autorità» dell'AR sulle delegazioni contemplato dall'art. 221, par. 2, TFUE, ha potuto articolare tale nozione di «autorità» come inclusiva della capacità di decidere l'apertura delle missioni europee, e, dunque, di quella di adoperarsi per dotare queste ultime dell'indispensabile *status* diplomatico¹⁹¹.

Inoltre, il *treaty-making power* esercitabile dall'AR in nome dell'Unione può anche essere ricondotto, analogamente a quanto definito per l'operato della Commissione nel periodo pre-Lisbona, al potere istituzionale di auto-organizzazione del nuovo Servizio europeo per l'azione esterna posto sotto l'autorità dell'AR¹⁹², con la differenza che l'attuale quadro normativo, pur permeato di "cautela lessicale", è indubbiamente più soddisfacente rispetto all'epoca antecedente al 1° dicembre 2009, in quanto contraddistinto dal diritto positivo, anziché essere caratterizzato dalla prassi non scritta dell'epoca pre-Lisbona. La capacità di sottoscrivere accordi di sede da parte dell'AR, sia essa qualificata come potere riconosciuto e articolato dalla decisione SEAE, o considerata insita nel potere di auto-organizzazione del Servizio europeo per l'azione esterna, comporta il superamento di quanto stabilito dall'art. 27, par. 2, TEU – il quale prevede che l'AR possa, sul piano delle relazioni esterne, rappresentare l'Unione solo per le questioni PESC – consentendo all'AR di negoziare e concludere un tipo di accordo quale quello sui privilegi e le immunità anche se non è solo di politica estera, in quanto le delegazioni, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, rappresentano, sul piano internazionale, l'Unione nel suo complesso, e non solo per la PESC. Naturalmente, sotto un profilo di chiarezza politico-istituzionale, è importante che il ricono-

¹⁹¹ V. il più volte citato art. 5, par. 1 e 6, della decisione n. 2010/427/Ue, *cit. supra*, nota 14.

¹⁹² Cfr. gli artt. 27, par. 3, TUE e 221, par. 2, TFUE.

scimento dell'esercizio del *treaty-making power* dell'Unione attraverso l'AR sia stato compiuto nella decisione SEAE, indubbiamente *sui generis* per il processo decisionale che la contraddistingue – infatti, detta decisione, lo si ricorda, è stata adottata, in base all'art. 27, par. 3, TUE, dal Consiglio su proposta dell'AR, con la previa approvazione della Commissione e la previa consultazione del Parlamento europeo, dunque esprime un compromesso, lungamente e approfonditamente discusso ed affinato, raggiunto e sostenuto con l'ampia partecipazione delle tre istituzioni che danno vita al c.d. triangolo decisionale europeo.

Tuttavia, il potere dell'AR – sia che lo si consideri come riconosciuto dalla decisione n. 2010/427/UE articolando l'«autorità» sulle delegazioni che l'art. 221, par. 2, TFUE riserva a detta figura istituzionale, oppure come manifestazione dell'auto-organizzazione del SEAE – non è sufficiente a concludere gli accordi di sede per conto della CEEA e per quanto riguarda la disposizione, sistematicamente inserita in detti strumenti pattizi, sull'impegno dello Stato accreditatario a riconoscere i lasciapassare rilasciati dai presidenti delle istituzioni europee. Per quanto riguarda la Comunità europea dell'energia atomica, infatti, l'art. 106 *bis* CEEA stabilisce che anche l'art. 17 TUE si applichi al Trattato istitutivo di detta Comunità. L'art. 17, par. 1, TUE, a sua volta, prevede che la Commissione «[a]ssicur[i] la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati»: pertanto, è detta istituzione che, sul piano esterno, ha il potere di rappresentare la CEEA. La decisione SEAE, che, come già illustrato in precedenza, all'art. 5, par. 6, prevede il potere dell'AR di concludere gli accordi sui privilegi e le immunità, e all'art. 5, par. 8, conferisce al Capodelegazione la capacità di rappresentare l'Unione presso il Paese terzo nel quale la delegazione europea è accreditata, non si applica, però, alla CEEA: quindi, spetta alla Commissione, per conto della CEEA e sempre sulla base del potere di auto-organizzazione già esercitato nel periodo pre-Lisbona, concordare le relative intese in nome della Comunità europea dell'energia atomica. Con riferimento, invece, all'impegno a riconoscere i lasciapassare europei, regolarmente incluso nell'articolato degli accordi di sede, l'art. 6 del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea conferisce alla Commissione il potere di «concludere accordi per far riconoscere tali lasciapassare come titoli di viaggio validi sul territorio di Stati terzi»: dunque, ancora una volta, in base all'attuale impianto normativo di diritto primario dell'Unione, spetta alla Commissione stipulare intese in tal senso.

Il composito quadro dei fondamenti giuridici conferenti il potere di concludere gli accordi di sede, indispensabili alle delegazioni dell'Unione, si è affacciato, per la prima volta, proprio a proposito della stipulazione

dell'Accordo con l'Uzbekistan – sottoscritto, come si è visto, il 24 gennaio 2011, dunque poche settimane dopo il varo ufficiale del SEAE, avvenuto il 1° gennaio dello stesso anno¹⁹³, mentre l'altra intesa di insediamento della quale si è potuto avere qualche dettaglio attraverso i comunicati stampa, quella con il Sud-Sudan, è stata sottoscritta successivamente¹⁹⁴. «In order to have only one signature on [the] agreement for the EU and Euratom side», l'AR e il Commissario europeo per l'energia hanno quindi inviato una Comunicazione alla Commissione, ove si è suggerito a quest'ultima «to authorize the HR/VP to sign the agreement on behalf of Euratom and as regards the recognition of the laissez-passer»¹⁹⁵. In particolare, essi hanno proposto che la Commissione approvasse il testo dell'Accordo di stabilimento per conto della CEEA e in merito alla disposizione sui lasciapassare, e che il Collegio autorizzasse l'AR «to sign the agreement on behalf of Euratom and, in case of impediment, to appoint a representative to sign in her place» come pure «to sign the agreement as regards the recognition of the laissez-passer and, in case of impediment, to appoint a representative to sign in her place»¹⁹⁶. Infine, la Commissione è stata invitata ad autorizzare «the HR/VP to ensure, via the Delegation in Uzbekistan, the representation of the European Atomic Energy Community in [that] country», precisando che «[w]here atomic energy issues arise, the Commission may also issue instructions to the delegation in Uzbekistan, which shall be executed under the overall responsibility of the Head of Delegation»¹⁹⁷.

La soluzione giuridica proposta dall'Alto Rappresentante e dal Commissario per l'energia per la semplificazione nella procedura di conclusione degli accordi di sede e l'accentramento, nella figura del Capodelegazione, della rappresentanza di Unione e CEEA nel Paese terzo, ha trovato subito riscontro nella prassi post-Lisbona. Anzi, l'AR si è anche immediatamente avvalso della possibilità di nominare un suo sostituto per la sottoscrizione dell'intesa sui privilegi e le immunità. Infatti, il firmatario dell'Accordo UE/Uzbekistan per conto di Unione e CEEA è Pierre Vimont,

¹⁹³ V. European Commission News, *Republic of Uzbekistan - European Union Memorandum of Understanding Signatures: Extracts*, Brussels, 24 January 2011.

¹⁹⁴ Cfr. EEAS Press Release, *Establishment Agreement Signed between the European Union and the Republic of South Sudan*, Brussels, 9 December 2011.

¹⁹⁵ SEC(2011) 111/1, *Communication of HR/VP Catherine Ashton and Günther Oettinger, Commissioner for Energy, to the Commission on the Signature of the Agreement between the EU, the European Atomic Energy Community and the Government of the Republic of Uzbekistan on the Establishment and the Privileges and Immunities of the Delegation of the European Union in Uzbekistan*, Brussels, 21 January 2011, p. 2.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

Segretario generale esecutivo del SEAE; e, come sopra riportato¹⁹⁸, nelle decisioni di apertura delle delegazioni, ora approvate di concerto con la Commissione ed il Consiglio, è già inserita la delega per gli accordi di sede al *Chief Operating Officer*, ossia al Direttore generale amministrativo, del SEAE. Infatti, l'art. 2, lett. *b.*, dei provvedimenti in questione recita, per l'appunto, che «[t]he Chief Operating Officer of the EEAS shall take the necessary steps to ensure the implementation of [the decision regarding the opening of a Delegation] in particular (...) to ensure that the Delegation, its property, its head and its members, as well as the members of their families forming part of their respective households, are granted privileges and immunities equivalent to those laid down in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961»¹⁹⁹.

10. Le delegazioni e la tutela dei cittadini dell'Unione europea nel territorio dei Paesi terzi: la protezione consolare

Si è già sopra sottolineato, analizzando le funzioni delle delegazioni dell'Unione, che queste ultime possono essere accostate alle ambasciate nazionali anche perché, come indicato dall'art. 3, lett. *b.*, CVRD, concorrono a «proteggere», nello Stato ospite, i cittadini europei «nei limiti ammessi dal diritto internazionale». Infatti, concretizzando una delle finalità proclamate dall'art. 3, par. 5, TUE, ai sensi del quale «[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, *contribuendo alla protezione dei suoi cittadini*», l'art. 35 TUE affianca le delegazioni europee alle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri per «contribuire» *a.* «all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi» di cui all'art. 20, par. 2, lett. *c.*, TFUE, nonché *b.* all'esecuzione delle misure adottate, in base all'art. 23 TFUE, proprio «per facilitare tale tutela».

Non si ha qui l'intenzione di addentrarsi nella questione, dibattuta in dottrina²⁰⁰, sull'ampiezza della tutela che il diritto primario dell'Unione indica per la dimensione esterna della cittadinanza europea – se si debba trattare solo di assistenza consolare, oppure includa la protezione diplomatica. Si sottolinea, comunque, che l'ampio dato letterale dell'art. 20 TFUE

¹⁹⁸ Cfr., *supra*, par. 3.

¹⁹⁹ V. PROC HR(2011) 014, PROC HR(2011) 015, HR DEC(2013) 001, HR DEC(2013) 002, *cit. supra*, rispettivamente, nota 31, nota 32, nota 33 e nota 34.

²⁰⁰ V. J. WOUTERS - S. DUQUET - K. MEUWISSEN, *The European Union and Consular Law*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 107, June 2013, e la bibliografia *ivi* citata.

formalmente non esclude quest'ultima, visto che contempla, per i cittadini dell'Unione, «il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro», mentre l'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali, rubricato «tutela diplomatica e consolare», addirittura codifica espressamente l'accezione più ampia della «tutela». Indubbiamente, in entrambi i casi si tratta di valide fonti di diritto primario sulla base delle quali, unitamente ad una prassi significativa, è possibile individuare una competenza dell'Unione anche sotto il profilo della protezione diplomatica dei cittadini europei²⁰¹.

Nella presente sezione del nostro lavoro, tuttavia, ci si limiterà ad analizzare unicamente l'attività di carattere consolare sinora concretamente svolta dalle delegazioni europee a protezione dei cittadini dell'Unione, al fine di rendere conto dell'unica proposta a tutt'oggi presentata dalla Commissione per disciplinare la tutela dei cittadini dell'Unione nei Paesi terzi, proposta che contempla una tutela di carattere esclusivamente consolare.

Nel diritto secondario e nella prassi si può riscontrare, in riferimento ad alcuni aspetti dell'assistenza consolare, un ruolo sostanzialmente di supporto delle delegazioni europee rispetto all'attività svolta dalle ambasciate e dai consolati degli Stati membri. Infatti, la notevole sensibilità politica che il tema della tutela dei propri cittadini all'estero inevitabilmente presenta per la manifestazione della sovranità degli Stati membri, la limitata disponibilità di risorse economiche ed umane da parte del SEAE (e dunque delle delegazioni e del loro *staff*), unitamente alle incertezze giuridiche riguardo alle effettive competenze esercitabili dall'Unione, sia sotto il profilo del diritto UE che del diritto internazionale, hanno indotto a non attuare compiutamente, almeno per il momento, il dato letterale del diritto primario dell'Unione. Invero, l'art. 35, terza frase, TUE, stabilendo che delegazioni dell'Unione e missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri «*contribuisc[a]no* all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi»²⁰², pone su un piano di parità, proprio attraverso l'uso del verbo «contribuire» – ripreso dall'art. 3, par. 5, TUE –²⁰³ dette rappresentanze, europee e nazionali. Inoltre, come già

²⁰¹ Affermano che anche la protezione diplomatica sia riconducibile alle funzioni dell'Unione europea F. FORNI, *Diplomatic Protection in EU Law: What's New under the Sun?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2014, pp. 150-175; M. B. MORARU, *Protection of EU Citizens Abroad: A Legal Assessment of the EU Citizen's Right to Consular and Diplomatic Protection*, in *Perspective on Federalism*, 2011, pp. 67-105.

²⁰² Corsivo aggiunto.

²⁰³ Ai sensi del quale, lo si ricorda ancora, «[n]elle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini».

evidenziato, la neutrale espressione «del diritto di tutela dei cittadini» formalmente non distingue tra protezione consolare e protezione diplomatica. Tuttavia, la complessità del tema ha, sino ad oggi, implicato una notevole cautela negli ambienti europei. Così, la stessa decisione SEAE si è limitata a richiamare espressamente solo l'aspetto consolare per l'attività di collaborazione tra rappresentanze dell'Unione e degli Stati membri presso i Paesi terzi, adottando, per di più, una formulazione lontana dal ruolo paritario che gli artt. 35 e 3, par. 5, TUE riservano all'Unione, rispetto alle missioni nazionali, per la tutela dei cittadini europei all'estero. Infatti, l'art. 5, par. 10, della decisione n. 2010/427/Ue stabilisce unicamente che «le delegazioni dell'Unione, che agiscono conformemente all'articolo 35 terzo comma, TUE e su richiesta degli Stati membri, *assistono* gli Stati membri nelle loro relazioni diplomatiche e nella loro funzione di protezione consolare dei cittadini dell'Unione nei paesi terzi su base neutra dal punto di vista delle risorse»²⁰⁴: tale attività di «assistenza» – peraltro da condursi senza comportare spese per il bilancio dell'Unione, come puntualizzato dall'espressione «su base neutra dal punto di vista delle risorse» – ovviamente pone le rappresentanze dell'Unione in una posizione meramente ausiliaria rispetto all'attività delle missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri, per quanto riguarda la protezione degli europei all'estero.

Nonostante, poi, la Commissione, nel suo Piano d'azione 2007 – 2009, avesse indicato, per rendere significativa ed efficace la tutela consolare nei Paesi terzi, «la possibilità di ottenere il consenso dei paesi terzi affinché l'Unione possa esercitare la sua protezione tramite le delegazioni»²⁰⁵, nella proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero, basata sull'art. 23 TFUE, essa ha, però, riservato alle rappresentanze dell'Europa un ruolo estremamente defilato²⁰⁶. In sostanza, la Commissione ha previsto che la delegazione dell'Unione possa eventualmente assumere la presidenza delle riunioni di cooperazione locale per lo scambio regolare di informazioni sui cittadini non rappresentati²⁰⁷, e partecipi al coordinamento dei piani di emergenza, cooperando

²⁰⁴ Corsivo aggiunto.

²⁰⁵ COM(2007)767, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni - Per un'efficace tutela consolare nei paesi terzi: il contributo dell'Unione europea - Piano d'azione 2007-2009*, 5 dicembre 2007, p. 11.

²⁰⁶ V. COM(2011) 881, *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero*, 14 dicembre 2011.

²⁰⁷ Cfr. l'art. 14 della *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero*, cit. *supra*, nota 206.

con gli Stati membri per garantire un'assistenza efficace ai cittadini europei in caso di crisi²⁰⁸.

Il Parlamento europeo ha ritenuto che la proposta di direttiva della Commissione non sia sufficientemente «ambiziosa (...) in particolare [proprio] per quanto riguarda il ruolo delle delegazioni dell'UE»²⁰⁹. Ritenendo che «la presente direttiva del Consiglio dovrebbe gettare le basi per il rafforzamento del ruolo della vasta rete di delegazioni dell'UE per quanto riguarda la protezione consolare»²¹⁰, l'Assemblea, al fine di rafforzare la cittadinanza europea e la solidarietà a livello dell'Unione, nonché per dare maggiore visibilità all'Europa nei Paesi terzi, e dunque promuovere l'identità di quest'ultima a livello internazionale, ha approvato una serie di emendamenti volti *a.* ad attribuire espressamente alle delegazioni dell'Unione una funzione consolare per i cittadini non rappresentati, e dunque a consentir loro la possibilità di farsi tutelare anche da una rappresentanza europea, e *b.* a porre in capo alle delegazioni dell'Unione l'intero coordinamento della pianificazione di emergenza, compresa la ripartizione dei compiti, la definizione dei punti di raccolta e delle informazioni da fornire ai soggetti bisognosi di assistenza, e, in particolare, la gestione delle operazioni di evacuazione²¹¹.

Quanto proposto dal Parlamento europeo nella sua Risoluzione legislativa trae origine anche dalle esperienze positive delle attività di raccolta informazioni, comunicazione, trasporto, evacuazione e coordinamento *in loco* svolte delle delegazioni dell'Unione durante le crisi libica e siriana, nonché dopo il terremoto e il disastro nucleare di Fukushima²¹². Inoltre, la posizione dell'Assemblea a favore di un ruolo più marcato delle missioni permanenti europee nella protezione consolare dei cittadini dell'Unione è ispirata dalle Linee guida adottate su tale tema dallo stesso Consiglio dell'Unione. Quest'ultimo, infatti, pur non perdendo mai l'occasione di rimarcare, nei propri documenti, che «la responsabilità nazionale per le que-

²⁰⁸ Cfr. l'art. 15 della *Proposta di Direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero*, loc. cit.

²⁰⁹ A7-0288/2012, *Relazione sulla proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero* (COM(2011)0881 - C7-0017/2012 - 2011/0432(CNS)), Relatore: Edit Bauer, 26 settembre 2012, Parere della Commissione per gli affari esteri, p. 39).

²¹⁰ *Ivi.*

²¹¹ P7 TA-PROV(2012)0394, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 25 ottobre 2012 sulla proposta di direttiva del Consiglio sulla tutela consolare dei cittadini dell'Unione all'estero* (COM(2011)0881 - C7-0017/2012 - 2011/0432(CNS)), emendamenti nn. 25, 26, 27, 29, 47 e 48.

²¹² V. European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, *The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for EU Citizens*, Brussels, 2013; KRISTI RAIK, *Serving the Citizens? Consular Role of the EEAS Grows in Small Steps*, EPC Policy Brief, 30 April 2013.

stioni consolari (...) preval[e]»²¹³, ha introdotto importanti elementi di valorizzazione delle delegazioni dell'Unione a proposito della protezione consolare dei cittadini europei, nell'evidente consapevolezza, al di là delle disquisizioni sul quadro giuridico e sulle funzioni in esso rinvenibili per le delegazioni UE, del vantaggio economico e logistico rappresentato dalla rete diplomatica universale dell'Unione per la piena attuazione del diritto di tutela dei cittadini europei all'estero codificato dal Trattato di Lisbona. Ci riferiamo qui, in particolare, alle indicazioni date dall'istituzione intergovernativa a proposito della cooperazione tra delegazioni europee e missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri «[e]n dehors des périodes de crise»²¹⁴: il Consiglio ha, per l'appunto, osservato che «[l]e rappresentanze degli Stati membri e le delegazioni dell'UE nei paesi terzi dovrebbero (...) condividere le informazioni sulle modifiche della normativa locale che si ripercuotono direttamente sulle attività consolari, in particolare se esse possono determinare cambiamenti nel trattamento dei detenuti, nelle procedure giudiziarie, nelle cure mediche, ecc.», rimarcando pure che «[l]e missioni degli Stati membri e le delegazioni dell'UE potrebbero mettere in comune le informazioni relative all'assistenza legale disponibile *in loco*, in particolare specificando quali avvocati siano disposti a fornire servizi di gratuito patrocinio ai cittadini dell'UE che altrimenti non sarebbero finanziariamente in grado di farsi rappresentare»²¹⁵.

11. Le delegazioni dell'Unione europea e l'asilo diplomatico

Si discute se, nelle proprie delegazioni, l'Unione possa concedere asilo diplomatico, dunque rifugio ad un individuo ricercato dalle autorità del Governo locale, o, comunque, sottoposto a grave pericolo senza possibilità di essere adeguatamente tutelato dalle forze dell'ordine territoriali. Come noto, il diritto internazionale non contempla un diritto generalizzato di uno Stato ad accogliere e proteggere nei locali delle proprie ambasciate, in virtù dell'inviolabilità di queste ultime come codificata dall'art. 22 CVRD, persone sottoposte a provvedimenti di fermo, o comunque restrittivi, da parte del Paese accreditatario. Infatti, l'inviolabilità delle sedi diplomati-

²¹³ Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Linee direttrici dell'Unione europea relative all'attuazione del concetto di Stato guida in materia consolare (2008/C 317/06)*, in *Gu-Ue* n. C 317 del 12 dicembre 2008, p. 6, par. 1; Consiglio dell'Unione europea, doc. 15613/10, *Linee direttrici in materia di tutela consolare dei cittadini dell'UE nei Paesi terzi*, Bruxelles, 5 novembre 2010, par. 1.

²¹⁴ V. E. CUJO - E. HENNEQUET, *Le droit de légation actif*, cit. *supra*, nota 2, p. 254.

²¹⁵ Consiglio dell'Unione europea, doc. 15613/10, *Linee direttrici in materia di tutela consolare dei cittadini dell'UE nei Paesi terzi*, Bruxelles, 5 novembre 2010, par. 9.10 e 9.12.

che è stata riconosciuta e viene concessa per evitare che le funzioni tipiche delle missioni diplomatiche possano subire ingerenze da parte dello Stato ospitante. Detta inviolabilità, pertanto, non può, in linea di principio, essere utilizzata per impedire al Governo locale di esercitare appieno la propria autorità di polizia e l'amministrazione della giustizia verso persone non collegate alle attività ufficiali di un'ambasciata, poiché una simile interpretazione della portata dell'inviolabilità delle missioni concreterebbe una violazione dell'art. 41 CVRD, ossia dell'obbligo di rispettare le leggi ed i regolamenti dello Stato accreditatario, del dovere di non ingerenza negli affari interni di quest'ultimo, e dell'impegno a non utilizzare i locali delle sedi diplomatiche in modo incompatibile con le funzioni di dette sedi. Tuttavia, nella prassi internazionale si può riscontrare una significativa convergenza degli Stati a concedere rifugio nei locali delle proprie missioni all'estero in situazioni di carattere prettamente umanitario – dunque, laddove i diplomatici ravvisino un rischio concreto, per un individuo, della violazione dei suoi diritti fondamentali da parte delle autorità dello Stato locale governato da un regime totalitario e dittatoriale, o ritengano che una persona sia seriamente minacciata senza che lo Stato territoriale sia in grado di adottare adeguati provvedimenti preventivi e repressivi perché indebolito da grosse difficoltà interne o sconvolto da disordini o guerra civile. Insomma, una situazione di emergenza umanitaria e la conseguente necessità di tutelare valori irrinunciabili della comunità internazionale, espressi da norme di *jus cogens*, risultano predominanti rispetto all'osservanza del divieto di ingerenza, da parte del personale diplomatico, negli affari interni dello Stato accreditatario, divieto che, ovviamente, viene messo in discussione dalla concessione dell'asilo diplomatico. Parimenti, si può individuare una importante prassi internazionale a proposito della possibilità, per gli agenti diplomatici, di offrire protezione presso le loro sedi agli autori di delitti ritenuti politici, e ciò indipendentemente dal rischio, per detti autori, di subire un trattamento disumano e degradante da parte dello Stato territoriale, essendo considerato motivo sufficiente alla concessione dell'asilo diplomatico la semplice persecuzione per motivi politici. È, comunque, opinione diffusa che l'asilo diplomatico, laddove concesso, debba essere limitato nel tempo, con il conseguente obbligo, per gli Stati interessati, di raggiungere un accordo – il quale sfocia generalmente nel consentire la partenza dei soggetti rifugiati, ma anche nella riconsegna di questi ultimi allo Stato territoriale, previa garanzia della loro incolumità²¹⁶.

²¹⁶ Cfr. ICJ, *Haya de la Torre Case, Judgment of 13 June 1951 (Colombia v. Peru)*, ICJ Rep. 1951, p. 71, p. 83; E. DENZA, *Diplomatic Law - Commentary on the Vienna Convention*

In generale, per le organizzazioni internazionali la prassi e la dottrina concordano nel ritenere che i loro funzionari non possano concedere asilo diplomatico se non per questioni relative agli addetti nell'esercizio dei compiti svolti per conto dell'ente intergovernativo. Infatti, e ad esempio, gli accordi di sede conclusi dalle Nazioni Unite, o dagli istituti specializzati della famiglia ONU, con gli Stati che ne ospitano gli edifici prevedono immunità e privilegi di carattere unicamente funzionale, dunque relativi all'attività ufficiale delle organizzazioni internazionali²¹⁷; oppure l'art. 6, par. 5, dell'Accordo di sede tra la Corte penale internazionale e i Paesi Bassi del 7 giugno 2007, relativo al dovere di quel tribunale di impedire che i suoi locali siano usati «as a refuge by persons who are avoiding arrest or the proper administration of justice under any law of the host State»²¹⁸. Nondimeno, anche per gli enti intergovernativi si riscontra una prassi, avallata in dottrina, che considera legittimo l'asilo diplomatico laddove la concessione di quest'ultimo «sia res[a] indispensabile da impellenti esigenze di carattere umanitario»²¹⁹.

Indubbiamente, per un ente sovranazionale *sui generis* come l'Unione, fondato sui valori del rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali, inclusi la tutela delle minoranze (art. 2 TUE), e che si è dato il compito di affermare e promuovere «nelle relazioni con il resto del mondo» detti valori (art. 3, par. 5, TUE), si può affermare che le delegazioni europee abbiano non solo il «diritto» di concedere asilo diplomatico, ma, soprattutto,

on Diplomatic Relations, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 141 ss.; L. DEMBINSKI, *External Mission of States and International Organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 247 ss.; F. FRANCIONI, *Asilo diplomatico - Contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1973; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani - L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 37 ss.; I. ROBERTS, *Satow's Diplomatic Practice*, Oxford, Oxford University Press, p. 108; P. SHAH, *Asylum, Diplomatic*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; E. SCISO, *Missione diplomatica (sede della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, [agg. VI, 2002], par. 6.

²¹⁷ Cfr., tra gli altri, la sezione 9 (b) dell'art. 3 dell'Accordo di sede tra l'ONU e gli Stati Uniti del 26 giugno 1947, la quale stabilisce che «the United Nations shall prevent the headquarters district from becoming a refuge either for persons who are avoiding arrest under the federal, state, or local law of the United States or are required by the Government of the United States for extradition to another country, or for persons who are endeavoring to avoid service of legal process» (*Agreement between the United Nations and the United States of America Regarding the Headquarters of the United Nations*, consultabile al link <http://archive.icann.org/en/psc/annex3.pdf>).

²¹⁸ ICC-BD/04-01-08, *Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State*, consultabile al link <http://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/280775/ICCBD040108ENG1.pdf>.

²¹⁹ F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani - L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, cit. supra, nota 216, p. 82; v. anche E. DENZA, *Diplomatic Asylum*, in A. ZIMMERMANN (Ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 1425-1440, p. 1437 ss.

to, il «dovere» di fornire rifugio alle persone in presenza di emergenze di natura umanitaria e laddove sia realmente evidente un rischio ai diritti fondamentali dell'individuo²²⁰.

12. Conclusioni: prospettive di miglioramento del funzionamento delle delegazioni

L'appropriata attuazione e la continua messa a punto del funzionamento delle delegazioni dell'Unione sono centrali per realizzare l'obiettivo di migliorare la coerenza, la visibilità, l'efficacia e la continuità dell'azione internazionale dell'Europa, finalità caratterizzanti del Trattato di Lisbona, che ha, tra i suoi elementi distintivi, proprio quello di promuovere l'Europa come «attore globale». Indubbiamente, l'attività delle delegazioni potrebbe essere notevolmente migliorata investendo accresciute risorse e incentivando la creazione di una cultura comune del corpo diplomatico europeo. Sotto il profilo delle risorse, si consideri che lo stanziamento finanziario complessivo per il costo amministrativo delle delegazioni nell'anno 2014 è di 678,4 milioni di euro, una cifra che non ci pare possa essere considerata esorbitante, se rapportata alla rilevanza e all'ampiezza delle funzioni esercitate²²¹.

Naturalmente, si è ben consapevoli delle ristrettezze imposte dalla crisi economica che da tempo affligge l'Europa: dunque, in primo luogo, occorre verificare la possibilità di migliorare la gestione delle risorse esistenti. Sotto tale profilo, lo *staff* delle delegazioni potrebbe essere potenziato, senza costi aggiuntivi, consentendo maggiore flessibilità per le attività da svolgersi da parte del personale distaccato della Commissione. Infatti, i funzionari del SEAE attualmente presenti presso le rappresentanze europee (1960 unità) possono già occuparsi, senza alcun tipo di vincolo, anche di questioni non rientranti nella politica estera europea. Tuttavia, la maggior parte del personale delle delegazioni è formata da funzionari della Commissione (si tratta di circa 3500 persone), i quali, in base alle regole vigenti, possono dedicare al massimo il 20% del loro tempo lavorativo alle questioni PESC²²² – inoltre, si consideri che i soggetti appositamente as-

²²⁰ Così J. WOUTERS - S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2012, pp. 31-49, p. 47.

²²¹ Cfr. i dati forniti dall'AR Catherine Ashton nella risposta data il 19 maggio 2014 all'Interrogazione dell'europarlamentare Mara Bizzotto del 28 marzo 2014 n. E-003888-14, avente ad oggetto il «Costo delle delegazioni UE». Riguardo il bilancio complessivo dell'Unione per il 2014, esso ammonta, nella parte sui pagamenti, a 135,5 miliardi di euro, mentre gli stanziamenti d'impegno sono stati fissati a 142,6 miliardi di euro. Cfr. Parlamento europeo, *Il Parlamento europeo approva bilancio 2014 e colma deficit 2013*, 20 novembre 2013.

²²² Si veda l'art. 6 della decisione congiunta della Commissione europea e dell'AR sui meccanismi di cooperazione relative alla gestione delle delegazioni (JOIN(2012) 8 final, *cit.*

sunti nell'ambito dei progetti europei, anche se gestiti dalle delegazioni, non possono svolgere alcun tipo di attività al di fuori di quella finanziata dai fondi dedicati dell'Unione²²³. Allentando i vincoli posti sull'attività lavorativa del personale distaccato dalla Commissione – certo nel pieno rispetto del «centro di gravità» del «job assignment» – potrebbe essere agevolmente rafforzata la sezione delle delegazioni dedicata alle questioni più squisitamente politiche, attualmente sacrificata, e ciò senza dover attendere la disponibilità di risorse aggiuntive. Nuove risorse potrebbero, poi, essere acquisite dando seguito alle proposte del Parlamento europeo, contenute nella Raccomandazione di tale istituzione sulla revisione dell'organizzazione e del funzionamento del SEAE. In particolare, l'Assemblea ricorda la possibilità di integrare il personale del SEAE attraverso propri funzionari²²⁴, coerentemente con quanto contemplato dalla stessa decisione SEAE, la quale, al *considerando* n. 11, prevede che «[s]uccessivamente [al 1° luglio 2013] tutti i funzionari e gli altri agenti dell'Unione europea dovrebbero potersi candidare ai posti vacanti nel SEAE».

Altro aspetto sul quale si potrebbe intervenire, a costo zero, per rafforzare le delegazioni dell'Unione è quello relativo ai compiti amministrativo-finanziari attualmente incentrati sul capodelegazione, che per la loro mole sottraggono troppo tempo ed energie ad una figura istituzionale che dovrebbe, invece, dedicarsi agli aspetti politico-diplomatici dell'azione internazionale dell'Unione. Come già sopra evidenziato, occorrerebbe procedere ad una nuova modifica del Regolamento finanziario della UE, per permettere la delega dell'amministrazione finanziaria anche ai vice-capi-delegazione e al personale della Commissione²²⁵.

supra, nota 89), che così recita: «Commission Delegation staff funded from the administrative budget (...) shall as a general rule not perform CFSP or CSDP tasks within the responsibility of the EEAS. However, for a limited period of time, at the request of the Head of Delegation and without the need to obtain the prior agreement of the Home DG, Commission staff may contribute to the work of the Delegation that falls outside their normal line of duty, provided that (a) the staff member has relevant expertise in the area where he/she is asked to work, and (b) the arrangement does not jeopardise the performance of his/her core and preponderant tasks as detailed in the job description, and (c) the tasks so undertaken do not exceed a reasonable proportion of working time (indicatively no more than 20%). Where the limited period of time referred above exceeds two months, the Head of Delegation shall seek the prior agreement of the Home DG».

²²³ European Commission, European External Action Service, *Note to the Heads of Delegation – Management of Staff in Delegations*, Brussels, 20 dicembre 2011, p. 3; European External Action Service, *EEAS Review*, Brussels, July 2013, p. 14.

²²⁴ P7_TA-PROV(2013)0278, *Raccomandazione del Parlamento europeo del 13 giugno 2013 destinata all'Alto Rappresentante dell'Unione per la politica estera e di sicurezza/vicepresidente della Commissione europea, al Consiglio e alla Commissione sulla revisione 2013 relativa all'organizzazione e al funzionamento del SEAE (2012/2253(INI))*, par. 44.

²²⁵ V., *supra*, par. 4.

Per quanto riguarda, poi, la creazione di una cultura comune del corpo diplomatico europeo, si potrebbe valorizzare, nell'ambito della preparazione alla carriera diplomatica europea e con spese estremamente contenute, l'esperienza dei capidelegazione, prevedendo che i responsabili delle missioni europee, ora investiti di rilevanti compiti, una volta di ritorno a Bruxelles dopo aver completato il loro mandato, tengano seminari *ad hoc* per condividere le conoscenze acquisite e approntare un prezioso e insostituibile contributo alla formazione del personale destinato alle delegazioni della UE²²⁶.

Infine, pare davvero urgente attuare la più piena trasparenza dei provvedimenti ufficiali adottati dal SEAE, che includono ovviamente anche quelli relativi alle delegazioni. A tutt'oggi, infatti, nonostante l'art. 11 della decisione SEAE richiedesse l'istituzione di un registro dei documenti del servizio, e l'art. 10 della successiva decisione dell'AR sull'accesso ai documenti richiamasse tale dovere, precisando che il registro in questione deve essere accessibile tramite il sito internet del SEAE²²⁷, nulla, purtroppo, è stato fatto. Tale inadempimento, oltre ad arrecare pregiudizio al principio di trasparenza – che, come sottolineato da dottrina e giurisprudenza, è un principio generale del sistema giuridico dell'Unione²²⁸ – implica un *vulnus* anche per l'attività stessa delle delegazioni. Pur riconoscendo le esigenze di confidenzialità suscettibili di caratterizzare diversi aspetti delle relazioni internazionali, infatti, l'assenza di un registro che raccolga sistematicamente e tempestivamente anche i provvedimenti sulle delegazioni non rende giustizia all'ampia e importante attività svolta dalle missioni europee, laddove la consapevolezza della rilevante e copiosa azione delle rappresentanze dell'Unione costituisce un insostituibile punto di forza per attrarre adeguata attenzione, e, quindi, consone risorse. Sicuramente, il Parlamento europeo potrebbe – anzi, dovrebbe – fare pressione affinché il SEAE ponga rimedio alla carenza di trasparenza che qui si espone. Infatti, l'accesso sistematico agli atti del SEAE, anche con riferimento all'attività svolta nelle delegazioni, rappresenta un elemento imprescindibile per esercitare un pieno controllo sull'azione internazionale dell'Unione, e dunque sui finanziamenti europei a quest'ultima collegati,

²²⁶ S. DUKE, *Diplomatic Training and the Challenges Facing the EEAS*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2011, pp. 95-114, p. 111.

²²⁷ Decisione dell'Alta Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza del 19 luglio 2011 relativa alle norme sull'accesso ai documenti n. 2011/C 243/08, in *Gu-Ue* n. C 243 del 20 agosto 2011, p. 16.

²²⁸ V. G. DE BAERE, *Access to Documents and Data Protection in the European External Action Service*, Working Paper No. 103 - March 2013, Leuven Centre for Global Governance Studies.

controllo che l'Assemblea è istituzionalmente chiamata ad esercitare dal Trattato di Lisbona, come autorità di bilancio insieme al Consiglio e come istituzione direttamente eletta dai cittadini europei. Innegabilmente, il Parlamento europeo potrebbe esercitare la sua pressione per una maggiore trasparenza sulla documentazione del SEAE prendendo le mosse proprio da un più misurato ricorso alla formula dell'*in camera meeting* per gli scambi di vedute con i capidelegazione. In tal modo, il dibattito sul mandato politico da affidare agli *HoD* appena nominati diverrebbe sicuramente più vivace, attraendo l'attenzione ed il contributo di tutti i soggetti interessati, e producendo, di conseguenza, linee guida maggiormente discusse ed informate da mettere in atto da parte delle rappresentanze dell'Unione. E il Parlamento acquisirebbe forza, in virtù della trasparenza ottenuta per i dibattiti presso le proprie Commissioni, per richiedere maggiore apertura relativamente agli atti del SEAE.

Elisa Baroncini**

SINTESI

Il Trattato di Lisbona ha introdotto significative modifiche all'architettura istituzionale delle relazioni esterne dell'Unione europea (UE), al fine di accrescerne la coerenza, l'efficacia e la continuità. Una delle disposizioni essenziali in tal senso è l'art. 221 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale stabilisce che l'Europa venga rappresentata, presso i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, da una rete di delegazioni dell'Unione. Si tratta della prima volta che il diritto primario europeo contempla espressamente e direttamente il diritto di legazione attivo dell'Unione sotto il profilo della facoltà a stabilire, presso Paesi terzi ed organizzazioni internazionali, proprie missioni diplomatiche permanenti. Nel presente lavoro si intendono ricostruire la collocazione delle delegazioni nella struttura istituzionale dell'Unione, l'organizzazione e le funzioni di dette missioni ed i loro rapporti con le ambasciate ed i consolati degli Stati membri, nonché il loro *status* sotto il profilo dei privilegi e delle immunità diplomatici, in modo da poter poi indicare come migliorare il funzionamento di tale struttura diplomatica dell'Unione, sempre più strategica per le politiche e per l'immagine dell'Europa.

**** Professore aggregato di diritto internazionale / Università di Bologna, Alma Mater Studiorum; Associate Research Fellow, Leuven Centre for Global Governance Studies**

ABSTRACT

The Lisbon Treaty has introduced significant changes to the institutional architecture of the external relations of the European Union, in order to increase the consistency, effectiveness and continuity of the international action of the EU. One of the main provisions in this regard is Article 221 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which states that Europe has to be represented in third countries and international organizations through a network of Union Delegations. This is the first time that EU primary law expressly codifies the right of active legation, i.e. the possibility to establish, in third countries and before international organizations, permanent diplomatic missions of the EU. In the present work we intend to reconstruct the position of the delegations in the institutional structure of the Union, the organization and functions of such missions, their relationships with the embassies and consulates of the Member States, and their status in terms of diplomatic privileges and immunities. We will then conclude by suggesting how to improve such diplomatic structure of the Union, that is increasingly strategic for the policies and image of Europe.

L'EUROPA E I GIOVANI¹

Sommario: **1.** *Introduzione* - **a.** *La Corte e gli studenti* - **b.** *L'«Erasmus»: origini ed evoluzione di un mito* - **2.** *I diritti degli studenti nella giurisprudenza europea* - **3.** *Il diritto di accesso all'istruzione* - **4.** *La Corte e le tasse di iscrizione* - **5.** *La Corte e il numero chiuso* - **6.** *Il diritto agli aiuti finanziari per gli studi nello Stato "ospitante" come derivante dallo status di lavoratore "migrante"* - **7.** *Il diritto agli aiuti finanziari come afferente allo status di cittadino europeo* - **8.** *I limiti del diritto agli aiuti finanziari* - **9.** *Il diritto agli aiuti finanziari per gli studi compiuti in un altro Stato membro come derivante dallo status di lavoratore "migrante"* - **10.** *Il diritto agli aiuti finanziari per gli studi compiuti in un altro Stato membro come afferente allo status di cittadino europeo* - **11.** *Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione

a. La Corte e gli studenti

È un'opinione largamente condivisa quella secondo la quale gli studenti sono alcuni dei maggiori beneficiari del processo di integrazione europea. Benché l'Unione europea non sia competente ad adottare disposizioni di armonizzazione delle normative nazionali nei settori dell'istruzione e della formazione professionale², gli studenti, in base al diritto del-

¹ Il contributo che qui si pubblica prende spunto da un precedente studio raccolto nel volume di G. GATTINARA - F. PAPPALARDO, *L'Europa dei diritti*, Roma, Donzelli, 2014.

² L'art. 6 TFUE annovera l'istruzione e la formazione professionale tra i settori in cui l'UE ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia potersi sostituire ad essi nell'esercizio della competenza normativa. Ai sensi dell'art. 2, par. 5, TFUE, gli atti giuridicamente vincolanti adottati dall'UE in base a disposizioni dei Trattati relative a tali settori «non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Ciò è espressamente escluso anche agli artt. 165 e 166 TFUE (ex artt. 149 e 150 TCE).

L'Unione, sono titolari di una serie di diritti nei confronti degli Stati membri. Essi possono recarsi ovunque all'interno dell'Unione per acquisire conoscenze, coltivare i propri interessi culturali, realizzare le proprie aspirazioni professionali, interagire con persone di altre culture e tradizioni.

La principale artefice della progressiva espansione dei diritti degli studenti nell'ordinamento europeo è senza dubbio la Corte di giustizia. La Corte ha compreso che la mobilità degli studenti all'interno dell'UE riveste una grande importanza ai fini dello sviluppo dell'integrazione europea, sia sul piano economico che su quello politico. Pertanto, essa ha progressivamente rimosso gli ostacoli alla mobilità degli studenti. Essa, infatti, ha individuato nelle disposizioni del Trattato istitutivo che sanciscono la libertà di circolazione e di soggiorno e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità³ dei limiti alla competenza degli Stati membri in tema di istruzione e di formazione professionale e di aiuti finanziari agli studi⁴. In particolare, gli Stati membri, quando legiferano in tali settori, non possono adottare misure che discriminano gli studenti provenienti da altri Stati membri (di seguito, per brevità, anche studenti "migranti") o che svantaggiano determinati cittadini nazionali solo per aver esercitato il loro diritto di circolazione e di soggiorno in un altro Stato membro.

Al tempo stesso, la Corte di giustizia ha valorizzato la portata delle disposizioni del Trattato istitutivo che attribuiscono all'UE «il potere di emanare atti giuridici aventi ad oggetto azioni comunitarie in materia di formazione professionale, con relativi obblighi di cooperazione per gli Stati membri»⁵. Ciò ha consentito alla Comunità europea (oggi UE), a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, di adottare numerose misure che danno ai giovani europei la concreta opportunità di trascorrere periodi di studio più o meno lunghi all'estero⁶.

³ V. gli artt. 18, 20 e 21 TFUE, ex artt. 12, 17 e 18 Trattato CE.

⁴ La graduale formazione di un *corpus* di principi e regole europee in materia di istruzione e di formazione professionale è avvenuta in misura consistente attraverso la c.d. «*negative integration*», ossia la rimozione delle misure nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione ad opera della giurisprudenza europea (v. S. GARBEN, *The Future of Higher Education in Europe: The Case for a Stronger Base in EU Law*, LEQS Paper No. 50/2012, pp. 3 e 4).

⁵ Sentenza del 30 maggio 1989 in causa n. 242/87, *Commissione c. Consiglio (Erasmus)*, in *Raccolta*, 1989, p. 1425, EU:C:1989:217, punto 11.

⁶ Attualmente il programma Erasmus consente agli studenti europei di svolgere un periodo di studio di durata compresa tra i tre ed i dodici mesi presso le università di altri Stati membri.

b. *L'«Erasmus»: origini ed evoluzione di un mito*

«Erasmus» è un termine che evoca in molto giovani Europei di oggi mesi spensierati di studio e soggiorno in un Paese europeo, del quale hanno assimilato la lingua. Si tratta certamente di una delle iniziative di maggiore importanza nel processo d'integrazione europea a partire dalla fine degli anni Ottanta e, come si vedrà, la Corte di giustizia ebbe un ruolo significativo nel consentire l'adozione della disciplina relativa a tale programma.

ERASMUS è l'acronimo di *European Region Action Scheme for the Mobility of University Students*. Come ha illustrato proprio l'Avvocato Generale Sharpston nelle conclusioni presentate in una recente causa, «Erasmus da Rotterdam fu uno dei primi beneficiari dei finanziamenti per gli studi all'estero. L'allora vescovo di Cambrai, Enrico di Bergen (per il quale Erasmus aveva iniziato a lavorare come segretario), gli diede non solo il permesso ma anche una borsa nel 1495 per recarsi a studiare all'Università di Parigi. Erasmo non tornò mai indietro; e, in una carriera che lo portò a Parigi, Lovanio, Cambridge e Basilea, divenne indubbiamente uno dei più importanti eruditi della sua generazione: il "Principe degli Umanisti". Si può sicuramente affermare che egli fece un eccellente uso del finanziamento per i suoi studi universitari all'estero – e infatti l'attuale programma di scambio tra università dell'Unione europea porta il suo nome»⁷.

Il programma di azione comunitaria in materia di mobilità degli studenti (ERASMUS) è stato istituito nel 1987 al fine di consentire agli studenti universitari di seguire un periodo di studio pienamente riconosciuto in almeno un altro Stato membro, come parte integrante del titolo o della qualifica accademica⁸. Per attuare tale programma, la Comunità (oggi UE) ha costantemente promosso una cooperazione tra le università di diversi Stati membri, ha erogato aiuti finanziari agli studenti coinvolti e ha creato un sistema europeo di trasferimento di crediti accademici in tutta la Comunità (ECTS⁹). In seguito, l'ERASMUS è stato inglobato nei programmi

⁷ Conclusioni del 16 febbraio 2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2012:79, inedite in *Raccolta*, reperibili sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>, punto 1.

⁸ L'ERASMUS è stato istituito con la decisione del Consiglio n. 87/327/Cee (in *Guce* n. L 166 del 25 giugno 1987, p. 20 ss.). Ai sensi dell'art. 1, par. 2, della decisione, «nel contesto del programma ERASMUS, il termine "università" si riferisce a tutti i tipi di istituti d'istruzione e di formazione postsecondari che rilascino, eventualmente nell'ambito di una formazione superiore, qualifiche o titoli di tale livello, qualunque ne sia la rispettiva denominazione negli Stati membri».

⁹ ECTS è l'acronimo di *European Credit Transfer System*. Tale sistema è stato introdotto nel 1988 ed ampliato nel 1996.

SOCRATE I (1994-1999¹⁰) e SOCRATE II (2000-2006¹¹). SOCRATE è il programma europeo per l'intero settore educativo¹²; consta di otto azioni, delle quali una concerne la scuola materna, elementare e superiore (COMENIUS) e un'altra è consacrata all'istruzione superiore – universitaria e non – (l'ERASMUS per l'appunto). Ad esso si affianca il programma LEONARDO (2000-2006) che ha ad oggetto la formazione professionale¹³. A partire dal 2007, in un'ottica di semplificazione e chiarezza nelle regole, i programmi di azione settoriali poc'anzi menzionati sono confluiti nel programma europeo di «Apprendimento Permanente» (2007-2013¹⁴). Questo programma – come i precedenti – mira principalmente a dare un sostegno concreto, a livello organizzativo e finanziario, ai giovani europei che vogliano svolgere i loro studi o un tirocinio all'estero; ciò nella consapevolezza che le esperienze di mobilità transnazionale hanno una valenza strategica ai fini dell'apprendimento e del successivo ingresso al lavoro. Inoltre, nel 2006 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato la *Carta europea di qualità per la mobilità*, recante i principi chiave della mobilità transnazionale ai fini di istruzione e di formazione, raccomandando agli Stati membri di intraprendere le azioni necessarie a realizzare i predetti principi¹⁵. Nel 2010 la Commissione ha emanato la Comunicazio-

¹⁰ Il programma di azione comunitaria SOCRATE (in seguito denominato «SOCRATE I») è stato istituito con la decisione n. 95/819/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio (in *Guce* n. L 87 del 20 aprile 1995, p. 10 ss.).

¹¹ La decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2000/253/Ce (in *Guce* n. L 28 del 3 febbraio 2000, p. 1 ss.) ha dato il via alla seconda fase del programma di azione comunitaria in materia di istruzione SOCRATE (c.d. «SOCRATE II»).

¹² Al Programma SOCRATE partecipano tutti gli Stati membri dell'UE, nonché taluni Stati candidati all'adesione (come la Turchia) e i Paesi dello Spazio economico europeo (SEE).

¹³ Il programma di azione per l'attuazione di una politica di formazione professionale della Comunità europea LEONARDO è stato istituito dalla decisione n. 94/819/Ce del Consiglio (in *Guce* n. L 340 del 29 dicembre 1994, p. 8 ss.). Successivamente, con decisione del Consiglio del 26 aprile 1999, si è aperta la seconda fase del programma (decisione n. 1999/382/Ce, in *Guce* n. L 146 dell'11 giugno 1999, p. 33 ss.).

¹⁴ Decisione n. 1720/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2006, che istituisce un programma di azione nel campo dell'apprendimento permanente (in *Gu-Ue* n. L 327 del 24 novembre 2006, p. 45 ss.). Tale programma mira a «contribuire, attraverso l'apprendimento permanente, allo sviluppo della Comunità [oggi U.E.] quale società avanzata basata sulla conoscenza, con uno sviluppo economico sostenibile, nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale», promuovendo «all'interno della Comunità [oggi U.E.] gli scambi, la cooperazione e la mobilità tra i sistemi di istruzione e formazione».

¹⁵ Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006, relativa alla mobilità transnazionale nella Comunità a fini di istruzione e formazione professionale, a cui è allegata la Carta europea di qualità per la mobilità (in *Gu-Ue* n. L 394 del 30 dicembre 2006 p. 5 ss.). La Carta «offre orientamento in merito alle iniziative di mobilità cui partecipano giovani o adulti, ai fini di un apprendimento formale o informale nonché per il loro sviluppo personale e professionale»; essa «è stata concepita come un documento base di riferimento, che tiene conto delle situazioni nazionali e rispetta le competenze degli Stati membri».

ne «*Gioventù in movimento*»¹⁶ al fine di contribuire al conseguimento di uno degli obiettivi prioritari posti dalla Strategia Europa 2020¹⁷, ossia che, entro il 2020, tutti i giovani nell'UE abbiano la possibilità di compiere una parte del loro percorso formativo all'estero in modo da acquisire conoscenze, competenze ed esperienze necessarie per trovare un impiego in un mercato del lavoro sempre più globalizzato. La Commissione ha definito un programma quadro che individua nuove azioni prioritarie, rafforza le attività esistenti e garantisce l'applicazione di altre misure rilevanti a livello europeo e nazionale, nel rispetto del principio di sussidiarietà. In particolare, si prevede che i programmi dell'Unione a favore della mobilità siano rivisti, ampliati ed integrati con iniziative finanziate a livello nazionale e regionale.

Al fine di garantire maggiore coerenza, sinergia e semplificazione tra il programma di Apprendimento Permanente, i programmi internazionali di istruzione superiore e Gioventù in azione, la Commissione ha, infine, elaborato un programma integrato denominato «ERASMUS Per Tutti» (o ERASMUS +)¹⁸. Tale programma contempla tre azioni fondamentali, la prima delle quali è la mobilità individuale ai fini dell'apprendimento.

All'azione svolta dall'Unione nell'ambito dell'istruzione secondaria e universitaria e della formazione professionale, si affianca una cooperazione intergovernativa fra gli Stati membri, nota come «*Bologna Process*», che riguarda essenzialmente gli studi universitari¹⁹. Anche in tale ambito si è cercato di creare uno spazio europeo di grande mobilità per gli studenti universitari (e per altri soggetti che operano nel campo dell'istruzione), per esempio creando i presupposti per il mutuo riconoscimento dei titoli di studio. Benché si tratti di una cooperazione condotta dagli Stati membri

¹⁶ Comunicazione della Commissione del 15 settembre 2010 su «*Youth on the Move - Un'iniziativa per valorizzare il potenziale dei giovani ai fini di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva nell'Unione europea*», Com(2010)477 def.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, del 3 marzo 2010, Com(2010)2020 def., «*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*». Il Consiglio europeo di Bruxelles del 25 e 26 marzo 2010 ha approvato gli aspetti principali della strategia di «Europa 2020» per l'occupazione e la crescita. Il Consiglio il 13 luglio 2010 ha formulato gli orientamenti di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione (Raccomandazione n. 410/2010, in *Gu-Ue* n. L 191 del 23 luglio 2010, p. 28 ss.).

¹⁸ Comunicazione del 23 novembre 2011, Com(2011)787 def.

¹⁹ L'atto di nascita del *Bologna Process* è la Dichiarazione congiunta dei Ministri europei dell'Istruzione Superiore intervenuti al Convegno di Bologna il 19 giugno 1999 («*Dichiarazione di Bologna*»), disponibile su http://www.bologna-bergen2005.no/Docs/00-Main_doc/990719BOLONGNA_DECLARATION.PDF. V. S. GARBEN, *The Bologna Process: From a European Law Perspective*, *European Law Journal*, Vol. 16, 2010, p. 186 ss. Sui risultati raggiunti dal *Bologna Process* v. il recente studio pubblicato dalla Commissione europea «*The Bologna Process Independent Assessment: The first decade of working on the European Higher Education Area*», disponibile su http://ec.europa.eu/education/higher-education/bologna_en.htm.

(insieme anche a Stati terzi) al di fuori del quadro giuridico ed istituzionale europeo, l'Unione sta cercando di contribuire al suo sviluppo, condividendone gli obiettivi.

2. I diritti degli studenti nella giurisprudenza europea

Ai sensi degli artt. 165 e 166 TFUE (ex artt. 149 e 150 TCE), spetta agli Stati membri determinare il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione e della formazione professionale. In tali settori, l'UE può contribuire «*allo sviluppo di un'istruzione [e di una formazione professionale] di qualità*» e alla realizzazione di specifici obiettivi (segnatamente quello di favorire la mobilità degli studenti e dei giovani in fase di formazione professionale), adottando misure atte a coordinare, rafforzare ed integrare l'azione svolta dagli Stati membri. L'Unione non può, invece, emanare atti di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di istruzione e di formazione professionale.

In linea di principio, gli Stati membri sono liberi – ad esempio – di decidere se consentire a tutti coloro che lo desiderino di accedere ad un corso di studi universitari oppure limitare l'accesso a quanti superino un *test* di ammissione (o abbiano conseguito una certa votazione a conclusione del ciclo di istruzione superiore). Tuttavia, la libertà degli Stati membri di regolare l'accesso ai corsi di istruzione incontra limiti derivanti dalle norme europee in tema di libera circolazione e di non discriminazione in base alla cittadinanza.

Infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto agli studenti il diritto di accedere ad un corso di studi in uno Stato membro diverso dal proprio e alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato, alle volte in virtù del loro *status* di lavoratori o di familiari di lavoratori migranti, altre volte in ragione del fatto che questi studi li prepareranno a svolgere un mestiere o una professione e/o del loro *status* di cittadini dell'UE. In molti casi, la Corte ha potuto affermare questo diritto solo grazie ad un'interpretazione estensiva delle norme dei Trattati o del diritto derivato²⁰.

²⁰ Una parte della dottrina considera la giurisprudenza europea in materia di istruzione e formazione professionale come un esempio di «attivismo giudiziario». V. M. DOUGAN, *Judicial Activism or Constitutional Interaction?: Policymaking by the ECJ in the Field of Union Citizenship*, in H.-W. MICKLITZ - BRUNO DE WITTE, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 113 ss.

Fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, il diritto comunitario riconosce ai figli del cittadino di uno Stato membro, che lavori (o abbia lavorato) sul territorio di un altro Stato membro, il diritto di frequentare i corsi di insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini di tale Stato, a condizione che vi risiedano²¹.

Nella sentenza *Casagrande* del 1974 la Corte di giustizia ha affermato per la prima volta che, benché l'istruzione e la formazione professionale non ricadano nella competenza della Comunità (oggi Unione), «i capitoli I e II del titolo III del Trattato [concernenti rispettivamente la «Libera circolazione delle merci» e la «Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali»] recano numerose disposizioni la cui applicazione può eventualmente incidere sulle disposizioni nazionali in materia»²². Nel caso di specie essa ha ritenuto che le norme sulla libera circolazione dei lavoratori possono "interferire" con le legislazioni nazionali in materia di istruzione²³.

La Corte non è stata sempre coerente nell'individuare le norme del Trattato da cui si possono ricavare i diritti degli studenti che intendono intraprendere un corso di studi in uno Stato membro diverso dal proprio. A partire dalla sentenza *Forcheri* del 1983²⁴, la Corte ha ritenuto che tali diritti si desumono dall'art. 7 (oggi art. 18 TFUE), sul divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, in combinato disposto con l'art. 127 Trattato CEE (oggi art. 166 TFUE), riguardante la formazione professionale, o con l'art. 126 Trattato CEE, relativo all'istruzione in generale²⁵. Dopo l'istituzione della cittadinanza dell'UE (con il Trattato di Maastricht²⁶), la Corte richiama spesso anche l'art. 20 TFUE (già art. 17 Trattato CE) che sancisce il diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'UE²⁷.

²¹ Regolamento del Consiglio n. 1612/1968 del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in *Guce* n. L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2 ss. Tale atto è stato abrogato e sostituito dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 492/2011 del 5 aprile 2011, in *Gu-Ue* n. L 141 del 27 maggio 2011, p. 1 ss., in vigore dal 16 giugno 2011.

²² Sentenza 3 luglio 1974 in causa n. 9/74, *Donato Casagrande c. Landeshauptstadt München*, in *Raccolta*, 1974, p. 774 ss., EU:C:1974:74, punto 6.

²³ Sentenza *Casagrande*, EU:C:1974:74. Su tale pronuncia v. anche al successivo par. 6.

²⁴ Sentenza del 13 luglio 1983 in causa n. 152/82, *Sandro e Marisa Forcheri c. Belgio*, in *Raccolta*, 1983, p. 2323 ss., EU:C:1983:205.

²⁵ Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht l'art. 128 Trattato CEE è stato sostituito dall'art. 127, recante una disciplina ben più articolata.

²⁶ Il Trattato di Maastricht è stato firmato il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

²⁷ In effetti, «un impulso determinante al fine di garantire in modo generalizzato la libertà di circolazione è giunto dalla istituzione, con il Trattato di Maastricht, della cittadinanza dell'Unione europea» (A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, p. 65).

I diritti riconosciuti agli studenti "migranti" dalla Corte di giustizia sono stati via via "recepiti" da atti normativi emanati dal legislatore europeo²⁸. Ciononostante la giurisprudenza della Corte resta di estremo interesse per comprendere le basi costituzionali dei diritti degli studenti "migranti", nonché il significato e la portata.

3. Il diritto di accesso all'istruzione

Nel caso *Forcheri*, la Corte di giustizia ha rilevato che, benché la Comunità (oggi UE) non sia competente a legiferare in materia di formazione professionale, l'accesso alla formazione professionale ricade nella sfera di applicazione del Trattato, ove sia suscettibile di ostacolare la libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune²⁹. Il caso concerneva una cittadina italiana residente in Belgio, moglie di un cittadino italiano che lavorava in Belgio alle dipendenze della Commissione europea. La signora Forcheri, per accedere ad un corso di preparazione alla professione di assistente sociale, aveva dovuto pagare una tassa di iscrizione supplementare (denominata «*Minerval Etudiants Etrangers*»), che colpiva gli studenti che non fossero cittadini belgi. Il giudice *a quo* ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte se la legge belga che aveva istituito la *Minerval Etudiants Etrangers* fosse compatibile con le norme europee (di diritto primario e secondario) sulla libera circolazione dei lavoratori. La Corte ha ricordato che il diritto di libera circolazione dei lavoratori va inteso in senso ampio; esso implica «che sia garantita, in fatto ed in diritto, la parità di trattamento per tutto ciò che si riferisce allo stesso esercizio di un'attività dipendente e all'accesso all'abilitazione, come pure che siano eliminati gli ostacoli che ostano alla mobilità dei lavoratori, in particolare per quanto riguarda il diritto per il lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia e le modalità d'integrazione di questa famiglia nell'ambiente del Paese ospitante»³⁰. Sulla base di questa premessa, la Corte ha affermato che uno Stato membro che esiga dal cittadino di un altro Stato membro, lecitamente residente nel primo Stato membro, per l'accesso ad un corso di formazione profes-

²⁸ V. gli artt. 7, par. 2 e 24 della direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il Regolamento (Cee) n. 1612/68 ed abroga le direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Cee, in *Gu-Ue* n. L 158 del 30 aprile 2004.

²⁹ Sentenza del 13 luglio 1983, EU:C:1983:205, punto 11.

³⁰ *Ivi*, punto 12.

sionale una tassa d'iscrizione che non viene riscossa dai propri cittadini, pone in essere una discriminazione a causa della cittadinanza, vietata dall'art. 7 Trattato CEE, divenuto oggi l'art. 18 TFUE³¹.

Se nella sentenza *Forcheri*, la Corte di giustizia sembra configurare il diritto di accesso all'istruzione dello studente migrante come un aspetto (o un corollario) del divieto dello Stato ospitante di discriminare i lavoratori migranti rispetto ai propri cittadini, nella sentenza *Gravier*, invece, la Corte ha riconosciuto allo studente "migrante" *in quanto tale* (a prescindere dal fatto che fosse il familiare di un lavoratore che avesse esercitato la libertà di circolazione) il diritto di accedere all'istruzione a parità di condizioni con i cittadini del Paese ospitante³². Il caso riguardava una cittadina francese – i cui genitori risiedevano in Francia – che si era recata in Belgio per frequentare un corso di fumettistica presso l'Académie Royale Des Beaux Arts di Liegi. La studentessa sosteneva che la normativa belga, che imponeva solo agli studenti stranieri il pagamento di una tassa di iscrizione (la «*Minerval*») per frequentare il predetto corso di istruzione, costituisse una discriminazione in base alla nazionalità, vietata dall'art. 7 Trattato CEE. Nel procedimento pregiudiziale, il Belgio ha cercato di dimostrare che la normativa interna non fosse contraria al Trattato, affermando che la tassa a carico degli studenti stranieri era necessaria per ripianare lo squilibrio finanziario derivante dall'elevato numero di studenti stranieri che compivano studi sul proprio territorio rispetto all'esiguo numero di studenti belgi residenti all'estero. Attraverso la misura contestata, infatti, gli studenti che sono cittadini di altri Stati membri e non sono soggetti a tassazione in Belgio avrebbero partecipato proporzionalmente al finanziamento dell'istruzione pubblica belga.

La Corte ha ribadito che, anche se la formazione professionale non rientra di per sé fra le materie che il Trattato ha attribuito alla Comunità, «l'accesso e la partecipazione ai corsi di insegnamento e di apprendistato (...) non sono estranei al diritto comunitario»³³. Ha poi affermato che dall'art. 128 Trattato CEE – che prefigurava una politica comune in materia di formazione professionale³⁴ – e dagli artt. 7 e 12 del Regolamento n.

³¹ Sentenza *Forcheri*, EU:C:1983:205, punto 18.

³² Sentenza del 13 febbraio 1985 in causa n. 293/83, *Françoise Gravier c. Città di Liegi*, in *Raccolta* 1985, p. 593 ss., EU:C:1985:69. Si può dire che «in *Gravier* the Court laid down the legal foundations for a free movement of students within the European Community» (A. P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community: Cross-border Access to Public Benefits*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 368).

³³ Sentenza *Gravier*, EU:C:1985:69, punto 19.

³⁴ L'art. 128 Trattato CEE testualmente disponeva: «su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale, il Consiglio fissa i principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale che possa contribuire allo

1612/68 – che attribuivano, rispettivamente, al lavoratore migrante e ai figli dello stesso il diritto di accesso all'istruzione alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro ospitante – si desumeva che l'accesso ai corsi di istruzione in un altro Stato membro favorisse la libera circolazione delle persone all'interno della Comunità e rientrasse quindi tra le finalità del diritto comunitario. Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha statuito che il divieto di discriminazione in base alla nazionalità sancito dal Trattato ostava ad una normativa nazionale (quale quella belga), che ponesse a carico degli studenti cittadini di altri Stati membri una tassa di iscrizione per l'accesso ai corsi di formazione professionale da cui erano invece esonerati gli studenti nazionali. Da questa statuizione – resa con riferimento ad una studentessa che non era figlia di un lavoratore migrante – si può trarre il principio che gli studenti che si recano a studiare in un altro Stato membro hanno il diritto a non essere sottoposti, ai fini dell'accesso all'istruzione, ad oneri finanziari non previsti per i cittadini dello Stato ospitante³⁵.

Nella sentenza *Gravier*, la Corte ha lasciato intendere che i corsi di istruzione non rientranti nella nozione di «formazione professionale» esulassero dall'ambito di applicazione del Trattato e non fossero quindi soggetti al divieto di discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 7 Trattato CEE. Tuttavia, la Corte ha dato una definizione così ampia di «formazione professionale» che solo una minoranza di corsi di istruzione ne restava esclusa. Doveva, infatti, considerarsi «formazione professionale» ai sensi del Trattato «qualsiasi forma di insegnamento che prepari ad una qualificazione per una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività, o che conferisca la particolare idoneità ad esercitare tale professione, tale mestiere o tale attività»³⁶, anche se il programma d'insegnamento includesse una parte di cultura generale³⁷.

Inoltre, nella sentenza *Blaizot*³⁸, la Corte ha precisato che anche gli studi universitari rientrano nella formazione professionale, purché prepa-

sviluppo armonioso sia delle economie nazionali sia del mercato comune». A questa disposizione corrisponde oggi l'art. 166 TFUE (ex art. 150 Trattato CE), a mente del quale «l'Unione attua una politica di formazione professionale che rafforza ed integra le azioni degli Stati membri, nel pieno rispetto della responsabilità di questi ultimi per quanto riguarda il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale». Come si dirà nel prosieguo, a partire dal Trattato di Maastricht (firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993), il Trattato istitutivo reca una disposizione in materia di istruzione in genere (art. 165 TFUE, ex art. 149 Trattato CE) e una in materia di formazione professionale (art. 166 TFUE).

³⁵ In senso conforme v. la sentenza del 2 febbraio 1988 in causa n. 309/85, *Bruno Barra c. Stato belga e Città di Liegi*, in *Raccolta*, 1988, p. 355 ss., EU:C:1988:42.

³⁶ Sentenza *Gravier*, EU:C:1985:69, punto 30.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sentenza del 2 febbraio 1988 in causa n. 24/86, *Vincent Blaizot c. Université de Liège*, in *Raccolta*, 1988, p. 379 ss., EU:C:1988:43.

rino gli studenti all'esercizio di un'attività lavorativa, il che si verifica non solo quando l'esame finale conferisce il titolo richiesto per l'esercizio di una professione, ma anche nel caso in cui gli studi facciano acquisire agli studenti le cognizioni necessarie per svolgere una professione, pur non essendo ciò normativamente prescritto³⁹. Quindi, non ricadono nella nozione di formazione professionale solo gli studi universitari che, per «le loro caratteristiche intrinseche, [siano] destinati a coloro che desiderano approfondire le loro conoscenze generali piuttosto che intraprendere un'attività lavorativa»⁴⁰. Di fatto la Corte ha sempre ritenuto che gli studi universitari rientrassero nella formazione professionale⁴¹.

Fino agli anni Novanta del secolo scorso, il diritto comunitario assicurava agli studenti che fossero familiari di un lavoratore migrante il diritto di accedere a *qualsiasi corso di istruzione* nello Stato membro in cui lavorava il loro genitore a parità di condizioni con i cittadini di detto Stato, mentre, grazie alla giurisprudenza della Corte, gli studenti "migranti" che non si trovassero in tale situazione godevano di un analogo diritto solo nel campo della *formazione professionale*, pur se interpretata estensivamente⁴².

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, la distinzione tra formazione professionale e istruzione in genere è divenuta irrilevante anche ai fini del riconoscimento del diritto di accesso all'istruzione nello Stato ospitante agli studenti "migranti" che non fossero familiari di lavoratori emigrati in tale Stato. Infatti, l'art. 126 Trattato CE⁴³ (introdotto dal Trattato di Maastricht) ha attribuito alla Comunità il compito di contribui-

³⁹ Sentenza *Vincent Blaizot c. Université de Liège*, EU:C:1988:43, punto 19. La Corte di giustizia ha respinto la tesi prospettata dalla Commissione secondo cui l'istruzione universitaria *in toto* rientrasse nella nozione di formazione professionale (v. la sentenza *Blaizot*, EU:C:1988:43, punto 14).

⁴⁰ *Ivi*, punto 20.

⁴¹ Ad esempio, la Corte ha ricondotto nell'alveo della formazione professionale gli studi di medicina veterinaria (sentenza *Blaizot*, EU:C:1988:43), di romanistica e germanistica (v. la sentenza del 21 giugno 1988 in causa n. 39/86, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, in *Raccolta*, 1988, p. 3161 ss., EU:C:1988:322) e di ingegneria elettrotecnica (v. la sentenza del 21 giugno 1988 in causa n. 197/86, *Steven Malcolm Brown c. The Secretary of State for Scotland*, in *Raccolta*, 1988, p. 3205 ss., EU:C:1988:323).

⁴² Valga un esempio: in base alla normativa belga, Frédéric Humbel, un cittadino francese recatosi a studiare in Belgio, era obbligato a pagare una tassa (la «*Minerval*») per frequentare i corsi di istruzione secondaria presso l'Institut d'Enseignement Général et Technique de l'État di Libramont. Il padre del ragazzo era un cittadino francese che lavorava a Lussemburgo, non in Belgio. In considerazione di ciò, la Corte di giustizia ha ritenuto che lo studente avesse diritto alla parità di trattamento nell'accesso all'istruzione non in forza dell'art. 12 del Regolamento n. 1612/68, bensì ai sensi dell'art. 7 Trattato CEE, a condizione che il corso di istruzione in questione rientrasse nella nozione comunitaria di formazione professionale (v. la sentenza del 27 settembre 1988 in causa n. 263/86, *Stato belga c. René Humbel e a.*, in *Raccolta*, 1988, p. 5365 ss., EU:C:1988:451).

⁴³ Divenuto – dopo la rinumerazione operata dal Trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999) – l'art. 149 Trattato CE (oggi art. 165 TFUE).

re allo sviluppo di un'istruzione di qualità, incentivando la cooperazione fra gli Stati membri (analogamente a quanto era già disposto in materia di formazione professionale⁴⁴). In tal modo, tutti i livelli e tipi di istruzione rientravano ormai nell'ambito del Trattato.

Nel caso *Raulin* la Corte di giustizia ha statuito che il diritto alla parità di trattamento in tema di condizioni di accesso alla formazione professionale derivante dagli artt. 7 e 128 del Trattato CEE (oggi artt. 18 e 166 TFUE) «implica che un cittadino di uno Stato membro che sia stato ammesso a seguire una formazione professionale in un altro Stato membro fruisce, a tal fine, di un diritto di soggiorno per la durata della formazione»⁴⁵. Il diritto di soggiorno degli studenti "migranti" ha trovato poi espresso riconoscimento nel diritto derivato⁴⁶.

Recentemente la Corte ha esteso ulteriormente la portata del diritto (ex art. 12 del Regolamento n. 1612/68) del figlio di un lavoratore migrante di proseguire gli studi nello Stato membro in cui lavora (o lavorava) il genitore. La Corte ha affermato che tale diritto implica necessariamente che lo studente possa soggiornare nello Stato membro ospitante anche se non dispone di risorse sufficienti o di un'assicurazione malattia⁴⁷. Inoltre,

⁴⁴ V. l'art. 127 Trattato CE, divenuto – a seguito della rinumerazione attuata dal Trattato di Amsterdam – l'art. 150 Trattato CE (oggi art. 166 TFUE).

⁴⁵ Sentenza del 26 febbraio 1992 in causa n. C-357/89, *V. J. M. Raulin c. Minister Van Onderwijs En Wetenschappen*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1027, EU:C:1992:87, punto 34. La Corte di giustizia ha precisato che «poiché il diritto di soggiorno di uno studente cittadino di uno Stato membro altro non è se non il portato naturale del diritto di accedere a parità di condizioni ad una formazione professionale, esso è conseguentemente circoscritto a quanto è necessario per consentire all'interessato di seguire la detta formazione. Pertanto, il diritto di soggiorno può essere limitato nel tempo dalla durata degli studi intrapresi e concesso unicamente con riferimento a tali studi. Inoltre, il diritto di soggiorno può essere subordinato a condizioni connesse agli interessi superiori dello Stato membro, quali la copertura delle spese di sostentamento e di assicurazione malattia, nei confronti delle quali il principio dell'accesso a parità di condizioni alla formazione professionale non è operante» (punto 39).

⁴⁶ La direttiva n. 93/96/Cee del Consiglio del 29 ottobre 1993, in *Guce* n. L 317 del 18 dicembre 1993, p. 59 ss.) – abrogata dalla direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 – ha riconosciuto ai cittadini di uno Stato membro che si recano a studiare in un altro Stato membro il diritto di soggiorno in tale Stato. La direttiva n. 2004/38 stabilisce i requisiti per il diritto di soggiorno che variano a seconda della durata della permanenza: *a.* per una permanenza sino a tre mesi, si richiede il possesso di un documento di identità o di un passaporto valido (art. 6); *b.* nel caso di un soggiorno per un periodo compreso tra tre mesi e cinque anni, chi è iscritto presso un istituto pubblico o privato deve disporre di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante, e di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale di tale Stato membro (art. 7, n. 1, lett. *c.*) e infine, *c.* un soggiorno legale per un periodo superiore a cinque anni comporta l'acquisizione di un diritto permanente non subordinato a condizioni (art. 16).

⁴⁷ V. le sentenze del 23 febbraio 2010 in causa n. C-480/08, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1107 ss., EU:C:2010:83, punti 56 ss., e in causa n. C-310/08, *London Borough of Harrow c. Ibrahim e Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1065, EU:C:2010:80, punti 45 ss. In altre parole, la Corte ha escluso che il diritto di soggiorno del

lo studente ha il diritto di essere accompagnato dal genitore che ne sia effettivamente affidatario, il quale può, quindi, soggiornare nello Stato membro ospitante durante gli studi del figlio⁴⁸. In tal modo, la Corte ha reso possibile l'effettivo esercizio del diritto conferito dall'art. 12 del Regolamento n. 1612/68⁴⁹.

4. La Corte e le tasse di iscrizione

La giurisprudenza più recente si incentra sulla possibilità per gli Stati membri di porre dei limiti all'accesso all'istruzione da parte dei cittadini di altri Stati membri al fine di soddisfare interessi nazionali.

Negli anni 2004 e 2005 si sono svolte due procedure di infrazione contro il Belgio e l'Austria note in dottrina come la «*Belgian-Austrian Education Saga*»⁵⁰. Questi due Stati membri tradizionalmente assicurano il libero accesso all'istruzione universitaria. Ciascuno di essi confina con uno Stato membro – la Francia nel caso del Belgio e la Germania nel caso dell'Austria – in cui si parla la stessa lingua e in cui esiste un *numerus clausus* per l'accesso all'istruzione universitaria. Ciò può indurre coloro che in Francia o in Belgio non riescono – per via del *numerus clausus* – ad accedere alle facoltà universitarie ad iscriversi alle facoltà universitarie del Belgio o dell'Austria, approfittando dell'assenza di barriere linguistiche. Il considerevole flusso di studenti universitari provenienti dalla Francia o dalla Germania può causare al Belgio e all'Austria difficoltà organizzative e finanziarie. Per tale ragione questi ultimi Stati hanno cercato a più riprese di limitare l'ingresso nelle proprie università da parte di studenti provenienti dalla Francia e dalla Germania.

Nel 2003 la Commissione ha proposto un ricorso per inadempimento contro il Belgio, ritenendo discriminatoria ai sensi dell'art. 12 Trattato CE (oggi art. 18 TFUE) la normativa belga in base alla quale i titolari di di-

genitore di uno studente migrante sia soggetto alle condizioni cumulative poste dall'art. 7, par. 1, lett. c. della direttiva n. 2004/38.

⁴⁸ V. le sentenze *Teixeira*, EU:C:2010:83, punti 68 ss., e *London Borough of Harrow c. Ibrahim e Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2010:80, punto 58, entrambe *cit. supra*, nota 47.

⁴⁹ Come ha rilevato P. DUNNE, *Education Without Borders: The Free Movement for Students in EU Law*, in *King's Inns Student L. Rev.*, n. 1, 2012, p. 12, «like most young persons, these students [namely, Teixeira and Ibrahim] rely upon the support of their primary carers to pursue their education and where the latter are removed for lack of resources, so too the students will, in reality, have to live».

⁵⁰ S. GARBEN, *The Belgian/Austrian Education Saga*, Harvard European Law Working Paper No. 01/2008.

plomi (o analoghi certificati di istruzione secondaria) rilasciati in altri Stati membri, per iscriversi all'università nella Comunità francese del Belgio, dovevano sottoporsi ad un esame di idoneità, ove non fossero in grado di dimostrare che nel loro Paese di origine avrebbero avuto accesso all'università senza dover superare un esame d'ammissione (o soddisfare altri requisiti). Nulla di simile era invece previsto per coloro che avessero conseguito un certificato di istruzione secondaria (c.d. «CESS») in Belgio⁵¹. La Corte di giustizia ha ritenuto fondato il ricorso della Commissione, in quanto la disparità di trattamento tra i titolari di diplomi conseguiti in uno Stato membro diverso dal Belgio e i titolari del CESS operava principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri e quindi integrava una discriminazione indiretta⁵².

Anche l'Austria aveva una normativa in base alla quale gli studenti, che avessero conseguito il diploma di istruzione secondaria in un altro Stato membro e intendessero intraprendere un determinato corso di studi superiori o universitari in Austria, dovevano non solo produrre il diploma di istruzione secondaria, ma anche provare di possedere i requisiti di accesso agli studi superiori o universitari nello Stato che aveva rilasciato loro il diploma. La Commissione, ritenendo che tale normativa fosse in contrasto con gli artt. 12, 149 e 150 Trattato CE (oggi artt. 18, 165 e 166 TFUE), ha proposto un ricorso di infrazione contro l'Austria.

La Corte di giustizia ha stabilito che la normativa austriaca era tale da pregiudicare maggiormente i cittadini di altri Stati membri rispetto ai cittadini austriaci, in quanto non consentiva ad essi di accedere agli studi superiori o universitari in Austria alle stesse condizioni vigenti per i titolari dell'equivalente diploma austriaco. Pertanto la differenza di trattamento prevista da tale normativa determinava una discriminazione indiretta in base alla nazionalità⁵³. La Corte ha poi verificato se la disparità di trattamento in parola fosse giustificabile sul piano del diritto dell'UE, in quanto «basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle

⁵¹ Sentenza della Corte del 1° luglio 2004 in causa C-65/03, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6427 ss., EU:C:2004:402.

⁵² *Ivi*, punto 29.

⁵³ V. la sentenza del 7 luglio 2005 in causa n. C-147/03, *Commissione c. Austria*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5969 ss., EU:C:2005:427, punti 46 e 47. Le discriminazioni indirette sono «quelle normative che, benché non prescrivano la nazionalità come condizione per l'attribuzione di un certo diritto, impongono condizioni che, pur essendo applicabili a tutti, senza distinzione di nazionalità, sono difficilmente soddisfatte dai cittadini degli altri Stati membri» (L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 130).

persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale»⁵⁴.

Tra le giustificazioni addotte dall'Austria vi era quella secondo cui la misura discriminatoria in questione fosse necessaria a salvaguardare l'esistenza e l'omogeneità del sistema nazionale di studi superiori o universitari⁵⁵. Al riguardo l'Austria sosteneva che, senza la misura contestata, un consistente numero di studenti titolari di un diploma conseguito in Germania avrebbe tentato di svolgere gli studi universitari o di istruzione superiore in Austria e tale situazione avrebbe creato gravi problemi finanziari, strutturali e di personale, mettendo a rischio l'equilibrio finanziario della pubblica istruzione austriaca e, quindi, la sua stessa esistenza.

La giustificazione di ordine economico invocata dall'Austria è stata efficacemente contestata dall'Avvocato Generale Jacobs. Quest'ultimo ha sostenuto che l'onere finanziario sul bilancio statale derivante dalla libera circolazione degli studenti non potesse costituire un valido motivo di deroga al principio della parità di trattamento tra studenti nazionali e studenti provenienti da altri Stati membri nell'accesso all'istruzione superiore pubblica. A suo parere, data la sostanziale differenza tra l'istruzione superiore pubblica e i servizi di assistenza sanitaria pubblica, non sarebbe possibile estendere all'istruzione superiore pubblica l'orientamento giurisprudenziale che considera ammissibile una deroga alla libera circolazione dei servizi di assistenza sanitaria pubblica per motivi economici⁵⁶. Questo orientamento si spiega con il fatto che, essendo l'assistenza sanitaria pubblica – secondo la giurisprudenza della Corte – un servizio ex art. 49 Trattato CE (oggi art. 56 TFUE), qualsiasi prestazione concessa da uno Stato membro ai propri cittadini deve essere estesa ai destinatari di servizi che siano cittadini degli altri Stati membri, il che – data anche la natura dei servizi in questione – può avere un impatto considerevole sulle finanze statali. Ben

⁵⁴ Sentenza *Commissione c. Austria*, EU:C:2005:427, punto 48.

⁵⁵ L'Avvocato Generale Jacobs ha osservato che «non è chiaro che cosa si intenda con lo scopo di preservare "l'omogeneità" del sistema d'insegnamento superiore austriaco. Dal senso generale che traspare dagli argomenti presentati dall'Austria e dai fatti della controversia, sembra che per "omogeneità" si intenda un "accesso privilegiato per i cittadini austriaci"» (conclusioni del 20 gennaio 2005 in causa n. C-147/03, in *Raccolta*, 2005, I, p. 5972 ss., EU:C:2005:40, punto 30).

⁵⁶ Nei casi *Kohll* e *Vanbraekel* la Corte ha ammesso che un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale possa costituire un motivo imperativo di interesse generale atto a giustificare un ostacolo alla libera circolazione dei servizi (sentenze del 28 aprile 1998 in causa n. C-158/96, *Raymond Kohll c. Union des Caisses de Maladie* e *Nicolas Decker c. Caisse de Maladie de Employés Privés*, punto 41, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931 ss., EU:C:1998:171, e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 55, e 12 luglio 2001 in causa n. C-368/98, *Abdon Vanbraekel a. O. c. Alliance nationale des mutualités chrétiennes*, punto 47, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5363 ss., EU:C:2001:400, e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 689).

più limitato è, invece, il potenziale effetto sul bilancio pubblico dei diritti riconosciuti agli studenti in forza del Trattato, posto che l'istruzione superiore pubblica non è qualificata dalla giurisprudenza europea come un servizio ai sensi del Trattato⁵⁷ e che, inoltre, le borse di mantenimento, nell'attuale fase di evoluzione del diritto dell'UE, esulano dall'ambito di applicazione del Trattato (v., *infra*, par. 7)⁵⁸.

La Corte di giustizia – a differenza dell'Avvocato Generale – ha implicitamente riconosciuto che l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario e, quindi, l'esistenza del sistema di istruzione pubblica potesse rappresentare un motivo legittimo per derogare al divieto di discriminazioni basate sulla cittadinanza. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che l'Austria non avesse dimostrato il carattere necessario della misura in questione, posto che vi erano misure non discriminatorie idonee ad impedire un numero eccessivo di domande di accesso a determinati corsi di formazione superiore (quali, ad esempio, la previsione di un esame di ammissione o del requisito di un punteggio minimo) e che, inoltre, l'Austria non aveva fornito una stima del numero di iscrizioni che si sarebbero potute registrare nelle varie facoltà universitarie senza la misura discriminatoria in questione⁵⁹.

L'Austria ha sostenuto altresì che la normativa discriminatoria "incriminata" perseguiva il fine legittimo di impedire un abuso della libertà di circolazione da parte degli studenti tedeschi. La Corte non ha ritenuto fondata neppure tale giustificazione. Essa – aderendo alle tesi della Commissione e dell'Avvocato Generale Jacobs – ha statuito che la possibilità per uno studente dell'UE che abbia conseguito un diploma di istruzione secondaria in uno Stato membro diverso dall'Austria di accedere agli studi superiori o universitari austriaci alle stesse condizioni dei titolari di diplomi conseguiti in Austria «costituisce l'essenza stessa del principio della

⁵⁷ Tuttavia, la Commissione europea ha recentemente affermato che i servizi di istruzione finanziati prevalentemente dai genitori o dagli alunni o dagli introiti commerciali si differenziano dai servizi di istruzione pubblica e possono essere considerati come un'attività economica. Lo stesso dicasi per i servizi di istruzione offerti da istituti pubblici che, «per la loro natura, la struttura di finanziamento e l'esistenza di organizzazioni private concorrenti» hanno carattere economico (Comunicazione del 20 dicembre 2011 *sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*, C(2011)9404 def., in *Gu-Ue* n. C 8 dell'11 gennaio 2012, p. 4 ss., par. 28).

⁵⁸ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in causa n. C-147/03, EU:C:2005:40, punto 34.

⁵⁹ La posizione assunta della Corte di giustizia rispetto all'esigenza espressa dall'Austria di salvaguardare il sistema di istruzione superiore austriaco è stata oggetto di critiche in dottrina. V. per tutti S. GARBEN, *EU Higher Education Law: the Bologna Process and Harmonization by Stealth*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011 p. 114 ss.

libera circolazione degli studenti garantito dal Trattato e non può pertanto configurare di per sé un abuso di tale diritto»⁶⁰.

Non avendo ritenuto che le ragioni dedotte dall'Austria valessero a giustificare la normativa discriminatoria in questione, la Corte di giustizia ha accolto il ricorso di infrazione. Pertanto, l'Austria – al pari del Belgio – era tenuta a modificare la normativa sull'accesso all'istruzione superiore in modo da renderla compatibile ai diritti di libera circolazione e di non discriminazione sanciti dal Trattato⁶¹.

5. La Corte e il numero chiuso

Il caso *Bressol* ha dato alla Corte di giustizia l'occasione per chiarire se i limiti posti da uno Stato membro all'accesso all'istruzione di studenti non residenti in tale Stato comportassero una discriminazione ai danni dei cittadini di altri Stati membri⁶². La Corte costituzionale belga dubitava della compatibilità con il diritto dell'UE di una normativa interna che garantiva agli studenti residenti l'accesso illimitato ai corsi universitari⁶³, mentre gli studenti non residenti erano soggetti ad un numero chiuso per determinati corsi. Così essa ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se tale normativa fosse giustificata dal fatto che la Comunità francese del Belgio si trovasse a fronteggiare un afflusso di studenti provenienti da un altro Stato membro vicino, dovuto ad una politica restrittiva attuata da quest'ultimo, e che a causa di ciò solo un numero troppo esiguo di studenti residenti in Belgio conseguisse il diploma nei detti corsi di formazione.

L'Avvocato Generale Sharpston ha sostenuto che le condizioni cumulative alle quali era subordinato il libero accesso a taluni corsi universitari, ossia la residenza principale in Belgio e la titolarità del diritto di soggiorno permanente in tale Stato, fossero discriminatorie. La prima condizione

⁶⁰ V. la sentenza del 7 luglio 2005, *Commissione c. Austria*, EU:C:2005:427, punto 70.

⁶¹ Si noti che l'obbligo di modificare il diritto nazionale per renderlo conforme al Trattato sussiste nonostante che all'UE sia precluso di adottare delle disposizioni di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di istruzione. V. K. LENAERTS, *Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union*, *Fordham Int'l L.J.*, Vol. 21, 1997, p. 1348, che cita i suddetti casi giurisprudenziali come esempi del c.d. «*pervasive effect*» del diritto dell'UE sul diritto materiale degli Stati membri, ossia della capacità di tale diritto di porre dei limiti all'esercizio da parte degli Stati membri del potere legislativo nei settori di loro competenza.

⁶² V. la sentenza del 13 aprile 2010 in causa n. C-73/08, *Nicolas Bressol e a.*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2782 ss., EU:C:2010:181.

⁶³ Ai sensi della normativa in questione si consideravano residenti le persone che avessero la propria residenza principale in Belgio e che godessero del diritto di soggiorno permanente in tale Stato.

costituiva una discriminazione indiretta, in quanto poteva essere più facilmente soddisfatta dai belgi, i quali risiedono per lo più in Belgio, che dai cittadini di altri Stati membri, che generalmente risiedono in tali Stati; la seconda condizione, invece, configurava una discriminazione diretta, perché era automaticamente soddisfatta da tutti i cittadini belgi e non, invece, dai cittadini di altri Stati membri (i quali avrebbero dovuto dimostrare di possedere i requisiti necessari per acquisire il diritto di soggiorno permanente)⁶⁴. La Corte di giustizia ha ritenuto che la condizione della residenza sul territorio nazionale per iscriversi a taluni corsi universitari senza sottostare ad un sistema di ammissione a sorteggio riservato ai non residenti costituisse una discriminazione indiretta in base alla nazionalità⁶⁵. Inoltre, diversamente dall'Avvocato Generale⁶⁶, la Corte ha riconosciuto che in teoria le ragioni addotte dal Belgio potessero giustificare una disparità di trattamento fra studenti, ma non le ha ravvisate nel caso di specie. Essa ha escluso che vi fosse il rischio di un onere finanziario eccessivo dovuto all'elevato numero di studenti provenienti da altri Stati membri, posto che in Belgio gli stanziamenti all'istruzione non variavano in funzione del numero degli studenti (vi era il c.d. sistema di finanziamento "a busta chiusa"); ha demandato, invece, al giudice nazionale del rinvio la verifica della sussistenza in concreto degli altri elementi di giustificazione invocati dal Belgio (l'esigenza di garantire l'omogeneità del sistema di istruzione superiore nonché la continuità dell'assistenza medica e paramedica nella Comunità francese) e la proporzionalità della misura discriminatoria in questione.

Tuttavia, trattandosi di un rinvio pregiudiziale, la Corte ha fornito al giudice *a quo* parametri ben precisi per compiere le suddette valutazioni. In primo luogo, tale giudice avrebbe dovuto accertare se vi fosse il rischio che un eventuale abbassamento del livello qualitativo della formazione professionale in ambito sanitario potesse nel tempo pregiudicare il livello qualitativo dell'assistenza sanitaria fornita nella Comunità francese del Belgio. In secondo luogo, il giudice nazionale avrebbe dovuto verificare

⁶⁴ V. le conclusioni del 25 giugno 2009 in causa n. C-73/08, *Nicolas Bressol e a.*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2739 ss., EU:C:2009:396, punti 43 ss.

⁶⁵ Sentenza *Bressol*, EU:C:2010:181, punto 46. V. in tal senso A. DEFOSSEZ, *Bressol et Chaverot: la «non-décision» de la Cour de justice de l'UE*, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, in *Rev. de Jurisprudence de Liège*, vol. 42, 2010, p. 2000. In effetti le normative statali che subordinano il godimento di taluni diritti a condizioni attinenti alla residenza sul territorio nazionale sono considerate delle discriminazioni indirette.

⁶⁶ L'Avvocato Generale Sharpston ha ammesso che, in presenza di circostanze particolari (come nel caso *Bressol*), i diritti di libera circolazione e di parità di trattamento degli studenti comportano problemi concreti per gli Stati membri. Tali problemi, tuttavia, non dovrebbero essere risolti ponendo limiti ai diritti degli studenti, quanto piuttosto adottando misure legislative a livello europeo che promuovano la solidarietà fra gli Stati membri (v. le conclusioni del 25 giugno 2009, *loc. cit.*, punti 151 ss.).

se un'eventuale limitazione del numero complessivo di studenti nei corsi di formazione interessati (finalizzata a garantire il livello qualitativo della formazione) potesse ridurre proporzionalmente il numero di diplomati disposti a prestare i servizi sanitari nella medesima Comunità. Per appurare i predetti rischi, il giudice *a quo* avrebbe dovuto considerare «che il nesso tra la formazione dei futuri operatori sanitari e l'obiettivo diretto a mantenere un servizio medico-ospedaliero di qualità, equilibrato e accessibile a tutti è solamente indiretto e meno causale rispetto al nesso esistente tra l'obiettivo della sanità pubblica e l'attività degli operatori sanitari già presenti sul mercato»⁶⁷. La valutazione di tale nesso richiede sia un'analisi prospettica, basata su una serie di elementi aleatori e incerti e sulla futura evoluzione del settore sanitario interessato, sia un'analisi della situazione esistente. La Corte ha ammesso che uno Stato membro – in presenza di un rischio per la tutela della salute pubblica nel proprio territorio – possa adottare misure preventive, volte ad evitare il verificarsi di una penuria di operatori sanitari, che deroghino alla libertà di circolazione degli studenti. Tuttavia, in tal caso, lo Stato deve svolgere un'«analisi obiettiva, circostanziata e corredata di dati numerici (...) idonea a dimostrare, sulla base di dati seri, convergenti e probatori, l'effettiva esistenza di rischi per la sanità pubblica» nonché l'idoneità e la necessità del provvedimento adottato per scongiurare tali rischi. Così, nel caso di specie, il Belgio avrebbe dovuto fornire elementi idonei a stabilire, per ciascuno dei nove corsi di formazione, il numero massimo di studenti che era possibile istruire al livello di qualità auspicato, nonché il numero di diplomati che avrebbero dovuto esercitare una professione medica o paramedica nella Comunità francese affinché fosse garantita una sufficiente disponibilità di servizi sanitari pubblici. Secondo la Corte, non era possibile assumere che tutti gli studenti non residenti in Belgio, al termine dei loro studi, avrebbero intrapreso una professione sanitaria nello Stato da cui provenivano anziché in Belgio, né escludere che gli studenti residenti in Belgio avrebbero deciso, al termine dei loro studi, di esercitare la loro professione in un altro Stato o che studenti, che in quel momento non studiavano nella Comunità francofona vi si sarebbero potuti stabilire in seguito per svolgere una professione sanitaria.

Se il giudice nazionale avesse accertato l'esistenza di rischi concreti per la tutela della sanità pubblica, avrebbe dovuto verificare l'idoneità della misura discriminatoria in esame a scongiurare quei rischi. Anche al riguardo la Corte ha dato un'indicazione ben precisa: bisognava verificare

⁶⁷ Sentenza *Bressol*, EU:C:2010:181, punto 69.

se una limitazione del numero di studenti non residenti fosse realmente idonea ad aumentare il numero di diplomati disposti a garantire, nel tempo, la disponibilità di servizi sanitari nella Comunità francese.

Infine, il giudice nazionale avrebbe dovuto valutare se la misura contestata andasse al di là di quanto necessario ai fini del conseguimento dell'obiettivo di interesse generale invocato. Concretamente, si trattava di stabilire se si potesse realizzare tale obiettivo attraverso misure meno restrittive volte ad incoraggiare gli studenti che compivano i loro studi nella Comunità francese a stabilirvisi, al termine dei loro studi, o ad invogliare i professionisti sanitari che avevano studiato in altri Stati membri a stabilirsi nella Comunità francese. Inoltre, bisognava valutare se il Belgio avesse temperato l'interesse pubblico nazionale con l'obiettivo dell'UE di garantire agli studenti provenienti da altri Stati membri il diritto di accedere all'istruzione superiore in Belgio, diritto che costituisce «l'essenza stessa della libera circolazione degli studenti»⁶⁸.

La Corte non nega la possibilità che circostanze eccezionali possano giustificare una limitazione dei diritti di libera circolazione e di non discriminazione degli studenti "migranti". Essa ha posto però taluni «controlli», richiedendo allo Stato membro di assolvere un gravoso onere probatorio e al giudice nazionale di effettuare un *test* di proporzionalità particolarmente articolato.

6. Il diritto agli aiuti finanziari per gli studi nello Stato "ospitante" come derivante dallo *status* di lavoratore "migrante"

La Corte di giustizia ha riconosciuto agli studenti che frequentano corsi di istruzione o di formazione professionale in uno Stato membro diverso da quello di origine il diritto di fruire degli aiuti finanziari che lo Stato ospitante concede ai propri cittadini per contribuire alle spese di studio o di mantenimento durante gli studi⁶⁹. La giurisprudenza europea in tale ambito si presenta più articolata di quella relativa all'accesso all'istruzione.

La Corte, grazie ad un'interpretazione teleologica e sistematica delle norme contenute nel Regolamento n. 1612/68, ha riconosciuto ai familiari

⁶⁸ Sentenza *Bressol*, EU:C:2010:181, punto 79.

⁶⁹ Ci sono tre principali categorie di aiuti finanziari per gli studi: *a.* aiuti diretti a contribuire alle spese di mantenimento, erogati (sotto forma di finanziamenti o di borse di studio) direttamente agli studenti; *b.* aiuti a copertura (totale o parziale) delle spese di istruzione, elargiti (sotto forma di finanziamenti o di borse di studio o anche di esenzioni o riduzioni di spesa) direttamente agli studenti; *c.* aiuti concessi alle famiglie (sotto forma di assegni familiari o esenzioni o riduzioni di spesa o agevolazioni).

dei lavoratori provenienti da altri Stati membri (di seguito, per brevità, lavoratori "migranti") il diritto agli aiuti finanziari per il mantenimento durante gli studi.

Il *leading case* è del 1974 e ha per protagonista un giovane di nazionalità italiana residente a Monaco, orfano di un italiano che aveva lavorato in Belgio, a cui era stato negato dall'Amministrazione bavarese un sussidio scolastico, perché la legge interna accordava tale sussidio solo ai cittadini tedeschi privi di risorse economiche sufficienti⁷⁰. Il giudice nazionale, dubitando della compatibilità della legge bavarese con il diritto comunitario, ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione concernente l'interpretazione dell'art. 12 del Regolamento n. 1612/68. Tale norma – come già precisato – impone agli Stati membri di consentire ai figli dei lavoratori provenienti da altri Stati membri di accedere alle scuole «alle stesse condizioni» previste per i loro cittadini⁷¹. La Corte ha chiarito che la portata precettiva di questa norma non riguarda solo le disposizioni relative all'immissione ai corsi di istruzione, ma «in generale, tutti i provvedimenti miranti a facilitare la frequenza dell'insegnamento»⁷², quali sono ad esempio i sussidi scolastici. Pertanto, gli Stati membri, se istituiscono dei sussidi scolastici, devono concederli indiscriminatamente tanto ai figli dei loro cittadini quanto ai figli dei lavoratori provenienti da altri Stati membri⁷³.

Alcuni anni dopo, in un caso analogo, la Corte di giustizia ha precisato che «lo status di figlio di un lavoratore comunitario ai sensi del Regolamento n. 1612/68 implica [...] il riconoscimento, da parte del diritto comunitario, della necessità che coloro che lo posseggono possano fruire de-

⁷⁰ Sentenza del 3 luglio 1974, *Casagrande*, EU:C:1974:74.

⁷¹ L'art. 12 del Regolamento n. 1612/68 è stato "confermato" dal Regolamento n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori (art. 10), mentre non è stato riprodotto nella direttiva n. 2004/38/Ce sulla libera circolazione dei cittadini dell'UE e dei loro familiari, *cit. supra*, nota 28. Per tale ragione il diritto secondario tuttora riconosce solo ai figli dei lavoratori "migranti" il diritto di accesso all'istruzione alle stesse condizioni previste per i cittadini di tale Stato.

⁷² Sentenza *Casagrande*, EU:C:1974:74, punto 4. Il Regolamento n. 1612/68 riconosce espressamente che «il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità, che (...) che siano (...) eliminati gli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda il diritto del lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia e le condizioni d'integrazione della famiglia nella società del paese ospitante». Al riguardo la Corte ha chiarito che «questa integrazione implica, nel caso del figlio di un lavoratore straniero che voglia accedere alle scuole di istruzione secondaria, che egli possa fruire, alla stessa stregua dei cittadini del paese ospitante, dei vantaggi previsti dalle leggi interne di questo paese al fine di promuovere l'istruzione».

⁷³ Sentenza *Casagrande*, EU:C:1974:74, punto 6. La Corte ha ribadito che «benché, a norma del Trattato, il settore dell'istruzione e della preparazione professionale non rientri, di per se stesso, nella competenza delle Istituzioni comunitarie, ciò non significa che l'esercizio dei poteri conferiti alla Comunità debba essere, in qualche modo, limitato quando possa aver ripercussioni sui provvedimenti adottati nel settore in questione» (*ibidem*).

gli aiuti statali per gli studi al fine della loro integrazione nella vita sociale del paese ospitante»⁷⁴. La Corte ha poi ricordato che «gli aiuti concessi per coprire le spese di studio e di mantenimento dello studente» sono considerati «vantaggi sociali» ai sensi dell'art. 7, par. 2⁷⁵, e devono essere quindi erogati ai lavoratori "migranti" a parità di condizioni con i lavoratori nazionali. Leggendo in combinato disposto gli artt. 7 e 12 del Regolamento n. 1612/68, la Corte è giunta alla conclusione che dovesse riconoscersi ai figli dei lavoratori comunitari il diritto di ottenere tali aiuti alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro ospitante⁷⁶.

Inoltre, la Corte ha chiarito che i figli dei lavoratori "migranti" possono invocare l'art. 12 del Regolamento n. 1612/68 per beneficiare di un finanziamento agli studi anche se hanno compiuto ventun anni e hanno cessato di essere a carico dei loro genitori⁷⁷.

Grazie soprattutto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, i figli di un lavoratore "migrante" godono fin dagli anni Settanta del secolo scorso del diritto di percepire sussidi per le spese di mantenimento e di studio a parità di condizioni con i cittadini dello Stato membro in cui lavora (o ha lavorato) il loro genitore. Costoro sono beneficiari indiretti della parità di trattamento riconosciuta al lavoratore "migrante" dall'art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68. Tuttavia, la Corte ha precisato che il figlio di un lavoratore migrante può, in prima persona, avvalersi della predetta disposizione per ottenere un finanziamento per gli studi qualora, in forza del diritto nazionale, esso sia concesso direttamente allo studente⁷⁸.

⁷⁴ Sentenza del 15 marzo 1989 in cause riunite n. 389 e n. 390/87, *G. B. C. Echternach ed A. Moritz c. Ministro olandese dell'istruzione e delle scienze*, in *Raccolta*, 1989, p. 755 ss., EU:C:1989:130, punto 35.

⁷⁵ L'art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68 prevede che il lavoratore cittadino di un altro Stato membro «gode [nello Stato membro in cui svolge la propria attività lavorativa] degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali».

⁷⁶ Sentenza *Echternach e Moritz*, EU:C:1989:130, punto 36. In una successiva pronuncia la Corte ha spiegato che «il riferimento all'art. 7, n. 2, del Regolamento, quale criterio interpretativo dell'art. 12 (...) era inteso a sottolineare che i vantaggi accordati ai sensi dell'art. 7, n. 2, ai lavoratori migranti in quanto tali non possono essere negati ai figli di tali lavoratori allorché essi fanno valere il diritto consacrato dall'art. 12 del Regolamento» (sentenza del 4 maggio 1995 in causa n. C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen c. Lubor Gaal*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1031 ss., EU:C:1995:118, punto 30).

⁷⁷ V. la sentenza del 4 maggio 1995, *Gaal*, EU:C:1995:118, punti 25 e 31. La Corte ha espressamente respinto l'argomentazione del Governo tedesco secondo cui sussisteva uno stretto collegamento tra gli artt. 10 e 11 del Regolamento n. 1612/68, da un lato, e l'art. 12 del medesimo Regolamento, dall'altro, sicché quest'ultima disposizione avrebbe conferito il diritto alla parità di trattamento per l'accesso all'insegnamento nello Stato membro ospitante soltanto ai figli in possesso dei requisiti di cui agli artt. 10 e 11, sottolineando che l'art. 12 del Regolamento n. 1612/68 non contiene alcun riferimento ai suddetti artt. 10 e 11.

⁷⁸ V. la sentenza 20 giugno 2013 in causa n. C-20/12, *Elodie Giersch e a. c. État du Grand-Duché de Luxembourg*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:411, punto 40, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 448. In questa pronuncia la Corte ha altresì precisato che

7. Il diritto agli aiuti finanziari come afferente allo *status* di cittadino europeo

Nei casi *Lair* e *Brown* del 1988, la Corte ha affermato che gli studenti iscritti a corsi di istruzione in uno Stato membro diverso dal proprio potevano invocare il diritto di ottenere sussidi per il mantenimento e la formazione *solo* se fossero lavoratori "migranti" (ex art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68) o figli di un lavoratore "migrante" (ex art. 12 del medesimo Regolamento). Secondo la Corte, gli studenti che non fossero né lavoratori "migranti" né figli di un lavoratore "migrante" non potevano invocare il principio di non discriminazione di cui all'art. 7 Trattato CEE (oggi art. 18, comma 1, TFUE), in quanto i sussidi (o altre forme di assistenza sociale) per le spese di mantenimento e di istruzione esulavano dal campo di applicazione del Trattato (a meno che essi non mirassero a coprire le spese di iscrizione o altre spese scolastiche strettamente necessarie per l'accesso all'istruzione)⁷⁹.

In tal modo, la Corte ha tracciato una distinzione tra le tasse di iscrizione ai corsi di istruzione e i sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione: le prime rientravano *in ogni caso* nel campo di applicazione del Trattato e quindi dovevano essere compatibili con i principi di libera circolazione e di non discriminazione; i secondi esulavano dal campo di applicazione del Trattato e dunque potevano essere liberamente disciplinati dagli Stati membri, salvo il rispetto delle norme comunitarie sulla libera circolazione e sulla parità di trattamento dei lavoratori. Evidentemente, secondo la Corte, le tasse di iscrizione imposte esclusivamente agli studenti "migranti" rappresentavano un diretto ostacolo economico all'accesso all'istruzione⁸⁰, mentre i sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione potevano esserlo solo in via mediata ed indiretta⁸¹. Ciò comportava

pure i figli di lavoratori che non risiedono nello Stato membro in cui lavorano (lavoratori "frontalieri") hanno diritto ad ottenere dallo Stato in cui lavora un loro genitore i finanziamenti agli studi a parità di condizioni con i cittadini di tale Stato.

⁷⁹ V. le sentenze del 21 giugno 1988, *Lair*, EU:C:1988:322, punti 14 e 15, e 21 giugno 1988, *Brown*, EU:C:1988:323, punto 2. Secondo la Corte, i sussidi per il mantenimento e l'istruzione ricadevano nella politica dell'istruzione e nella politica sociale, le quali, in linea di principio, erano riservate alla competenza degli Stati membri. Per un'articolata critica v. M. DOUGAN, *Fees, Grants, Loans And Dole Cheques: Who Covers The Costs Of Migrant Education Within The EU?*, CMLR, Vol. 42 2005, p. 952 ss.

⁸⁰ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Gordon Slynn del 28 giugno 1988 in causa n. 42/87, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1988, p. 5449 ss., segnatamente p. 5451, EU:C:1988:341.

⁸¹ In dottrina si è ritenuto che, nei casi *Lair* e *Brown*, la Corte di giustizia abbia tenuto un atteggiamento di *self-restraint* dettato dalla consapevolezza che l'estensione del principio comunitario della parità di trattamento alla materia dei sussidi scolastici avrebbe potuto incidere in modo significativo sulle finanze degli Stati membri (specie di quelli che, per ragioni lingui-

che gli studenti *in quanto tali* avessero diritto di accedere ai corsi di istruzione di uno Stato membro diverso dal proprio a parità di condizione con i cittadini di tale Stato, anche quanto riguardava il pagamento delle tasse di iscrizione, ma non potessero pretendere altrettanto relativamente ai sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione (a meno che non fossero lavoratori "migranti" o figli di un lavoratore "migrante")⁸².

Tale orientamento restrittivo in tema di sussidi per gli studenti è stato superato a seguito dell'istituzione della cittadinanza europea. Questo cambiamento è stato preannunciato da due pronunce con le quali la Corte di giustizia – pur ribadendo che gli aiuti finanziari agli studenti sono al di fuori della sfera di applicazione del Trattato – ha sostanzialmente riconosciuto agli studenti che si recano a studiare in uno Stato membro diverso dal proprio il diritto di godere dei benefici assistenziali alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro ospitante⁸³.

Il caso *Grzelczyk* riguardava un cittadino francese iscritto ad un corso di studi in Belgio a cui le autorità belghe avevano negato la concessione di una prestazione sociale che garantiva un minimo di mezzi di sussistenza (denominata «*minimex*»), in quanto egli non era un cittadino belga né un lavoratore migrante ai sensi del Regolamento n. 1612/68. La Corte di giustizia ha affermato che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad

stiche o attinenti all'organizzazione del sistema di istruzione, erano maggiormente "importatori" di studenti di altre nazionalità). V. S. GARBEN, *EU Higher Education Law: The Bologna Process and Harmonization by Stealth*, cit. *supra*, nota 59, p. 122.

⁸² Si noti che la direttiva n. 93/96/Ce del 29 ottobre 1993 relativa al diritto di soggiorno degli studenti, cit. *supra*, nota 46, ha espressamente escluso che gli studenti iscritti ad un corso di istruzione in uno Stato membro diverso dal proprio avessero – in virtù della direttiva stessa – il «diritto al pagamento di borse di mantenimento da parte dello Stato membro ospitante» (art. 3). Inoltre, la direttiva, onde evitare che gli studenti provenienti dagli altri Stati membri costituissero un «onere eccessivo» per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, subordinava il loro diritto di soggiorno in tale Stato alla condizione che essi dispongano di sufficienti mezzi per il loro sostentamento. La direttiva mirava chiaramente a fornire «agli Stati membri gli strumenti specifici per minimizzare il potenziale onere gravante sul bilancio pubblico in conseguenza dell'esercizio del diritto alla libera circolazione da parte degli studenti» (conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in causa n. C-147/03, EU:C:2005:40, punto 34).

⁸³ Sentenze della Corte del 20 settembre 2001 in causa n. C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 ss., EU:C:2001:458, e dell'11 luglio 2002 in causa n. C-224/98, *Marie-Natalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6191 ss., EU:C:2002:432, e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 526. Sul *fil rouge* intercorrente tra le sentenze *Grzelczyk* e *D'Hoop* (e anche la sentenza del 7 settembre 2004 in causa n. C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 7573, EU:C:2004:488, in cui la Corte ha affermato che il cittadino di uno Stato membro economicamente non attivo, che sia titolare di un permesso di soggiorno in un altro Stato membro, può invocare l'art. 12 Trattato CE affinché gli sia accordato in quest'ultimo Stato una prestazione di assistenza sociale quale il «*minimex*») e la sentenza del 15 marzo 2005 in causa n. C-209/03, *The Queen, ex parte di Dany Bidar c. London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2119 ss. (*infra*), EU:C:2005:169, e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 283.

essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico»⁸⁴. Ciò significa che un cittadino dell'Unione europea, che risiede legalmente sul territorio di uno Stato membro, può invocare il principio di non discriminazione sancito dal Trattato in tutte le situazioni rientranti nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario, fra cui l'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri⁸⁵. Così, lo studente che si reca a studiare in uno Stato membro diverso dal proprio (esercitando il diritto di libera circolazione nell'UE) e che vi risiede legalmente ha il diritto di non subire discriminazioni in ragione della sua nazionalità da parte dello Stato ospitante. Vero è che la direttiva n. 93/96/Ce consentiva agli Stati di negare il diritto di soggiorno ai cittadini di altri Stati membri che non disponevano di sufficienti mezzi di sussistenza. Tuttavia, secondo la Corte, la richiesta da parte di uno studente di percepire un *minimex* non costituiva motivo sufficiente per privarlo del diritto di soggiorno⁸⁶.

Il caso *D'Hoop* aveva per protagonista una cittadina belga che si era vista rifiutare dalle autorità belghe la concessione dell'indennità di disoc-

⁸⁴ Sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, punto 31. L'Avvocato Generale Sharpston ha sostenuto che la statuizione della Corte di giustizia riportata *supra* nel testo ha conseguenze «altrettanto importanti e radicali quanto quelle delle prime pietre miliari nella giurisprudenza della Corte» e «abbia un significato potenzialmente analogo a quello della famosa asserzione contenuta nella sentenza Van Gend en Loos, secondo cui "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato (...) ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini"» (conclusioni del 30 settembre 2010 in causa n. C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'Emploi*, EU:C:2010:560, punto 41). In effetti, introducendo «la cittadinanza europea, come nuovo e complementare status per tutti i cittadini degli Stati membri» e «accordando ad ogni cittadino il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, il [Trattato di Maastricht] riconosceva il ruolo essenziale dei singoli, indipendentemente dal fatto che siano o meno economicamente attivi, all'interno della nuova Unione» (conclusioni *ult. cit.*, par. 67). Come ha osservato S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 1, 2011, pp. 59 e 60, «il cittadino europeo (...) gode di un patrimonio giuridico variabile nello spazio e nel tempo, consistente nell'estensione, a suo beneficio, dei diritti previsti da ciascun ordinamento statale con il quale entra in contatto a favore dei suoi propri cittadini. Tale prerogativa acquista autonomia solo con riferimento al cittadino europeo "inattivo": il "nocciolo duro" delle libertà economiche di circolazione (...) già consiste nel godimento del principio del trattamento nazionale».

⁸⁵ V. la sentenza *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, punto 31. Questa pronuncia mostra come la Corte di giustizia «seems to have found it useful to invoke Article 17 EC in order to support a broad interpretation (certainly welcome in itself, in my view) of the scope of the Treaty for the purposes of the prohibition of discrimination, whether *ratione personae* or *ratione materiae*» (F. G. JACOBS, *Citizenship of the European Union – A Legal Analysis*, in *European Law Journal*, Vol. 13, 2007, p. 594).

⁸⁶ V. la sentenza *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, punti 42 e 43.

cupazione giovanile, in quanto non apparteneva alle categorie di soggetti a cui era riservato tale beneficio⁸⁷. La ragazza non aveva conseguito il diploma di maturità in Belgio, bensì in Francia e non era una lavoratrice "migrante" ai sensi del diritto comunitario né era familiare di un lavoratore "migrante". La Corte di giustizia ha ritenuto che la ragazza, avendo esercitato il diritto di circolazione e di soggiorno sul territorio di un altro Stato membro, avesse il diritto di essere trattata nel suo Stato di origine al pari dei suoi connazionali che si trovavano nella medesima situazione (ex art. 12 Trattato CE, divenuto art. 18 TFUE), specialmente nel campo dell'istruzione. Per contro, la normativa belga, subordinando la concessione delle indennità di disoccupazione giovanile alla condizione di avere ottenuto un diploma di maturità in Belgio, svantaggiava i cittadini belgi che, avvalendosi della libertà di circolazione, avessero compiuto gli studi in un altro Stato membro⁸⁸. La Corte ha dichiarato che «una disparità di trattamento di tal genere è contraria ai principi che sono alla base dello status di cittadino dell'Unione», come la garanzia di un medesimo trattamento giuridico nell'esercizio della propria libertà di circolazione⁸⁹.

Dalle sentenze *Grzelczyk* e *D'Hoop* si può trarre il principio secondo cui un cittadino dell'Unione che, avendo esercitato la libertà di circolazione, risiede legalmente in uno Stato membro può invocare l'art. 12 Trattato CE (oggi art. 18 TFUE) per beneficiare nello Stato ospitante delle prestazioni assistenziali alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato⁹⁰. Ciò si-

⁸⁷ Sentenza dell'11 luglio 2002, *D'Hoop*, EU:C:2002:432.

⁸⁸ Secondo la Corte una normativa nazionale che svantaggia determinati cittadini nazionali solo per aver esercitato la loro libertà di circolazione e di soggiorno in un altro Stato membro dà luogo ad una disparità di trattamento (sentenza *D'Hoop*, EU:C:2002:432, punto 34).

⁸⁹ Sentenza *D'Hoop*, EU:C:2002:432, punto 35. Secondo la Corte la condizione richiesta dalla legge belga (la titolarità di un diploma conseguito in Belgio) poteva essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale (v. *ibidem*, punto 36). Al riguardo, la Corte, dopo aver accertato che i sussidi in esame avevano l'obiettivo di agevolare il passaggio dei giovani dalla scuola al mercato del lavoro, ha ammesso la possibilità «che il legislatore nazionale [volesse] essere sicuro dell'esistenza di un nesso reale tra chi richiede le dette indennità ed il mercato geografico del lavoro» (punto 38). La Corte ha però ritenuto che un'unica condizione relativa al luogo di conseguimento del diploma di maturità presenta un carattere troppo generale ed esclusivo. Tale condizione infatti privilegia indebitamente un elemento che non è necessariamente rappresentativo del grado reale ed effettivo di collegamento ed eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (v. punto 39).

⁹⁰ Le sentenze *Grzelczyk* e *D'Hoop* (e molte altre rese recentemente dalla Corte in tema di cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone) mostrano come «the ECJ has linked the provisions on citizenship with the prohibition on discrimination on grounds of nationality in a way which has strengthened the rights and entitlement of EU nationals and their families – both in host Member States and in their own – on matters such as social benefit, taxation criminal procedures and dual nationality situations» (P. CRAIG - G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 819).

gnifica che le misure statali che possano ostacolare o scoraggiare l'esercizio da parte dei cittadini dell'Unione (compresi quelli dello Stato che ha adottato la misura considerata) della libertà di circolazione rientrano nella sfera di applicazione del Trattato istitutivo. Questo orientamento – come si è anticipato – ha trovato conferma nella sentenza *Bidar*⁹¹ concernente i sussidi agli studenti. Il caso riguardava un cittadino francese che si era trasferito per ragioni familiari nel Regno Unito, dove aveva completato l'istruzione secondaria. Poiché intendeva iscriversi ad un corso universitario, il signor Bidar aveva chiesto al *London Borough of Ealing* un prestito per le spese di mantenimento, ma la sua istanza era stata respinta in quanto egli non era «*stabilmente residente*» nel Regno Unito, non avendo ancora completato il periodo di soggiorno di quattro anni richiesto dalla normativa nazionale. Egli, in quanto studente, non avrebbe potuto acquisire lo *status* richiesto ai fini della concessione del prestito, dato che il periodo impiegato per frequentare un corso di studi a tempo pieno non era riconosciuto a tal fine. Il giudice nazionale dinanzi al quale era stato impugnato il provvedimento di diniego – dubitando della compatibilità della normativa nazionale con l'art. 12 Trattato CE (oggi art. 18 TFUE) – ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Quest'ultima ha ribadito che i cittadini dell'Unione possono appellarsi all'art. 12 Trattato CE in tutte le situazioni che ricadono nella sfera di applicazione del Trattato. La Corte ha poi evidenziato che il Trattato di Maastricht aveva istituito la cittadinanza europea e introdotto nel Trattato CE una disposizione che assegnava alla Comunità il compito di contribuire allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione. Alla luce di questo nuovo quadro normativo, «la situazione di un cittadino dell'Unione [legalmente soggiornante] in un altro Stato membro rientra[va] nel campo di applicazione del Trattato ai sensi dell'art. 12, primo comma, CE ai fini dell'ottenimento di un aiuto concesso agli studenti, sia sotto forma di un prestito sovvenzionato sia di una borsa, a copertura delle spese di mantenimento»⁹². La Corte ha precisato che la correttezza di questa interpretazione non trovava smentita nel disposto dell'art. 3 della direttiva n. 93/96/Ce, che – come già ri-

⁹¹ Sentenza del 15 marzo 2005, EU:C:2005:169.

⁹² Sentenza *Bidar*, EU:C:2005:169, punto 42. In dottrina è stato rilevato mentre nei casi *Lair* e *Brown* la Corte di giustizia «seemed to follow a "transfer of power approach", according to which nationality discrimination only in the few substantive policy areas that, as such, have been brought within the power reach of the Community», in *Bidar* essa «has followed a "functional approach" according to which equal treatment must be guaranteed as regards in principle all rights/benefits which may facilitate freedom of movement» (A. P. VAN DER MEI, *Union Citizenship and the "De-Nationalisation" of the Territorial Welfare State. Comments on Case C-456/02 Trojani and Case C-209/03 Bidar*, in *European Journal of Migration and Law*, cit. *supra*, nota 83, pp. 207 e 208).

cordato – escludeva il diritto al pagamento di borse per il mantenimento agli studenti che beneficiano del diritto di soggiorno. Infatti, la direttiva n. 93/96/Ce non attribuiva agli studenti il diritto ai sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione, ma certamente non li privava del diritto alla parità di trattamento ex art. 12 Trattato CE anche ai fini dell'erogazione di tali sussidi da parte dello Stato membro in cui risiedevano legalmente⁹³.

L'aver esercitato il diritto di circolazione e di soggiorno in uno Stato membro diverso dal proprio era dunque sufficiente a garantire ad uno studente il diritto (ex art. 18 TFUE) di non essere discriminato in ragione della sua nazionalità nella fruizione dei sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione nello Stato membro ospitante. La Corte ha ritenuto che la normativa del Regno Unito, subordinando la concessione di un aiuto a copertura delle spese di mantenimento alle condizioni che lo studente avesse la residenza stabile sul territorio britannico e vi avesse risieduto per un certo periodo prima di iniziare gli studi, rischiava di svantaggiare essenzialmente i cittadini di altri Stati membri. Tale normativa dava luogo così ad una discriminazione vietata dal Trattato⁹⁴.

8. I limiti del diritto agli aiuti finanziari

Nella sentenza *Bidar* la Corte di giustizia ha escluso che la concessione di aiuti a copertura delle spese di mantenimento potesse essere negata agli studenti provenienti da altri Stati membri in ragione della loro nazionalità, ma ha ammesso che – al fine di evitare il rischio di un onere irragionevole tale da incidere sul livello globale dell'aiuto erogabile dallo Stato membro ospitante – gli aiuti potessero essere riservati agli studenti che avessero dato prova di «un certo grado di integrazione nella società» dello Stato ospitante⁹⁵. La Corte ha riconosciuto che tale condizione potesse ritenersi soddisfatta nel caso in cui lo studente avesse soggiornato per un certo periodo nello Stato membro ospitante. In particolare, secondo la Corte, un requisito (quale quello previsto dalla normativa britannica) relativo ad una residenza di almeno *tre anni* sul territorio britannico prima dell'avvio degli studi era idoneo a garantire l'esistenza di un certo grado

⁹³ V. la sentenza *Bidar*, EU:C:2005:169, punti 44-46. Secondo C. BARNARD, *Of Students and Babies*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 64, 2005, p. 563, dall'*arrêt Bidar* si può desumere che «the limits laid down by Article 3 of the Students' Directive do not apply to those who are students but come to the host State in a capacity other than that of a student (for example where, as in *Bidar*, they come as a person of independent means».

⁹⁴ V. la sentenza *Bidar*, EU:C:2005:169, punti 51-54.

⁹⁵ V. la sentenza *Bidar*, EU:C:2005:169, punto 57.

di integrazione nella società del Regno Unito da parte dello studente proveniente da un altro Stato membro. Questo requisito era dunque giustificato dal punto di vista del diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia ha invece ritenuto che il requisito della residenza stabile sul territorio britannico, non potendo in nessun caso essere soddisfatto dagli studenti provenienti da altri Stati membri, fosse tale da precludere a questi ultimi di beneficiare della borsa di studio, indipendentemente dal loro effettivo grado di integrazione nella società dello Stato membro ospitante. Il requisito in questione risultava quindi sproporzionato rispetto al fine legittimo perseguito dalla normativa britannica⁹⁶.

Nell'ammettere la possibilità di porre un limite all'accesso all'istruzione da parte degli studenti "migranti" fissando il requisito della residenza per tre anni, la Corte di giustizia ha compiuto un bilanciamento tra due interessi contrapposti: l'interesse dell'Unione a favorire la mobilità transnazionale degli studenti e quello degli Stati membri ad evitare il rischio di un onere irragionevole per il bilancio statale derivante dalla concessione di aiuti finanziari agli studenti provenienti da altri Stati membri. Se la Corte avesse deciso che i cittadini di uno Stato membro che si recano a studiare in un altro Stato membro hanno diritto ai sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione concessi ai cittadini dello Stato ospitante *fin dal loro arrivo* in tale Stato, avrebbe provocato uno squilibrio dei bilanci degli Stati membri, specialmente di quelli che attirano maggiormente studenti stranieri (come Regno Unito, Austria e Belgio). Se invece avesse negato il diritto degli studenti "migranti" a godere dei predetti sussidi nello Stato ospitante, avrebbe disincentivato notevolmente la mobilità degli studenti. Il punto di equilibrio è stato individuato nel consentire agli Stati membri di erogare i sussidi solo agli studenti "migranti" che abbiano risieduto legalmente nel loro territorio per un periodo idoneo a far presumere il raggiungimento di un certo grado di integrazione nella società locale⁹⁷. Evi-

⁹⁶ V. la sentenza *Bidar*, EU:C:2005:169, punto 61.

⁹⁷ Ne deriva che «the notion of solidarity is limited. [...] the limits to the solidarity – and thus to equality – principle are related to the degree to which the migrant is integrated into the society of the host state»; «thus, the Court seems to be adopting a "quantitative" approach to equality: the longer migrants reside in the Member State, the more integrated they are in that state and the greater the number of benefits they receive on equal terms with nationals» (C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 453 e 454). La giurisprudenza *Bidar* induce a chiedersi «whether the court is going to focus merely on the length of lawful residence when assessing the degree of a citizen's integration into the society of the state. Other parameters might be taken into account, such as previous or future contributions to the welfare system of the state concerned. Could - in the context of education - contributions made by the citizen's parents/primary carer be taken into account for that purpose? Or could a state perhaps be entitled to oblige the citizen to make future contributions by an obligation to work in that state subsequent to university studies? In that case, how to deal with questions of potential unemployment, which might make it

dentemente, alla Corte è parso ragionevole esigere dagli Stati membri (e dai loro cittadini e contribuenti) una solidarietà finanziaria con gli studenti (economicamente inattivi) provenienti da altri Stati membri che si siano sufficientemente integrati nella società dello Stato ospitante.

Nella sentenza *Bidar* la Corte non ha precisato cosa significhi «aver risieduto legalmente» nello Stato membro ospitante né se possa essere richiesta in via generale una durata minima della residenza o si debba piuttosto compiere un'indagine caso per caso. La sentenza in esame offre però degli spunti per sciogliere questi dubbi. Quanto alla nozione di «residenza legale», dalla sentenza si desume che il signor Bidar era legalmente residente perché il Regno Unito non ha dimostrato il contrario. Ciò significa che gli Stati membri possono – in base all'art. 7, par. 1, della direttiva n. 2004/58/Ce – negare il diritto di soggiorno agli studenti "migranti" che non dispongano di risorse economiche sufficienti o di un'assicurazione malattia, ma devono provare che ricorrano tali condizioni⁹⁸. Riguardo alla durata della residenza, la Corte nel caso *Bidar* ha dichiarato che una residenza di tre anni nello Stato ospitante potesse essere considerata indicativa di un certo grado di integrazione nella società di tale Stato. Pertanto, gli Stati membri possono fissare una durata minima (anziché valutare caso per caso), purché questa sia proporzionata rispetto al fine di garantire un certo grado di integrazione nella loro società.

Nel caso *Förster* la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 12 Trattato CE (oggi art. 18 TFUE) della condizione relativa alla residenza ininterrotta di cinque anni ai fini della concessione di una borsa di mantenimento durante gli studi⁹⁹. Il caso ri-

necessary to leave the host state in order to find employment corresponding to the professional qualification acquired?» (F. G. JACOBS, *Citizenship of the European Union – A Legal Analysis*, cit. *supra*, nota 85, p. 595).

⁹⁸ V. C. BARNARD, *Case C-209/03, R (on the application of Danny Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, *CML Rev.*, Vol. 42, 2005, p. 1472. Al riguardo è opportuno ricordare che, nella sentenza del 25 maggio 2000, *Commissione c. Italia* (causa n. C-424/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4001, EU:C:2000:287), la Corte di giustizia ha accertato che l'Italia aveva superato il margine di discrezionalità lasciato dalla direttiva n. 93/96, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, stabilendo il livello di risorse economiche di cui doveva disporre lo studente di un altro Stato membro per godere del diritto di soggiorno in Italia e il modo in cui lo studente doveva dimostrare il possesso di tali risorse. Infatti, la Corte ha condiviso le ragioni che secondo la Commissione giustificano il fatto che agli studenti migranti sono richieste condizioni economiche meno rigorose di quelle previste per altri cittadini economicamente inattivi (ad esempio, i disoccupati). La Commissione aveva rilevato (*inter alia*) che il soggiorno dello studente normalmente è temporaneo, essendo limitato alla durata degli studi seguiti, per cui il rischio che lo studente divenga un onere per l'assistenza sociale è minore rispetto ai beneficiari della direttiva n. 90/364/Ce (*Guce* n. L 180 del 13 luglio 1990 pp. 26 e 27) e n. 90/365/Ce (*ibidem*, pp. 28 e 29).

⁹⁹ Sentenza 18 novembre 2008 in causa n. C-158/07, *Jacqueline Förster c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8507, EU:C:2008:630.

guardava infatti una cittadina tedesca che si era recata nei Paesi Bassi per frequentare un corso di istruzione superiore, a cui era stato negato un finanziamento agli studi, in quanto non aveva soggiornato legalmente nei Paesi Bassi per un periodo ininterrotto di almeno cinque anni¹⁰⁰.

L'Avvocato Generale Mazák ha rilevato che gli Stati membri hanno un ampio potere discrezionale per quanto riguarda la fissazione dei criteri di valutazione del livello di collegamento con la società in relazione a una prestazione sociale (quale il sussidio agli studi in discussione nella causa principale); tuttavia, essi sono tenuti a rispettare i limiti imposti dal diritto dell'UE, in particolare il principio di proporzionalità¹⁰¹. Egli ha ricordato che dalla sentenza *Bidar* risulta che gli Stati membri sono autorizzati, entro certi limiti, ad applicare condizioni generali che non richiedono ulteriori valutazioni su base individuale; tuttavia, siffatte condizioni non devono avere un carattere tanto generale da impedire sistematicamente agli studenti, a prescindere dal loro effettivo grado di integrazione nella società, di compiere i loro studi alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro ospitante. Secondo l'Avvocato Generale Mazák, un requisito consistente in un soggiorno di cinque anni non è indicativo del grado di integrazione nella società dello Stato ospitante, in quanto «si può ragionevolmente presumere che un certo numero di studenti possa raggiungere un sufficiente livello di integrazione nella società molto prima della fine di tale periodo»¹⁰². La correttezza di tale considerazione era dimostrata proprio dal caso in esame: infatti, la signora Förster, avendo soggiornato nei Paesi Bassi per più di tre anni e avendovi svolto delle attività lavorative (oltre agli studi), era sicuramente integrata nella società di tale Stato. Secondo l'Avvocato Generale, l'art. 24, par. 2, della direttiva n. 2004/38 (non applicabile *ratione temporis* al caso *a quo*) doveva essere interpretato in conformità ai principi di non discriminazione e di proporzionalità. Pertanto, a suo parere, «un periodo di cinque anni di soggiorno continuato nello Stato membro ospitante segna il limite esterno entro il quale è ancora possibile sostenere che uno studente che segua gli studi in un altro Stato membro non ha raggiunto un grado sufficiente di integrazione nella socie-

¹⁰⁰ Nel caso *Bidar*, la Corte ha riconosciuto che lo studente di uno Stato membro che si reca in un altro Stato membro non per compiere lì i suoi studi e che, quindi, vanta un diritto di soggiorno in base all'art. 18 Trattato CE e alla direttiva n. 90/364 (e non in base alla direttiva n. 93/96) può invocare il principio di non discriminazione nel settore dei sussidi agli studi. Nel caso *Förster* la Corte ha ammesso che questo stesso diritto spetta anche ad uno studente che si sia recato in un altro Stato membro principalmente per svolgere lì i suoi studi e che quindi abbia un diritto di soggiorno in forza della direttiva n. 93/96.

¹⁰¹ Conclusioni del 10 luglio 2008 in causa n. C-158/07, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8507 ss., EU:C:2008:399, punto 128 ss.

¹⁰² Conclusioni del 10 luglio 2008, EU:C:2008:399, punto 132.

tà di detto Stato per avere diritto alla parità di trattamento, quale previsto dall'art. 12 CE, in relazione a prestazioni sociali quali le borse di mantenimento per studenti». Egli ha suggerito alla Corte di stabilire che «qualora uno studente abbia già soggiornato nello Stato membro ospitante per tre anni [sia] sproporzionato, anche qualora non fossero trascorsi cinque anni, negare il sussidio agli studi se lo studente può ragionevolmente dimostrare di essere già sostanzialmente integrato nella società dello Stato membro ospitante»¹⁰³.

Diversamente dall'Avvocato Generale, la Corte ha ritenuto che la condizione di una residenza di cinque anni sia idonea a garantire che il beneficiario di un sussidio agli studi sia integrato nella società dello Stato membro ospitante e non eccede quanto è necessario per conseguire questo obiettivo¹⁰⁴. A sostegno di questa affermazione, la Corte richiama proprio l'art. 24, par. 2, della direttiva n. 2004/38. Mentre per l'Avvocato Generale, la condizione di una residenza di cinque anni era sproporzionata in quanto non consentiva di tener conto del livello effettivo di integrazione raggiunto da uno studente, per la Corte tale condizione, essendo predeterminata dalla legge, garantiva «un notevole livello di certezza del diritto e di trasparenza»¹⁰⁵ ed era quindi conforme al principio di proporzionalità.

Nel caso *Förster* la Corte, pur avendo confermato *in toto* le statuizioni della sentenza *Bidar*, ha mostrato indubbiamente una maggiore attenzione per le preoccupazioni finanziarie degli Stati membri. Questa pronuncia può indurre gli Stati membri ad imporre un requisito di cinque anni di residenza legale nel proprio territorio ai fini degli aiuti per le spese di mantenimento e di istruzione. Ciò ridurrebbe l'utilità pratica del principio di diritto enunciato nella sentenza *Bidar*. Infatti, dopo aver soggiornato legalmente per cinque anni in un altro Stato membro, gli studenti acquistano in forza della direttiva n. 2004/38/Ce il diritto di soggiorno permanente e,

¹⁰³ Conclusioni del 10 luglio 2008, EU:C:2008:399, punto 133.

¹⁰⁴ V. la sentenza *Förster*, EU:C:2008:630, punti 51-54.

¹⁰⁵ Sentenza *Förster*, EU:C:2008:630, punto 57. Nel caso *Collins* la Corte di giustizia ha affermato che è legittimo per uno Stato membro subordinare la concessione di un'indennità per persone in cerca di lavoro alla condizione della residenza in tale Stato affinché sia assicurato un collegamento tra le persone che ottengono l'indennità e il proprio mercato del lavoro, purché tale condizione sia proporzionata al fine perseguito e non vada al di là di quanto necessario per realizzarlo (sentenza del 23 marzo 2004 in causa n. C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 2703, EU:C:2004:172, e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 536). Nel valutare la proporzionalità della condizione di residenza in esame, la Corte ha ritenuto che fosse necessario verificare se fossero previsti criteri chiari e conosciuti in anticipo e la possibilità di rimedi giurisdizionali (*ibidem*, punto 72).

con esso, il diritto ad essere equiparati ai cittadini nazionali anche per quanto concerne la fruizione degli aiuti di mantenimento agli studi¹⁰⁶.

Vi è poi da chiedersi se il principio di diritto enucleato nella sentenza *Bidar* (e meglio precisato nella sentenza *Förster*) sia applicabile anche alle forme di sostegno economico agli studi che non siano erogate direttamente agli studenti, bensì ai loro genitori¹⁰⁷, anche se questi ultimi non siano lavoratori "migranti".

9. Il diritto agli aiuti finanziari per gli studi compiuti in un altro Stato membro come derivante dallo status di lavoratore "migrante"

Come si è visto, un finanziamento agli studi concesso da uno Stato membro è considerato un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68¹⁰⁸; in forza di tale disposizione, il figlio di un lavoratore migrante ha il diritto di ottenere il finanziamento dei suoi studi alle stesse condizioni applicate ai figli dei lavoratori nazionali¹⁰⁹.

La Corte di giustizia ha affermato che il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 45 TFUE e dall'art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68 impone allo Stato membro che concede ai propri cittadini un finanziamento per gli studi svolti in un altro Stato membro di estendere questa possibilità ai lavoratori dell'Unione stabiliti nel suo territorio e ai loro figli.

¹⁰⁶ V. l'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, *cit. supra*, nota 28. Come ha rilevato A. ILIOPOULOU, *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE*, in *Rev. dr. Un. eur.*, n. 3, 2004, p. 540, dalla direttiva 2004/38/CE risulta che, decorsi cinque anni, il fine dell'integrazione supera le riserve di carattere finanziario degli Stati membri e, conseguentemente, il diritto di soggiorno permanente non sia più subordinato alle condizioni di carattere anche economico di cui all'art. 7 della direttiva; ciò si basa sul presupposto che un cittadino dell'Unione che ha risieduto per cinque anni in uno Stato membro ospitante sia radicato in detto Stato, il che legittima il suo ingresso nella comunità di tale Stato membro sotto il profilo solidaristico.

¹⁰⁷ Si pensi agli aiuti economici forniti dagli Stati membri alle famiglie (sotto forma di assegni familiari ovvero di sgravi o agevolazioni fiscali) per contribuire alle spese di istruzione dei loro figli.

¹⁰⁸ V. la sentenza del 21 giugno 1988, *Lair*, EU:C:1988:322, punto 24.

¹⁰⁹ V. la sentenza dell'8 giugno 1999 in causa n. C-337/97, *C.P.M. Meeusen*, punto 19, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3289 ss., EU:C:1999:284, e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 536. È opportuno precisare che le varie forme di finanziamento degli studi esulano dal campo di applicazione del Regolamento (Cee) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità (in *Guce* n. L 149 del 5 luglio 1971, p. 2 ss.), che, a certe condizioni, assicura l'«esportabilità» dei benefici sociali in caso di esercizio della libera circolazione da parte del lavoratore.

Nella causa *di Leo* la Corte di giustizia ha affrontato per la prima volta la questione se il diritto alla parità di trattamento nella fruizione degli aiuti statali agli studi potesse essere invocato dal figlio di un lavoratore "migrante" anche nel caso in cui gli studi fossero compiuti in uno Stato membro diverso da quello ospitante e, in particolare, nello Stato del quale lo studente è cittadino¹¹⁰. Il caso concerneva una cittadina italiana – figlia di un italiano che prestava un'attività di lavoro subordinato in Germania –, la quale, dopo aver frequentato la scuola primaria e secondaria in Germania, si era iscritta ad una facoltà universitaria in Italia. La studentessa aveva chiesto all'amministrazione tedesca un sussidio per gli studi che intendeva intraprendere in Italia, ma la sua istanza era stata respinta perché in base alla normativa tedesca i figli dei lavoratori "migranti" non potevano fruire del sussidio se svolgevano gli studi nello Stato di cui erano cittadini. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, ha rilevato che l'art. 12 del Regolamento n. 1612/68 «prescrive ad ogni Stato membro di garantire la parità di trattamento tra i propri cittadini e i figli dei lavoratori cittadini di un altro Stato membro stabiliti nel suo territorio»¹¹¹. Conseguentemente, «allorché uno Stato membro offre ai propri cittadini la possibilità di fruire di un sussidio per la frequenza di corsi d'istruzione tenuti all'estero, il figlio di un lavoratore comunitario deve fruire dello stesso vantaggio se decide di studiare fuori dello Stato ospitante»¹¹². La Corte ha precisato che il diritto alla parità di trattamento riconosciuto ai figli di un lavoratore "migrante" non viene meno ove essi decidano di compiere gli studi nello Stato membro di cui sono cittadini. Ne deriva che i figli di un lavoratore migrante devono essere equiparati ai cittadini dello Stato ospitante per quel che riguarda i sussidi all'istruzione non solo quando l'istruzione viene impartita nello Stato ospitante, ma anche qualora sia impartita in uno Stato di cui sono cittadini¹¹³.

¹¹⁰ Sentenza del 13 novembre 1990 in causa n. C-308/89, *Carmina di Leo c. Land Berlin*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4185 ss., EU:C:1990:400.

¹¹¹ Sentenza *di Leo*, EU:C:1990:400, punto 15. La Corte di giustizia ha sottolineato che lo scopo perseguito dal Regolamento n. 1612/68, ossia garantire la libera circolazione dei lavoratori, richiede «condizioni ottimali di integrazione della famiglia del lavoratore comunitario nell'ambiente del Paese ospitante»; «affinché questa integrazione possa realizzarsi è indispensabile che il figlio del lavoratore comunitario che risiede con la famiglia nello Stato membro ospitante abbia la possibilità di scegliere i propri studi alle stesse condizioni che valgono per il figlio di un cittadino di detto Stato» (*ibidem*, punto 13).

¹¹² Sentenza *di Leo*, EU:C:1990:400, punti 10 e 15.

¹¹³ V. la sentenza *di Leo*, EU:C:1990:400, punto 17. Con successive pronunce la Corte ha ribadito che gli aiuti finanziari agli studi devono essere concessi ai figli dei lavoratori "migranti" anche se compiono gli studi e risiedono in uno Stato membro diverso da quello in cui è impiegato il loro genitore nella misura in cui la legislazione di quest'ultimo Stato non richieda, ai fini della concessione di tali aiuti ai propri cittadini, che gli studi siano compiuti sul proprio territorio e che lo studente vi risieda. V. anche le sentenze del 26 febbraio 1992 in

Nella causa *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, la Corte ha valutato se la normativa olandese che subordinava la concessione ai figli di lavoratori migranti di un finanziamento per gli studi compiuti in un altro Stato membro (c.d. finanziamento "portabile") alla condizione che essi avessero risieduto per almeno tre anni nei Paesi Bassi nei sei anni anteriori alla domanda di finanziamento (di seguito il requisito dei «tre anni di residenza») violasse il principio della parità di trattamento¹¹⁴. La Corte ha affermato che il requisito dei «tre anni di residenza» desse luogo ad una discriminazione indiretta, in quanto poteva essere soddisfatto più facilmente dai lavoratori nazionali e quindi sfavoriva principalmente i lavoratori migranti.

Il Regno dei Paesi Bassi ha cercato di dimostrare che il requisito dei «tre anni di residenza» fosse giustificato da due finalità di interesse generale. Da un lato, tale requisito sarebbe stato necessario per evitare un onere finanziario eccessivo, tale da compromettere l'esistenza stessa del regime di sussidi agli studi. Dall'altro, il requisito controverso garantiva che il finanziamento "portabile" fosse erogato solo agli studenti che, in assenza di tale finanziamento, avrebbero compiuto gli studi nei Paesi Bassi (ossia coloro che vi risiedevano). In tal modo, si promuoveva la mobilità degli studenti, incoraggiandoli a compiere i loro studi fuori dei Paesi Bassi.

Secondo la Corte, il requisito dei «tre anni di residenza» non era giustificato dall'obiettivo di contenere il numero dei beneficiari del finanziamento ed evitare così il rischio di un onere finanziario sproporzionato. Al riguardo, la Corte ha escluso che nel caso di specie fosse applicabile per analogia la giurisprudenza *Bidar*, dal momento che «la previsione di un requisito di residenza [...] sarebbe, in linea di principio, inappropriata riguardo ai lavoratori migranti e frontalieri». La Corte ha chiarito che «riguardo ai lavoratori migranti e frontalieri, il fatto di aver avuto accesso al mercato del lavoro di uno Stato membro determina, in linea di principio, il nesso di integrazione sufficiente nella società di detto Stato, idoneo a consentir loro di avvalersi in tale Stato del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali con riferimento ai vantaggi di natura sociale», precisando che «tale

causa n. C-3/90, *M. J. E Bernini c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 1071 ss., EU:C:1992:89, punto 29; 4 maggio 1995 in causa n. C-7/94, *Lubor Gaal*, EU:C:1995:118, punto 19, e 8 giugno 1999, *C.P.M. Meeusen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, EU:C:1999:284, punto 30.

¹¹⁴ Sentenza del 14 giugno 2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2012:346, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>, punti 31 ss. I familiari a carico di un lavoratore migrante (i.e. i familiari in linea discendente e ascendente nonché il coniuge) godono del diritto alla parità di trattamento che viene riconosciuto al lavoratore migrante in forza dell'art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68 indipendentemente dal luogo in cui risiedono i figli o il lavoratore migrante (v. in tal senso le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston in causa n. C-542/09, EU:C:2012:79, punto 43).

principio è applicabile non soltanto ad ogni condizione d'impiego e di lavoro, ma anche a tutti i vantaggi che, connessi o meno a un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali in relazione, principalmente, alla loro qualifica obiettiva di lavoratori o al semplice fatto della loro residenza abituale nel territorio nazionale [...]»¹¹⁵. Secondo la Corte, il nesso di integrazione tra un lavoratore migrante (o frontaliero) e lo Stato membro ospitante deriva in particolare dal fatto che «il lavoratore migrante, con i contributi fiscali che versa nello Stato membro ospitante per l'attività retribuita che esercita, contribuisce anche al finanziamento delle politiche sociali di detto Stato e deve potersene avvalere alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali»¹¹⁶. Ciò a riprova del fatto che nell'ordinamento dell'UE «economic activity serves as a sort of "master key" that unlocks redistributive arrangements in the host State for migrants»¹¹⁷, indipendentemente dalla residenza del beneficiario del sussidio o dalla presenza di altri elementi di collegamento tra costui e lo Stato ospitante.

Quanto alla seconda giustificazione fornita dal Regno dei Paesi Bassi, la Corte ha ammesso che l'obiettivo di favorire la mobilità degli studenti fosse una ragione imperativa atta a giustificare una restrizione al principio di non discriminazione basata sulla cittadinanza¹¹⁸. Inoltre, secondo la Corte, il requisito dei «tre anni di residenza» era idoneo a realizzare il predetto obiettivo. Infatti, tale requisito impediva agli studenti di utilizzare il finanziamento "portabile" per studiare nel luogo in cui risiedevano, visto

¹¹⁵ Sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2012:346, punto 65. La Corte ha evidenziato che l'art. 24, par. 2, della direttiva n. 2004/38/Ce consente agli Stati membri di limitare la concessione degli aiuti al mantenimento (sotto forma di borse di studio o prestiti) agli studenti che non abbiano acquisito il diritto di soggiorno, *purché non siano lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, persone che mantengono tale status o loro familiari* (*ibidem*, punto 64).

¹¹⁶ Sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2012:346, punto 66. A sostegno del suo ragionamento la Corte ha richiamato il terzo *considerando* del Regolamento n. 1612/68, a mente del quale la mobilità della manodopera nell'Unione dev'essere uno dei mezzi che garantiscano al lavoratore la possibilità di migliorare le sue condizioni di vita e di lavoro e di facilitare la sua promozione sociale, *contribuendo nel contempo a soddisfare le necessità dell'economia degli Stati membri* (*ibidem*, punto 67).

¹¹⁷ F. DE WITTE, *Who funds the mobile student? Shedding some light on the normative assumptions underlying EU free movement law: Commission v. Netherlands*, *C.M.L. Rev.*, Vol. 50, 2013, p. 209.

¹¹⁸ V. la sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2012:346, punto 79. La Corte ha rilevato che «è pacifico che l'obiettivo di favorire la mobilità degli studenti rientra nella sfera dell'interesse generale. È al riguardo sufficiente sottolineare che esso fa parte delle azioni che l'articolo 165 TFUE assegna all'Unione nel contesto della sua politica dell'educazione, della formazione professionale, della gioventù e dello sport. Risulta peraltro dal primo considerando della raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006, relativa alla mobilità transnazionale nella Comunità a fini di istruzione e formazione professionale: Carta europea di qualità per la mobilità (GU L 394, pag. 5), che la mobilità in tema di istruzione e formazione è parte integrante della libera circolazione delle persone e uno dei principali obiettivi dell'azione dell'Unione» (*ibidem*, punto 71).

che gli studenti residenti fuori dei Paesi Bassi non potevano richiedere il sussidio. Inoltre, il requisito dei «tre anni di residenza», favorendo la mobilità degli studenti residenti nei Paesi Bassi, giovava al mercato del lavoro olandese, nel quale si sarebbero riversati i beneficiari del finanziamento dopo aver svolto gli studi in altri Stati membri.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto che il Regno dei Paesi Bassi non era riuscito a dimostrare che il requisito dei «tre anni di residenza» fosse proporzionato rispetto all'obiettivo di favorire la mobilità, essendosi limitato a sostenere che due misure alternative (un requisito di conoscenza della lingua nazionale oppure il requisito consistente nella titolarità di un diploma rilasciato nei Paesi Bassi) sarebbero state ancor più discriminatorie¹¹⁹. La Corte ha condiviso la considerazione svolta dall'Avvocato Generale Sharpston, secondo la quale i Paesi Bassi avrebbero dovuto almeno spiegare perché avessero privilegiato il requisito dei «tre anni di residenza» escludendo ogni altro elemento indicativo del grado di collegamento tra lo studente e i Paesi Bassi – come, ad esempio, una residenza di durata più breve – e perché non avessero fatto ricorso ad una norma che impedisse agli studenti di impiegare il finanziamento per studiare nello Stato membro in cui risiedevano.

Come si vede, le deroghe al principio della parità di trattamento degli studenti figli di lavoratori migranti – ove siano eccezionalmente ammesse – sono soggette ad un'applicazione rigorosa del *test* di proporzionalità.

10. Il diritto agli aiuti finanziari per gli studi compiuti in un altro Stato membro come afferente allo *status* di cittadino europeo

Nell'attuale fase di evoluzione del diritto dell'Unione, non sussiste l'obbligo per gli Stati membri di concedere sussidi ai cittadini che desiderino compiere gli studi in un altro Stato membro. Ogni Stato membro gode di un ampio potere discrezionale rispetto alla concessione di tali sussidi e alle relative condizioni di concessione. Tuttavia, la Corte di giustizia ha affermato che, se l'ordinamento di uno Stato membro prevede la concessione di sussidi per gli studi compiuti all'estero, tale Stato deve rispettare il diritto dell'Unione, segnatamente gli artt. 18 e 20 TFUE. Ciò significa che le modalità di concessione di tali sussidi non devono essere tali da dissuadere i cittadini nazionali dall'esercizio del loro diritto di circolazione e di soggiorno in un altro Stato membro. In tal modo, l'onere finanziario degli studi compiuti in un altro Stato membro è posto a carico dello Stato membro di origine.

¹¹⁹ V. la sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, EU:C:2012:346, punti 84 ss.

Il *leading case* è la sentenza *Morgan e Bucher* del 2007. Il caso concerneva due cittadine tedesche a cui l'amministrazione tedesca non aveva concesso sussidi per gli studi di istruzione superiore che intendevano compiere l'una nel Regno Unito e l'altra in Belgio, in quanto le studentesse non soddisfacevano una condizione posta dalla normativa nazionale, ovvero che gli studi da intraprendere all'estero fossero la continuazione di un'istruzione ricevuta in Germania per almeno un anno (di seguito il «requisito della prima fase di studi») ¹²⁰. Il Tribunale tedesco dinanzi al quale pendevano le cause promosse dalle due studentesse, nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione, ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Sia l'Avvocato Generale Colomer che la Corte di giustizia hanno ritenuto che le situazioni delle due studentesse ricadessero nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, avendo esse esercitato la libertà di circolare e soggiornare sul territorio degli Stati membri ¹²¹. La Corte ha ribadito che i cittadini dell'Unione possono far valere i diritti afferenti a tale *status* anche nei confronti dello Stato di origine e che una normativa nazionale che penalizzi taluni suoi cittadini per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione di tale libertà. Infatti, le facilitazioni previste dal Trattato in materia di circolazione dei cittadini dell'Unione non potrebbero dispiegare pienamente i loro effetti se il cittadino di uno Stato membro potesse essere dissuaso dall'avvalersene da una normativa del suo Stato di origine che lo penalizzi per il solo fatto di aver usufruito di tali facilitazioni. Secondo la Corte, ciò vale *a fortiori* nel settore dell'istruzione, dato che uno degli obiettivi stabiliti dal Trattato è quello di favorire la mobilità degli studenti. La Corte ha quindi affermato che «allorché uno Stato membro prevede un sistema di aiuti alla formazione che consente a studenti di beneficiarne nell'ipotesi in cui compiano studi in un altro Stato membro, esso deve far sì che le modalità di concessione di tali aiuti non creino una limitazione ingiustificata al detto diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli altri Stati membri» ¹²². La Corte di giustizia – al pari dell'Avvocato Generale – ha ritenuto che il «requisito della prima fase di studi» costituisca una restrizione alla libertà di circolazione e di sog-

¹²⁰ Sentenza del 23 ottobre 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln e Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9161 ss., EU:C:2007:626, e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 94.

¹²¹ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 20 marzo 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9164 ss., EU:C:2007:174, punto 80 ss., nonché la sentenza *Morgan e Bucher*, EU:C:2007:626, punti 22 ss.

¹²² Sentenza *Morgan e Bucher*, EU:C:2007:626, punto 28.

giorno. Tale requisito, infatti, «in considerazione degli inconvenienti personali, dei costi aggiuntivi nonché degli eventuali ritardi che esso comporta», era «atto a dissuadere cittadini dell'Unione dal lasciare la Repubblica federale di Germania per seguire studi in un altro Stato membro»¹²³.

Si trattava dunque di stabilire se la restrizione prevista dalla normativa tedesca fosse giustificata (per il diritto dell'Unione) da ragioni «oggettive di interesse generale, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate» e fosse proporzionata rispetto ad uno scopo legittimo perseguito dal diritto nazionale¹²⁴.

La Germania ha cercato di dimostrare che il «requisito della prima fase di studi» fosse atto a perseguire le seguenti finalità: indurre gli studenti a concludere i loro studi con successo e celermente; consentire agli studenti di verificare se avessero scelto gli studi più confacenti alle proprie attitudini; evitare che gli aiuti alla formazione concessi per studi seguiti integralmente in uno Stato membro diverso da quello di origine divenissero un onere irragionevole suscettibile di portare alla diminuzione del livello globale delle prestazioni concesse per gli studi nello Stato membro di origine. Inoltre, la Commissione ed altri Stati membri intervenuti nel procedimento hanno sostenuto che il «requisito della prima fase di studi» fosse idoneo a scongiurare il rischio che (in mancanza di norme europee di armonizzazione) gli studenti "migranti" potessero cumulare i sussidi erogati dallo Stato membro di origine con quelli concessi dallo Stato membro ospitante.

L'Avvocato Generale Colomer ha analizzato le due giustificazioni principali addotte dalla Germania, vale a dire «l'esigenza di un collegamento effettivo dell'interessato con il proprio luogo di origine» e la presenza di risorse finanziarie limitate¹²⁵. Quanto alla prima giustificazione, l'Avvocato Generale Colomer ha rilevato che il collegamento con il sistema di istruzione nazionale richiesto dalla normativa tedesca non è indicativo di un radicamento nel territorio, specie nel caso in cui a richiedere un sussidio agli studi sia un cittadino dello Stato erogatore. Infatti, il requisito

¹²³ Sentenza *Morgan e Bucher*, EU:C:2007:626, punto 30. Secondo l'Avvocato Generale Colomer, il «requisito della prima fase di studi» presentava due notevoli inconvenienti. In primo luogo, poiché (in mancanza di norme europee di armonizzazione) gli insegnamenti impartiti nei vari Stati membri potevano differire, la continuità richiesta tra gli studi svolti in Germania e quelli da continuare in un altro Stato membro aveva l'effetto di dissuadere uno studente dall'intraprendere determinati studi nel Paese prescelto. In secondo luogo, i rapporti interpersonali o i legami materiali che sorgevano durante un anno di studi presso un centro universitario in Germania rendevano problematico per gli studenti recarsi a studiare in un altro Stato membro (conclusioni EU:C:2007:174, punti 106 ss.).

¹²⁴ Sentenza *Morgan e Bucher*, EU:C:2007:626, punto 33.

¹²⁵ V. le conclusioni EU:C:2007:174, punti 113 ss.

in esame privilegia la fase iniziale degli studi che non rappresenta in modo adeguato il grado effettivo dell'integrazione nella società tedesca, tralasciando altri fattori ben più significativi (come l'aver risieduto in Germania per anni prima di recarsi a studiare in un altro Stato membro). Riguardo alla giustificazione economica, l'Avvocato Generale ha osservato che «la condizione che gli studi da effettuarsi all'estero debbano costituire un proseguimento di studi svolti sul territorio nazionale per almeno un anno non sembra (...) obbedire ad alcuna logica economica»¹²⁶. A suo avviso, sarebbe stato logico destinare le scarse risorse disponibili presso gli studenti più meritevoli e capaci e quindi maggiormente idonei a mettere a frutto le opportunità loro offerte.

La Corte di giustizia ha affermato che, in linea di principio, l'obiettivo di garantire che gli studenti concludano il loro ciclo di studi velocemente, contribuendo all'equilibrio finanziario del sistema di istruzione dello Stato membro interessato potrebbe giustificare una restrizione alle libertà fondamentali di circolazione e di soggiorno. Tuttavia, secondo la Corte, il requisito della prima fase di studi in Germania, essendo suscettibile di allungare la durata globale degli studi in relazione ai quali erano previsti i sussidi oggetto della causa principale, era incoerente con il predetto obiettivo e quindi inidoneo a realizzarlo. La Corte ha ritenuto che il «requisito della prima fase di studi» non fosse neppure idoneo a consentire agli studenti di verificare se avessero intrapreso il percorso di studi adatto a loro, in quanto tale requisito poteva dissuadere gli studenti dall'abbandonare il corso di studi iniziato in Germania per intraprenderne uno ad essi più confacente presso un centro di studi situato in un altro Stato membro. Relativamente alle ragioni economiche fatte valere dalla Germania, la Corte ha ammesso che, in linea di principio, uno Stato membro, al fine di evitare che la concessione di aiuti alla formazione agli studenti che intendono compiere gli studi in altri Stati membri diventi un onere irragionevole (suscettibile di avere conseguenze sul livello globale di aiuti che lo Stato può concedere), possa legittimamente riservare tali aiuti agli studenti che abbiano dimostrato un certo grado di integrazione nella sua società. Tuttavia, secondo la Corte, il «requisito della prima fase di studi» in Germania è di «carattere troppo generale ed esclusivo», privilegiando un elemento non necessariamente rappresentativo del grado di integrazione nella società di tale Stato membro al momento della richiesta dell'aiuto. La Corte ha osservato che, per accertare il grado di integrazione delle studentesse Morgan e Bucher nella società tedesca, era ragionevole tener conto del fatto

¹²⁶ *Ivi*, punto 116.

che esse erano cresciute in Germania e lì avevano frequentato la scuola primaria e secondaria. Infine, la Corte ha affermato che il «requisito della prima fase di studi» non mirava ad impedire il cumulo tra i sussidi concessi dalla Germania e quelli eventualmente erogati da un altro Stato membro, sicché non era idoneo né necessario per realizzare questo obiettivo. In definitiva, la Corte non ha ritenuto giustificata dal punto di vista del diritto dell'Unione la restrizione delle libertà di circolazione e di soggiorno derivante dalla normativa tedesca.

L'impressione che si ricava dalla sentenza *Morgan e Bucher* è quella che la proporzionalità del requisito della residenza rispetto al fine di avere la prova di un legame effettivo tra il beneficiario di un sussidio per gli studi e lo Stato membro erogatore è valutata con particolare rigore quando lo studente che ha richiesto il sussidio è un cittadino dello Stato membro erogatore. Ciò appare ragionevole ove si consideri che lo Stato di origine (a differenza dello Stato membro ospitante) già nutre un legame giuridico privilegiato con lo studente, cui si aggiungono normalmente elementi di collegamento fattuali¹²⁷. La giurisprudenza successiva in tema di sussidi per gli studi compiuti all'estero conferma quanto si è detto.

Nella causa pregiudiziale *Prinz e Seeberger* la Corte di giustizia ha esaminato un altro requisito richiesto da una normativa tedesca ai fini della concessione per una durata superiore ad un anno di un sussidio per studi compiuti in un altro Stato membro, ovvero che lo studente avesse risieduto stabilmente sul territorio tedesco per un periodo minimo di tre anni prima dell'inizio degli studi stessi¹²⁸. Il caso riguardava due cittadini tedeschi iscritti all'università in un altro Stato membro, che non avevano ottenuto il sussidio in parola in quanto non avevano risieduto ininterrottamente in Germania per tre anni anteriormente alla richiesta. Essi hanno adito due giurisdizioni tedesche contestando la compatibilità della predetta normativa nazionale con gli artt. 20 e 21 TFUE. Tali giurisdizioni hanno rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Quest'ultima ha affermato che il requisito dei tre anni di residenza ininterrotta in Germania (di seguito, la «residenza per tre anni») costituiva una restrizione alla libertà di circolazione e di soggiorno, in quanto l'esercizio di tale libertà avrebbe esposto i cittadini tedeschi al rischio di non percepire un sussidio alla for-

¹²⁷ V. in tal senso S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, cit. *supra*, nota 84, p. 80.

¹²⁸ Sentenza del 18 luglio 2013 in cause riunite n. C-523/11 e n. C-585/11, *Laurence Prinz c. Region Hannover e Philipp Seeberger c. Studentenwerk Heidelberg*, EU:C:2013:524, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>.

mazione per una durata superiore ad un anno¹²⁹. La Germania ha sostenuto che tale restrizione fosse giustificata dal fine di dare un sostegno economico, per il compimento di un intero ciclo di studi all'estero, solo agli studenti che dimostrassero un sufficiente livello di integrazione nella società tedesca¹³⁰. Sennonché la Corte di giustizia – aderendo alle considerazioni svolte dall'Avvocato Generale¹³¹ – ha ritenuto che la previsione dell'unico requisito della residenza per tre anni rischiava di escludere dal beneficio studenti che, pur non avendo risieduto in Germania per tre anni prima dell'avvio degli studi all'estero, possedevano significativi elementi di collegamento con la società tedesca. La Corte ha precisato che, per determinare il grado di integrazione di uno studente con la società dello Stato membro erogatore, occorre tener conto di altri fattori, quali la nazionalità dello studente, il compimento degli studi in tale Stato, la famiglia, l'occupazione, le conoscenze linguistiche, l'esistenza di collegamenti di ordine sociale o economico.

Successivamente nel caso *Meneses*, la Corte di giustizia ha affermato che la normativa tedesca che subordinava la concessione di un aiuto alla formazione per gli studi svolti in un altro Stato membro alla condizione di aver stabilito un «domicilio permanente» in Germania costituiva una restrizione alla libertà di circolazione e di soggiorno¹³². Secondo la Corte, il requisito in esame avrebbe potuto indurre i cittadini tedeschi a non esercitare la libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro, giacché costoro, stabilendosi in un altro Stato membro, non avrebbero avuto diritto all'aiuto.

Inoltre, la Corte ha ritenuto che la restrizione alla libertà di circolazione e di soggiorno attuata dalla normativa tedesca non fosse giustificata da obiettivi legittimi di interesse generale¹³³. Pur riconoscendo che fosse legittimo voler garantire l'esistenza di un livello minimo di integrazione tra il beneficiario dell'aiuto e la società tedesca, la Corte ha affermato che la previsione del solo requisito del «domicilio permanente» – non necessa-

¹²⁹ V. la sentenza *Prinz e Seeberger*, EU:C:2013:524, punti 31 e 32.

¹³⁰ *Ivi*, punti 34 ss.

¹³¹ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston 21 febbraio 2013 in cause riunite n. C-523/11 e n. C-585/11, EU:C:2013:90, inedite in *Raccolta*, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>, punti 100 ss.

¹³² Sentenza del 24 ottobre 2013 in causa n. C-220/12, *Thiele Meneses c. Region Hannover*, EU:C:2013:683, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet su <http://eur-lex.europa.eu>, punti 27 ss.

¹³³ La Germania faceva valere che la normativa nazionale si giustificava in quanto diretta a realizzare tre obiettivi di interesse generale, vale a dire «un obiettivo diretto a garantire un livello minimo di integrazione tra il richiedente l'aiuto e lo Stato erogante, un obiettivo economico diretto a prevenire un onere eccessivo ed a mantenere il contesto nazionale degli aiuti alla formazione esportabili, nonché un obiettivo diretto a promuovere la mobilità transfrontaliera degli studenti» (sentenza *Meneses*, EU:C:2013:683, punto 32).

riamente indicativo del grado di integrazione nella società tedesca – non garantiva il raggiungimento dell’obiettivo in parola, rischiando di escludere dal beneficio dell’aiuto studenti che, pur avendo il «domicilio permanente» all’estero, presentassero legami significativi con la società tedesca¹³⁴. Tale era il caso del ricorrente della causa principale, il quale, pur avendo il «domicilio permanente» ad Istanbul, era un cittadino tedesco e aveva frequentato scuole tedesche in Spagna e in Turchia. Secondo la Corte, l’inidoneità del requisito del «domicilio permanente» in Germania a dimostrare la sussistenza di uno stretto legame tra uno studente e la società tedesca valeva altresì ad escludere che la restrizione in esame fosse idonea a favorire la mobilità degli studenti, riservando – come sostenuto dal Governo tedesco – il sussidio agli studenti che, avendo il «domicilio permanente» in Germania, sarebbero rimasti a studiare in Germania ove non avessero ricevuto il sussidio¹³⁵. Infine, la Corte ha negato in modo *tranchant* che l’obiettivo meramente economico dedotto dal Governo tedesco potesse considerarsi un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare la normativa controversa¹³⁶.

Dalla sentenza *Meneses* emerge che l’obiettivo di evitare il rischio di un onere finanziario eccessivo può legittimare una normativa statale in tema di sussidi che penalizzi i cittadini nazionali che si recano a studiare in un altro Stato membro solo se si accompagna ad un’altra finalità rientrante nella sfera dell’interesse generale dell’Unione, come ad esempio la promozione della mobilità degli studenti e la loro integrazione¹³⁷.

La questione dei limiti al diritto agli aiuti finanziari per gli studi compiuti in un altro Stato membro è stata affrontata da ultimo dalla Corte di giustizia nel caso *Elrick*¹³⁸. Il caso concerneva una cittadina tedesca alla quale l’amministrazione del distretto di Colonia aveva negato un sussidio per un corso di formazione seguito nel Regno Unito, in quanto (in base alla normativa nazionale) tale sussidio poteva essere erogato solo se il corso di formazione all’estero conferisse, al termine di due anni, un diploma professionale equivalente a quello rilasciato da una scuola professionale tedesca. Il giudice tedesco dinanzi al quale era stato impugnato il provvedimento di diniego ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se

¹³⁴ Sentenza *Meneses*, EU:C:2013:683, punti 33 ss.

¹³⁵ *Ivi*, punti 47 ss.

¹³⁶ *Ivi*, punti 42 ss.

¹³⁷ *Ivi*, punti 34 e 45.

¹³⁸ Sentenza del 24 ottobre 2013 in causa n. C-275/12, *Samantha Elrick c. Bezirksregierung Köln*, EU:C:2013:684, inedita in *Raccolta*, reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>.

la normativa nazionale in questione fosse compatibile con gli artt. 20 e 21 TFUE, tenuto conto del fatto che l'interessata avrebbe conseguito il sussidio di studio se avesse svolto un analogo corso di formazione in Germania pur se di durata inferiore a due anni. La Germania ha sostenuto che la normativa in questione perseguiva l'obiettivo legittimo di effettuare una selezione qualitativa dei tipi di formazione sovvenzionati mediante risorse pubbliche e non dava luogo ad una restrizione della libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione. Secondo la Corte di giustizia, invece, la normativa tedesca costituiva una restrizione delle libertà sancite dall'art. 21 TFUE, perché «il sussidio sarebbe concesso a un richiedente nella stessa situazione personale della sig.ra Elrick per effettuare in Germania studi equivalenti al corso da lei seguito in un altro Stato membro»¹³⁹. In tal modo, la normativa tedesca dissuadeva i cittadini tedeschi dall'esercizio delle libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro afferenti al loro *status* di cittadini dell'Unione, «tenuto conto dell'incidenza che l'esercizio di tale libertà [poteva] avere sul diritto al sussidio di studio»¹⁴⁰. Inoltre, secondo la Corte, la restrizione in questione non era giustificata dall'obiettivo (fatto valere dalla Germania) di concedere un sussidio per gli studi all'estero solo per i corsi di formazione che offrissero agli studenti le migliori prospettive sul mercato del lavoro¹⁴¹. Non era, infatti, coerente con tale obiettivo stabilire il requisito della durata minima di due anni ai fini dell'erogazione di un sussidio per un corso di formazione tenuto in un altro Stato membro (a prescindere dalla sua natura e dal suo contenuto) e concedere invece il sussidio per un corso di formazione tenuto in Germania pur se di durata inferiore a due anni.

11. Considerazioni conclusive

Benché le politiche di istruzione e di formazione professionale e la politica sociale siano in larga misura riservate agli Stati membri, la Corte di giustizia ha riconosciuto agli studenti «migranti» una serie di diritti nei confronti sia degli Stati membri di origine sia degli Stati membri ospitanti, con il fine dichiarato di promuovere la mobilità a fini di istruzione e di formazione all'interno dell'Unione.

Prima dell'istituzione della cittadinanza europea, il Trattato istitutivo – espressione di una visione meramente economica dell'Europa – garanti-

¹³⁹ Sentenza *Samantha Elrick c. Bezirksregierung Köln*, EU:C:2013:684, punto 28.

¹⁴⁰ *Ivi*, punto 29.

¹⁴¹ *Ivi*, punti 32 e 33.

va la libertà di circolazione e di soggiorno sul territorio degli Stati membri e il diritto di non discriminazione in base alla nazionalità soltanto ai cittadini «economicamente attivi» (lavoratori dipendenti e autonomi). In tale contesto, gli studenti, non essendo in genere «economicamente attivi», non godevano di questi diritti. Tuttavia, la Corte è riuscita ad affermare i diritti di libera circolazione, di soggiorno e di non discriminazione degli studenti, valorizzando la portata delle norme sulla libera circolazione e la parità di trattamento dei lavoratori "migranti". La Corte infatti ha ritenuto che, per garantire l'effettivo esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno da parte dei lavoratori "migranti", si dovesse consentire ai loro familiari di integrarsi nella società dello Stato ospitante. In quest'ottica, la Corte ha inteso in senso ampio la nozione di «lavoratore» ex art. 39 del Trattato CE (oggi art. 45 TFUE) e di «vantaggio sociale» ex art. 7, par. 2, del Regolamento n. 1612/68 e ha interpretato l'art. 12 di tale Regolamento alla luce del citato art. 7. In tal modo, i familiari di un lavoratore "migrante" sono stati ammessi a godere del diritto di accesso all'istruzione e alla formazione professionale e del diritto agli aiuti finanziari agli studi spettanti ai cittadini dello Stato membro in cui il lavoratore "migrante" svolgeva l'attività subordinata. Inoltre, sempre grazie alla giurisprudenza comunitaria, i familiari di un lavoratore "migrante" hanno acquisito il diritto di ottenere dallo Stato di origine i sussidi per gli studi compiuti in un altro Stato membro.

L'istituzione della cittadinanza europea ha dato un impulso decisivo all'evoluzione della giurisprudenza sui diritti degli studenti "migranti". Infatti, gli studenti, in quanto cittadini dell'UE, sono divenuti titolari del diritto di circolare e soggiornare nel territorio dell'Unione (art. 21, par. 1, TFUE, ex art. 18 Trattato CE) e del diritto a non subire discriminazioni in ragione della nazionalità nel campo di applicazione dei Trattati (art. 18 TFUE, ex art. 12 Trattato CE). La Corte non ha considerato la cittadinanza europea semplicemente come una «*"fifth freedom" which protects economically inactive free movers*»¹⁴², ma come «lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»¹⁴³ (il che è la logica conseguenza del fatto che l'UE è un progetto politico finalizzato alla creazione di «un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa»¹⁴⁴). La Corte ha interpretato il diritto di libera circolazione e di soggiorno del *civis Europaeus* come un diritto

¹⁴² V. in tal senso K. LENAERTS, "Civis europaeus sum": from the cross-border link to the status of citizen of the Union, *FMW*, No. 3, 2011, p. 6.

¹⁴³ Sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, EU:C:2001:458, punto 31.

¹⁴⁴ Art. 1 del Trattato UE. La finalità di creare progressivamente un'«Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» era già prevista all'art. 1 del Trattato istitutivo dell'Unione europea, nella versione anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009).

individuale direttamente efficace¹⁴⁵, a fronte del quale sia lo Stato membro ospitante sia quello di origine devono astenersi dall'adottare misure che possano ostacolare (o anche solo dissuadere da) l'esercizio di tale diritto. Inoltre, la Corte ha affermato che ogni cittadino dell'Unione può far valere il divieto di discriminazione in base alla nazionalità in tutte le situazioni che rientrano nella sfera di applicazione *ratione materiae* del diritto dell'Unione, precisando che tali situazioni comprendono (*inter alia*) l'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri. Ciò significa che gli Stati membri devono esercitare le loro competenze in materia di istruzione e di formazione professionale nel rispetto dei diritti di circolazione e di soggiorno e di parità di trattamento sanciti dal Trattato. Come si è visto, gli Stati membri devono garantire agli studenti provenienti da altri Stati membri l'accesso ai corsi di istruzione e di formazione professionale e la fruizione di aiuti finanziari agli studi a parità di condizioni con i cittadini nazionali. Al tempo stesso, gli Stati membri che prevedono un sistema di sussidi per svolgere studi in un altro Stato membro devono fare in modo che le modalità di concessione di tali sussidi non creino una restrizione ingiustificata del diritto di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri¹⁴⁶.

Il filo conduttore che unisce la giurisprudenza sui diritti degli studenti anteriore e successiva all'istituzione della cittadinanza europea è costituito dall'idea secondo la quale l'Unione «non si limita all'unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei»¹⁴⁷. Con l'istituzione della cittadinanza

¹⁴⁵ V. la sentenza del 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7091 ss., EU:C:2002:493, punto 84. Riguardo all'efficacia diretta dell'art. 18, par. 1, TFUE la Corte ha precisato che «tale diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione sul territorio di un altro Stato membro è certamente attribuito subordinatamente alle limitazioni e alle condizioni previste dal Trattato CE nonché dalle relative disposizioni di attuazione. Tuttavia, l'applicazione delle limitazioni e delle condizioni consentite dall'art. 18, n. 1, CE ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno è soggetta a sindacato giurisdizionale. Conseguentemente, le eventuali limitazioni e condizioni relative a tale diritto non impediscono che le disposizioni dell'art. 18, n. 1, CE attribuiscono ai singoli diritti soggettivi che essi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare» (punti 85 e 86).

¹⁴⁶ V. la sentenza del 24 ottobre 2013, *Elrick*, EU:C:2013:684, punto 25 e giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁴⁷ Sentenza dell'8 aprile 1976 in causa n. 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, in *Raccolta*, 1976, p. 455 ss., EU:C:1976:56, punti 7-11. V. negli stessi termini la sentenza del 10 febbraio 2000 in cause riunite n. C-270/97 e n. C-271/97, *Deutsche Post AG c. Elisabeth Sievers e Brunhilde Schrage*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 929 ss., EU:C:2000:76, punto 55. Più di recente la Corte di giustizia ha ribadito che l'Unione «non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale» (sentenza dell'11 dicembre 2007 in causa n. C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish*

europea, la Corte di giustizia ha intensificato il proprio impegno per il rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione, ritenendo evidentemente che fosse ancor più doveroso per l'Unione promuovere il progresso sociale dei cittadini degli Stati membri, divenuti suoi stessi cittadini.

La giurisprudenza sui diritti degli studenti mostra come la Corte di giustizia abbia progressivamente spostato dall'alveo del diritto nazionale a quello del diritto europeo una serie di diritti in materia di istruzione o aventi ad oggetto prestazioni sociali utili a rendere effettivi i diritti inerenti allo *status* di cittadino europeo (come la libertà di circolazione e di soggiorno in un altro Stato membro e il diritto a non subire discriminazioni in ragione della nazionalità). Dissociando la nazionalità dall'esercizio dei diritti riconosciuti al *civis Europaeus* in quanto tale, la Corte dà un contributo decisivo ad approfondire la consapevolezza del significato della cittadinanza europea e a favorire lo sviluppo di un senso di identità europea¹⁴⁸. Infatti, gli studenti che *in quanto cittadini dell'Unione* godono dei diritti affermati dalla Corte di giustizia saranno in futuro – prima ancora che cittadini «economicamente attivi» – cittadini consapevoli della loro appartenenza alla comunità sociale di riferimento di un ordinamento sovranazionale (autonomo e distinto da quello statale), che si fonda su determinati «valori» condivisi dagli Stati membri, come l'uguaglianza e la solidarietà.

Tuttavia, la Corte di giustizia ammette che, in funzione di un interesse generale legittimo dal punto di vista del diritto dell'Unione, gli Stati membri pongano limiti ai diritti degli studenti (salvo che tali diritti derivino dallo *status* di lavoratore migrante). In particolare, il diritto di accesso all'istruzione e alla formazione professionale in un altro Stato membro può subire restrizioni al fine di evitare un onere finanziario eccessivo o di tutelare la salute pubblica; inoltre, gli Stati membri possono riservare la concessione di aiuti finanziari per le spese di mantenimento e di istruzione agli studenti che diano prova di un sufficiente grado di integrazione nella loro società.

L'approccio della Corte riguardo alle deroghe alla parità di trattamento degli studenti "migranti" può destare perplessità. Tuttavia, a ben vedere, tali deroghe hanno una portata alquanto circoscritta.

Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti, in *Raccolta*, 2007, I, p. 10779 ss., EU:C:2007:772, punto 79; v. negli stessi termini la sentenza del 9 luglio 2009 in causa n. C-319/07 P, 3F c. *Commissione*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 5963 ss., EU:C:2009:435, punto 58). Sul valore della giustizia sociale nell'ordinamento europeo v. J. P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, Parigi, Dalloz-Sirey, 2010, p. 87 ss.

¹⁴⁸ V. P. PONZANO, *Identità europea e Cittadinanza dell'Unione*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2010, p. 15 ss.

Visto che l'accesso all'istruzione e alla formazione professionale in un altro Stato membro è considerato non tanto come un diritto derivante dalla libertà di circolazione e di soggiorno in un altro Stato membro, quanto piuttosto come una forma di esercizio di tale libertà, in linea di principio non dovrebbero essere consentite restrizioni motivate da un obiettivo puramente economico¹⁴⁹. La Corte non ha smentito questo principio. Essa infatti – nel valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'imposizione di tasse di iscrizione ai soli studenti "migranti" – non ha considerato l'obiettivo economico isolatamente, ma congiuntamente a quello di garantire l'esistenza del sistema di istruzione pubblica. Ciò fa presumere che l'obiettivo economico di per sé non sarebbe valso a giustificare una restrizione alla mobilità degli studenti. Quanto poi all'esigenza di tutelare la salute pubblica (ritenuta un «fine legittimo» dalla Corte di giustizia), essa potrà essere invocata per giustificare le restrizioni alla mobilità degli studenti in un numero limitato di casi (solo con riferimento ad alcuni corsi universitari o di formazione professionale nel campo della medicina e delle scienze paramediche).

Indubbiamente, sembra irragionevole far dipendere il diritto degli studenti ai sussidi per le spese di mantenimento e di istruzione dalla *preesistenza* di un sufficiente grado di integrazione nella società di un certo Stato membro, visto che la mobilità degli studenti all'interno dell'Unione è un mezzo per *creare* un'integrazione tra cittadini di diversi Stati membri. Tuttavia, dalla giurisprudenza europea emerge che l'integrazione nella società dello Stato membro erogatore non vale di per sé a giustificare una deroga alla parità di trattamento degli studenti "migranti", dovendo sempre combinarsi con un altro obiettivo di interesse generale compatibile con il diritto dell'Unione (come quello di favorire la mobilità degli studenti o di evitare un onere finanziario eccessivo *tale da incidere sul livello complessivo di aiuto* che può essere concesso dallo Stato membro considerato).

In ogni caso, la Corte ha fissato un «controlimite»: ogni limitazione dei diritti riconosciuti agli studenti "migranti" dev'essere conforme al principio di proporzionalità, da applicarsi in modo rigoroso.

Fermo quanto sopra, è auspicabile che la Corte di giustizia potenzi sempre di più i diritti degli studenti, data l'importanza che riveste la loro mobilità all'interno dell'Unione per la realizzazione di un'«Unione di cittadini». Questa prospettiva riceve conforto da alcuni dati normativi.

¹⁴⁹ Come si è già ricordato, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, una considerazione puramente economica non può essere ritenuta un obiettivo legittimo idoneo a giustificare una restrizione delle libertà fondamentali garantite dai Trattati.

Se il Trattato di Maastricht, istituendo la cittadinanza europea, ha posto in risalto la dimensione socio-politica dell'Unione (che precedentemente appariva in secondo piano rispetto alla dimensione economica), il Trattato di Lisbona ha dato ancor più rilevanza ai valori sociali nell'ordinamento europeo. L'art. 2 del Trattato sull'UE annovera tra i valori fondanti dell'UE l'uguaglianza e la solidarietà e il successivo art. 3 assegna all'Unione il compito di promuovere il progresso sociale¹⁵⁰. Inoltre, l'art. 9 TFUE stabilisce che, «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale (...) e un elevato livello di istruzione [e] formazione (...)». Infine, la Carta dei diritti fondamentali (pur non estendendo le competenze dell'Unione definite nei Trattati) sancisce il diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale (art. 14, par. 1) e il diritto ai benefici sociali di ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione (art. 34, par. 2).

Alla luce di questo quadro normativo, è ragionevole attendersi che la Corte di giustizia continui ad operare come un "giudice-artista", «che, con l'ausilio delle mani, della testa e del cuore, apr[e] ai cittadini migliori orizzonti, senza voltare le spalle alla realtà né alle situazioni concrete», «specialmente in quelle situazioni che [possono rallentare] l'inarrestabile evoluzione delle idee che hanno illuminato la creazione della Comunità» (oggi Unione)¹⁵¹. La tendenza degli Stati membri a porre limiti alla parità di trattamento degli studenti migranti (soprattutto per quanto concerne gli aiuti finanziari agli studi) rischia di ostacolare la libera circolazione degli studenti europei, che – come si è visto – è una delle idee ispiratrici del processo d'integrazione europea, assurta a diritto fondamentale del *civis Europaeus*.

Marta Moretti*

¹⁵⁰ Non può peraltro tacersi che l'art. 4, par. 2, del Trattato sull'UE impone all'Unione di rispettare l'«identità nazionale [degli Stati membri] insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (...)». E chiaro che su questa base la Corte di giustizia potrebbe giudicare legittime delle limitazioni dei diritti degli studenti "migranti".

¹⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 20 marzo 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln e Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 9164 ss., EU:C:2007:174, punti 1 e 2. Secondo l'Avvocato Generale i "giudici-artisti" si contrappongono ai "giudici-operai", «veri e propri automi che, usando solo le proprie mani, producono sentenze in serie ed in quantità industriali, senza toccare il livello dei valori umani o dell'ordine sociale», nonché ai "giudici-artefici", «che con l'uso delle mani e dell'intelletto seguono metodi di interpretazione tradizionali che conducono inevitabilmente a plasmare la volontà del legislatore».

* Dottore di ricerca in Diritto Internazionale e dell'UE / Università La Sapienza; avvocato in Roma

SINTESI

Le competenze attribuite all'Unione europea (UE) in materia di istruzione e di formazione professionale sono sempre state molto limitate. Il contenuto e l'organizzazione degli studi restano di competenza degli Stati membri. Fino agli anni Ottanta del secolo scorso, gli studenti che intendevano compiere i loro studi universitari, in tutto o in parte, in altri Stati membri incontravano una serie di ostacoli che rendevano per essi difficile o addirittura impossibile trasferirsi all'estero. I diritti degli studenti "migranti" riposavano sul diritto interno allo Stato membro ospitante. Così essi potevano essere soggetti al pagamento di tasse di iscrizione più elevate dei cittadini dello Stato membro ospitante e non avere accesso agli aiuti al mantenimento erogati da tale Stato. Tali studenti non avevano neppure il diritto di risiedere nello Stato ospitante ai sensi del diritto dell'UE. A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, la Corte di giustizia (CG) ha riconosciuto agli studenti "migranti" dell'UE svariati diritti nei confronti sia dello Stato membro di origine che dello Stato membro in cui si trasferivano, ciò al fine di promuovere la mobilità degli studenti nell'UE. In alcune decisioni di grande importanza, la CG ha affermato che il diritto primario dell'UE riconosce agli studenti "migranti" il diritto di accedere a pari condizioni agli istituti di formazione professionale e di istruzione nello Stato ospitante (rispettivamente, sentenze *Gravier* e *Bressol*), il diritto di non pagare tasse d'iscrizione più alte dei cittadini dello Stato ospitante (casi *Commissione c. Belgio* e *Commissione c. Austria*), il diritto di non subire discriminazioni rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante per quanto concerne la percezione del sostegno finanziario durante gli studi, sia pure entro certi limiti (sentenza *Bidar*). Quale condizione indispensabile per l'esercizio della libertà di circolazione, la CG ha anche riconosciuto agli studenti "migranti" il diritto di risiedere sul territorio dello Stato ospitante (sentenza *Raulin*). Inoltre, la CG ha statuito che «allorché uno Stato membro prevede un sistema di aiuti alla formazione che consente a studenti di beneficiarne nell'ipotesi in cui compiano studi in un altro Stato membro, esso deve far sì che le modalità di concessione di tali aiuti non creino una limitazione ingiustificata al detto diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli altri Stati membri» (sentenza *Morgan and Bucher*). Sebbene questi diritti siano ora, per la gran parte, previsti dalla legislazione dell'UE, è ancora fondamentale il ruolo della CG nella definizione dello *status* giuridico degli studenti "migranti" nello Stato ospitante e del sostegno finanziario che essi possono ricevere dallo Stato di origine e nello Stato ospitante. Spetta principalmente alla Corte bilanciare i diritti degli studenti con gli interessi generali degli Stati membri. La giurisprudenza europea mostra che la Corte è riuscita finora a rafforzare i diritti degli studenti "migranti" senza omettere di considerare gli interessi generali degli Stati membri.

ABSTRACT

The competencies assigned to the European Union (EU) in the field of education and vocational training have always been very limited. The contents of teaching as well as the organization of education systems remain competencies of the Member States. Until the 1980s, students pursuing the whole or part of their academic career in other Member States faced a number of obstacles that hindered or might even prevent them from moving abroad. EU "migrant" students' rights depended solely on national legislation in the host State. Thus, they could be charged higher study fees than the nationals of the host State and did not have access to state grant systems for maintenance support. Such students did not even have a right of residence in the host State under EU law. Starting from 1980s, the European Court of Justice (ECJ) has acknowledged to EU "migrant" students a number of rights towards both the Member State where they come from and the Member State where they have moved to, in order to encourage students' mobility in EU. In several landmark decisions, the ECJ held that EU primary law grants to EU "migrant" students the right to equal access to vocational training and educational institutions in the host State (respectively, Gravier and Bressol judgments), the right not to be charged higher tuition fees than the nationals of the host State (Commission v. Belgium and Commission v. Austria Cases), the right to be treated equally to nationals of the host State with regard to the eligibility for educational grants, even if within certain limits (Bidar judgment). As a precondition to the exercise of the right to freely move in EU, the ECJ also acknowledged to "migrant" students the right to reside freely within the territory of the host Member State (Raulin judgment). Furthermore, the ECJ stated that «where a Member State provides for a system of education or training grants which enables students to receive such grants if they pursue studies in another Member State, it must ensure that the detailed rules for the award of those grants do not create an unjustified restriction of the right to move and reside within the territory of the Member States» (Morgan and Bucher judgment). Although most of these rights are now laid down in EU legislation, ECJ's role is still fundamental in defining the "migrant" students legal status in the host State as well as the financial support they can expect from their home State and in the host State. It is primarily up to the Court to balance EU students' rights with the general interests of Member States. The case law shows that the Court has till now succeeded in enhancing the rights of "migrant" students without disregarding the general interests of Member States.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LA CORTE DI GIUSTIZIA AMMETTE L'APPLICAZIONE DI UN'ALiquOTA RIDOTTA DELL'IVA A CONDIZIONE CHE L'AGEVOLAZIONE IMPOSITIVA SI APPLICHI SOLO AI DISPOSITIVI RISERVATI ALL'USO ESCLUSIVO E PERSONALE DEGLI INVALIDI E SOLO PER PRODOTTI FARMACEUTICI (MEDICINALI E SOSTANZE ATTIVE) DIRETTAMENTE SOMMINISTRABILI A SCOPO TERAPEUTICO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11*

Commissione europea c. Regno di Spagna

Art. 258 TFUE - Ricorso per inadempimento - Inadempimento di uno Stato - Imposta sul valore aggiunto - Artt. 96 e 98, par. 2, e Allegato III, punti 3 e 4, della Direttiva n. 2006/112/Ce - Applicazione di un'aliquota ridotta - Nozione di prodotto farmaceutico - «Prodotti farmaceutici normalmente utilizzati per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per trattamenti medici e veterinari» - «Apparecchi medici, materiale ausiliario ed altri strumenti medici, normalmente destinati ad alleviare o [a] curare invalidità, per uso personale esclusivo degli invalidi».

* EU:C:2013:17, inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 131 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

Applicando un'aliquota ridotta dell'imposta sul valore aggiunto
- *alle sostanze medicinali che possono essere utilizzate abitualmente e in modo idoneo per la produzione di medicinali;*
- *ai dispositivi medici, al materiale, agli apparecchi e agli strumenti che, oggettivamente considerati, possono essere utilizzati solamente al fine di prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o affezioni dell'essere umano o degli animali, e che non sono però normalmente destinati ad alleviare o curare invalidità, per uso personale esclusivo degli invalidi;*
- *agli strumenti e ai sussidi tecnici che possono essere utilizzati, essenzialmente o principalmente, per alleviare le disabilità fisiche degli animali;*
- *e, infine, agli strumenti e ai sussidi tecnici essenzialmente o principalmente utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli esseri umani, e che non sono però destinati all'uso personale esclusivo degli invalidi,*
il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 98 della direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in combinato disposto con l'allegato III della medesima direttiva.

(Omissis) **In diritto**

Sul ricorso

Considerazioni preliminari (Omissis)

20. (...) [L]e disposizioni del diritto dell'Unione che consentono l'applicazione di un'aliquota IVA ridotta, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di derogare al principio dell'applicazione dell'aliquota normale, devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva. Inoltre, i punti 3 e 4 dell'allegato III della direttiva n. 2006/112/Ce, non contenendo alcun espresso rinvio al diritto degli Stati membri, devono essere interpretati in maniera autonoma e uniforme in tutta l'Unione. *(Omissis)*

Sul primo addebito, vertente sull'applicazione di un'aliquota IVA ridotta alle sostanze medicinali che possono essere utilizzate abitualmente e in modo idoneo per la produzione di medicinali

Sulla portata del primo addebito

- Argomenti delle parti *(Omissis)*

- Giudizio della Corte *(Omissis)*

Nel merito

- Argomenti delle parti *(Omissis)*

- Giudizio della Corte (*Omissis*)

43. (...) [C]ontrariamente a quanto afferma la Commissione, si deve constatare che la nozione di «prodotto farmaceutico» ai sensi del suddetto punto 3, pur comprendendo la nozione di «medicinale» ai sensi della direttiva n. 2001/83/Ce, deve essere interpretata attribuendo ad essa un significato più ampio rispetto alla nozione di «medicinale».

44. Tale interpretazione è del resto conforme alla nozione di «prodotto farmaceutico», utilizzata al capitolo 30 della nomenclatura combinata di cui all'allegato I del Regolamento (Cee) n. 2658/87 del Consiglio, del 23 luglio 1987, (...) come modificato dal Regolamento (Ue) n. 1238/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2000 [*rectius*: 2010 *n.d.r.*] (...), il quale menziona quali prodotti farmaceutici non solo i medicinali, ma anche altre preparazioni e prodotti farmaceutici, come ovatte, garze, bende e prodotti simili. (*Omissis*)

47. Da tali considerazioni risulta che il citato punto 3 [dell'allegato III della direttiva n. 2006/112/Ce] riguarda soltanto i prodotti finiti che possono essere utilizzati direttamente dal consumatore finale, ad esclusione dei prodotti utilizzabili per la produzione dei medicinali, i quali di norma devono essere ulteriormente trasformati. (*Omissis*)

Sul secondo addebito, vertente sull'applicazione di un'aliquota IVA ridotta ai dispositivi medici, al materiale, agli apparecchi e agli strumenti che, oggettivamente considerati, possono essere utilizzati solamente al fine di prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o affezioni dell'essere umano o degli animali

Argomenti delle parti (*Omissis*)

Giudizio della Corte (*Omissis*)

63. Infatti, non solo le categorie di cui all'allegato III della direttiva n. 2006/112/Ce devono essere interpretate restrittivamente dato che la disposizione di diritto dell'Unione in questione ha carattere di misura di deroga (...) ma le nozioni utilizzate in tale allegato devono essere interpretate conformemente al senso abituale delle espressioni di cui trattasi. Orbene, si deve constatare che, stante l'accezione abituale, nel linguaggio corrente, della nozione di «prodotto farmaceutico», non può essere considerato come rientrante in tale nozione ogni dispositivo, apparecchio, strumento o materiale per uso medico o veterinario.

64. Tale interpretazione è corroborata dalla sistematica generale dell'allegato III della direttiva n. 2006/112/Ce, e segnatamente dalla circostanza che, al punto 4 di tale allegato, sono specificamente indicati dispositivi medici aventi un uso specifico. Infatti, come osservato dalla Commissione, tale disposizione sarebbe privata del suo significato se il punto 3 del suddetto allegato dovesse essere interpretato nel senso che esso consente l'applicazione di un'aliquota IVA ridotta a ogni dispositivo o strumento medico, indipendentemente dall'uso al quale è destinato.

65. Del resto, occorre ricordare che (...) lo scopo dell'applicazione delle aliquote IVA ridotte è segnatamente quello di diminuire il costo di taluni beni essenziali, a vantaggio del consumatore finale. Orbene, il costo dei dispositivi, degli strumenti, del materiale nonché degli apparecchi medici e veterinari sarebbe raramente sostenuto direttamente dal consumatore finale, trattandosi di prodotti principalmente utilizzati dai professionisti del settore sanitario per la fornitura di servizi, i quali possono, a loro volta, essere esentati dall'IVA in forza dell'art. 132 della direttiva n. 2006/112/Ce.

66. [U]na tale interpretazione non è incompatibile con l'art. 168 TFUE. A tal riguardo, è sufficiente constatare che, se è pur vero che tale articolo cita, al suo paragrafo 4, lettera c., i medicinali e i dispositivi per uso medico, l'obiettivo perseguito da tale disposizione, ossia la fissazione di parametri elevati di qualità e di sicurezza, è sostanzialmente diverso da quello dell'allegato III della direttiva n. 2006/112/Ce. (*Omissis*)

Sul terzo addebito, vertente sull'applicazione di un'aliquota IVA ridotta ai beni utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli animali

Argomenti delle parti (*Omissis*)

Giudizio della Corte (*Omissis*)

72. Ne consegue che tale disposizione non consente l'applicazione di un'aliquota IVA ridotta agli strumenti e ai sussidi tecnici che possono essere utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli animali. (*Omissis*)

Sul quarto addebito, vertente sull'applicazione di un'aliquota IVA ridotta agli strumenti e ai sussidi tecnici essenzialmente o principalmente utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli esseri umani, e che non sono però destinati all'uso personale esclusivo degli invalidi

Argomenti delle parti (*Omissis*)

Giudizio della Corte (*Omissis*)

86. Pertanto, l'obiettivo consistente nel diminuire il costo per il consumatore finale di taluni beni essenziali (...) non consente di giustificare l'applicazione di un'aliquota IVA ridotta ai dispositivi medici di uso generale utilizzati dagli ospedali e dai professionisti dei servizi sanitari. (*Omissis*)

88. [A]gli strumenti e ai sussidi tecnici essenzialmente o principalmente utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli esseri umani, e che non sono però destinati all'uso personale ed esclusivo degli invalidi, non può applicarsi, in forza del punto 4 dell'allegato III della direttiva n. 2006/112/Ce, un'aliquota IVA ridotta.

(*Omissis*)

AI FINI DELL'IVA IL PRODOTTO FARMACEUTICO NON SEMPRE È UN MEDICINALE E LA DISABILITÀ FISICA NON È SINONIMO DI INVALIDITÀ

Sommario: *Introduzione - 1. La nozione di prodotto farmaceutico - 2. Sussidi esclusivamente destinati a prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o affezioni dell'essere umano o degli animali - 3. Sussidi utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli animali - 4. Sussidi utilizzati per alleviare le disabilità fisiche dell'essere umano - 5. Conclusioni.*

Introduzione

L'art. 98, par. 2, della direttiva n. 2006/112/Ce¹ (di seguito: Direttiva IVA) riconosce agli Stati membri la possibilità di applicare «aliquote [IVA] ridotte (...) unicamente alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi delle categorie elencate nel(..) [suo] allegato III». L'«[e]lenco delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi che possono essere assoggettate alle aliquote ridotte di cui all'art. 98», come titola l'allegato III, menziona alcune categorie merceologiche tra cui i «prodotti farmaceutici normalmente utilizzati per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per i trattamenti medici e veterinari» (punto 3) e gli «apparecchi medici, materiale ausiliario ed altri strumenti medici, normalmente destinati ad alleviare o a curare invalidità per uso personale esclusivo degli invalidi» (punto 4).

In considerazione del fatto che la Direttiva IVA, tra i propri scopi, si prefigge anche di raggiungere «una neutralità dell'imposta ai fini della concorrenza»², la Commissione non aveva esitato a ricordare agli Stati

¹ Direttiva n. 2006/112/Ce del Consiglio del 28 novembre 2006 relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in *Gu-Ue* n. L 347 dell'11 dicembre 2006, p. 1 ss.

² *Ivi*, considerando n. 7.

membri il loro dovere di rispettare il termine dell'1 gennaio 2008 per il recepimento e per la notifica delle misure di attuazione dell'atto comunitario³.

Questa attività di vigilanza aveva permesso di appurare che l'art. 91, prima sezione, par. 1, punti 5 e 6, della legge spagnola sull'IVA⁴ stabiliva l'applicazione dell'aliquota ridotta anche alle «sostanze medicinali che possono essere abitualmente e idoneamente utilizzate per la produzione di medicinali» per uso veterinario e a tutti gli strumenti che «possono essere utilizzati solamente al fine di prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o dolori dell'essere umano o degli animali» pur non essendo «normalmente destinati ad alleviare o curare invalidità, per uso personale esclusivo degli invalidi»⁵. Inoltre, la seconda sezione, par. 1, punto 3, dello stesso articolo della normativa nazionale assoggettava all'aliquota ridotta anche i principi attivi utilizzati per la produzione industriale e galenica dei medicinali destinati all'uso umano⁶.

Secondo la Commissione, la legislazione spagnola non era conforme alla Direttiva IVA dal momento che assimilava ai «prodotti farmaceutici normalmente utilizzati per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per i trattamenti medici e veterinari»⁷ tutti i principi attivi non utilizzabili direttamente come farmaci essendo la loro somministrazione subordinata alla trasformazione in medicinali. Inoltre, l'Istituzione Ue contestava alla Spagna di aver esteso l'agevolazione impositiva concedibile ai dispositivi riservati all'uso personale ed esclusivo degli invalidi anche ai sussidi destinati ad un utilizzo generale. Queste asserite violazioni inducevano la

³ Press Release n. IP/08/1814 del 27 novembre 2008, *IVA: la Commissione europea esorta l'Italia a notificare le disposizioni nazionali per il recepimento di due direttive in materia di IVA*.

⁴ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, *Boletín Oficial del Estado* núm. 312 de 29 de diciembre de 1992, p. 44247 ss., art. 91, par. 1, Uno, 1, «5. Los medicamentos para uso animal, así como las sustancias medicinales susceptibles de ser utilizadas habitual e idóneamente en su obtención. 6. Los aparatos y complementos, incluidas las gafas graduadas y las lentillas que, por sus características objetivas, sean susceptibles de destinarse esencial o principalmente a suplir las deficiencias físicas del hombre o de los animales, incluidas las limitativas de su movilidad y comunicación. Los productos sanitarios, material, equipos o instrumental que, objetivamente considerados, solamente puedan utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o de los animales. No se incluyen en este número los cosméticos ni los productos de higiene personal, a excepción de compresas, tampones y protegeslips».

⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 13, EU:C:2012:667.

⁶ Ley 37/1992, *loc. cit.*, art. 91, Dos, 3, «Los medicamentos para uso humano, así como las sustancias medicinales, formas galénicas y productos intermedios, susceptibles de ser utilizados habitual e idóneamente en su obtención».

⁷ Direttiva n. 2006/112/Ce, *cit. supra*, nota 1, allegato III, punto 3.

Commissione a presentare un ricorso per inadempimento dopo aver giudicato insoddisfacenti gli argomenti presentati dallo Stato membro a sostegno della coerenza delle proprie disposizioni⁸. In particolare, il rifiuto delle autorità iberiche di adeguarsi alle richieste dell'Unione era motivato dalla convinzione che l'allegato III della Direttiva IVA non delineasse chiaramente le tipologie merceologiche per le quali era applicabile l'aliquota ridotta. Lo Stato membro eccepiva che la mancanza di un'indicazione inequivocabile non consentiva di privilegiare la visione restrittiva della Commissione «rispetto ad altre possibili interpretazioni basate, in particolare, sul diritto nazionale»⁹. Le specificazioni contenute nella legge iberica erano quindi la logica conseguenza della mancanza nella normativa dell'Unione delle definizioni dei termini utilizzati nei punti 3 e 4 dell'allegato III¹⁰. Tale giustificazione non appare tuttavia accettabile se si considera che l'utilizzo di una propria nozione «nazionale» potrebbe consentire ad uno Stato membro di estendere oltre ogni limite il significato della terminologia adottata nella stesura di un atto Ue¹¹. In base a questa analisi, l'interpretazione del Regno di Spagna era stata quindi respinta con fermezza dalla Commissione secondo la quale le indicazioni dell'allegato III dovevano essere interpretate in modo uniforme in tutta l'Unione «in applicazione dei principi di uniformità e di uguaglianza»¹².

Nella sentenza oggetto di questo commento, la Corte prima di addentrarsi nel giudizio sul caso specifico ha affrontato questo primo punto di contrasto ricordando che, secondo una giurisprudenza costante, una qualsiasi deroga ad una norma di carattere generale deve essere valutata in modo restrittivo¹³, senza basare, in mancanza di un riferimento puntuale,

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 10 ss., EU:C:2013:17, e conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2012:667, punto 9 ss.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 16.

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2012:667, punto 20.

¹¹ *Ivi*, par. 24. Jääskinen riporta un passaggio della relazione della Commissione al Consiglio conformemente all'art. 12, par. 4, ed all'art. 28, par. 2, lett. g., della sesta direttiva del Consiglio del 17 maggio 1977 (modificata) in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto - Base imponibile uniforme, Com(94)584 def., p. 14.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 17.

¹³ *Ivi*, punto 18. Con il probabile scopo di ricordare la costante giurisprudenza in tal senso, i giudici ricordano tre pronunce in un arco temporale di circa vent'anni e precisamente le sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 1995 in causa n. C-399/93, *H.G. Oude Luttikhuis e altri c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4515, punto 23, EU:C:1995:434; del 18 gennaio 2001 in causa n. C-83/99, *Commissione delle*

«la determinazione del suo senso e della sua portata» sul diritto degli Stati membri. Tale approccio consente di impedire che ogni Stato membro interpreti in modo autonomo i termini contenuti nella normativa Ue, garantendo un'identica interpretazione delle disposizioni all'interno dell'Unione. Quindi, in ossequio al principio d'uguaglianza¹⁴, l'applicazione di aliquote inferiori a quella normale non deve violare il principio di neutralità fiscale in ossequio al quale merci o prestazioni di servizi tra loro in concorrenza non possono essere sottoposte a differenti regimi d'imposta¹⁵.

1. La nozione di prodotto farmaceutico

Dopo tali considerazioni preliminari, la Corte ha dapprima valutato se la nozione di «prodott[o] farmaceutic[o] normalmente utilizzat[o] per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per i trattamenti medici e veterinari» (allegato III, punto 3, della Direttiva IVA) potesse includere anche le «sostanze medicinali che possono essere utilizzati [sic!] abitualmente e in modo idoneo per la produzione di medicinali, prevista all'art. 91, prima sezione, par. 1, punto 5, e all'art. 91, seconda sezione, par. 1, punto 3, della legge [spagnola] sull'IVA»¹⁶. Ai fini dell'applicazione dell'aliquota, infatti, la disposizione nazionale non distingueva il medicinale dalla sostanza attiva la quale costituisce solo uno dei componenti che, in seguito ad opportuni processi di lavorazione, dà origine al prodotto farmaceutico normalmente utilizzato nella cura e nella prevenzione delle patologie dell'uomo o dell'animale.

Il contrasto tra l'ampia concezione nazionale e l'approccio più restrittivo della Commissione traeva probabilmente origine da una diversa lettura dell'allegato III, punto 3, della Direttiva IVA. La Spagna riteneva che ogni Stato membro potesse interpretare la nozione secondo la propria legi-

Comunità europee c. Regno di Spagna, in *Raccolta*, 2001, I, p. 445, punto 19, EU:C:2001:31 e del 3 marzo 2011 in causa n. C-41/09, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 831, punto 58, EU:C:2011:108.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 19. Il paragrafo riprende, richiamandolo, il testo della sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011 in cause riunite n. C-424/10 e n. C-425/10, *Tomasz Ziolkowski e Barbara Szeja e altri c. Land Berlin*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 14035, EU:C:2011:866.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2012:667, punto 17. Nella nota a tale punto si fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2008 in causa n. C-442/05, *Finanzamt Oshatz c. Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1817, punto 42, EU:C:2008:184.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 29.

slazione affermando che il significato di «prodotto farmaceutico» non era mai stato definito a livello dell'Unione. La Commissione obiettava che l'espressione «prodotto farmaceutico» doveva essere analizzata in collegamento con la locuzione «normalmente utilizzat[o] per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per i trattamenti medici e veterinari» che completa il punto 3 dell'allegato III della Direttiva IVA. La lettura congiunta mette in evidenza l'equivalenza tra detto punto 3 e la seconda definizione di «medicinale» stabilita dall'art. 1, par. 2, lett. b., della direttiva n. 2001/83/Ce in seguito alle modifiche introdotte dalla direttiva n. 2004/27/Ce¹⁷. L'accettazione di questo ragionamento implica come logica conseguenza che la locuzione «prodotto medicinale» senza alcuna ulteriore precisazione corrisponda al termine «sostanza» definito all'art. 1, par. 1, punto 3, della direttiva n. 2001/83/Ce come «ogni materia indipendentemente dall'origine».

In altre parole, appare evidente che lo Stato membro aveva risolto il problema interpretativo privilegiando una lettura di «prodotto farmaceutico» esclusivamente collegata con la sua attività terapeutica o profilattica nonostante tale azione possa essere conseguita solo in seguito ad un trattamento di trasformazione in medicinale. La Commissione, invece, aveva esaminato la frase nel suo complesso giungendo alla conclusione che la seconda parte del punto 3 dell'allegato III della Direttiva IVA avesse la funzione di specificare la destinazione finale del «prodotto farmaceutico» da assoggettare all'aliquota ridotta. Tale conclusione è anche desumibile dalla constatazione che le operazioni collegate con la preparazione galeni-

¹⁷ Direttiva n. 2004/27/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la 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, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 67 ss.] recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 34 ss., art. 1, par. 2. Secondo tale disposizione è un medicinale «a. ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane [prima definizione]; o b. ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica [seconda definizione]». Esiste quindi «una definizione del medicinale "per presentazione", una definizione del medicinale "per funzione". Un prodotto è un medicinale se rientra nell'una o nell'altra di tali definizioni» (sentenze della Corte di giustizia del 21 marzo 1991 in causa n. C-60/89, procedimento penale a carico di *Jean Monteil e Daniel Samanni*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1547, punto 11, EU:C:1991:138, e annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 373; del 21 marzo 1991 in causa n. C-369/88, procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1487, punto 15, EU:C:1991:137, e del 16 aprile 1991 in causa n. C-112/89, *Upjohn Company e NV Upjohn c. Farzoo Inc. e JAWMJ Kortmann*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1703, punto 15, EU:C:1991:147, e annotata in questa *Rivista*, 1991, p. 381; dello stesso tenore la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1992 in causa n. C-219/91, procedimento penale a carico di *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5485, punto 11, EU:C:1992:414). Sulla definizione di medicinale si rinvia a F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale di medicamento in ambito comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, p. 503 ss.

ca o industriale di una forma farmaceutica non rientrano tra le finalità della Direttiva IVA che, per quanto concerne l'ambito sanitario, mira esclusivamente a favorire l'accesso del paziente al medicinale. Al contrario, l'estensione della tariffa agevolata alle materie prime costituirebbe un sostegno per i farmacisti e per le industrie farmaceutiche.

Il medesimo ragionamento può essere applicato per respingere l'equiparazione tra i «prodotti farmaceutici» per uso veterinario e i medicinali destinati alla somministrazione negli animali attuata dallo Stato membro con il recepimento della Direttiva IVA. Infatti, le due definizioni di «medicinale veterinario» fornite dalla direttiva n. 2001/82/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2004/28/Ce¹⁸, differiscono dalle due enunciazioni di medicinale per uso umano esclusivamente per la diversa destinazione (animale invece dell'uomo) dei preparati. La direttiva n. 2001/82/Ce, inoltre, utilizza l'identica formulazione della direttiva n. 2001/83/Ce per chiarire il significato del termine «sostanza» («ogni materia indipendentemente dall'origine»). Nella sentenza, la Corte non sviluppa tale confronto, ma si limita a «ricordare che, mentre la direttiva n. 2001/83/Ce si applica esclusivamente ai medicinali per uso umano, il punto 3 dell'allegato III si riferisce anche ai prodotti di uso veterinario»¹⁹.

La questione è stata analizzata dai giudici di Lussemburgo in tutta la sua totalità. La Corte ha, infatti, appurato che la Spagna poteva ritenersi autorizzata a valutare la nozione di «prodotto farmaceutico» in un senso più ampio rispetto a quella di medicinale dal momento che la tabella n. 30 della nomenclatura combinata del Regolamento (Cee) n. 2658/87²⁰, come modificato dal Regolamento (Ue) n. 1238/2010²¹, elenca tra i prodotti far-

¹⁸ Direttiva n. 2004/28/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che modifica la direttiva n. 2001/82/Ce [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, in *Guce* n. L 311 del 28 novembre 2001, p. 1 ss.] recante un codice comunitario relativo ai medicinali veterinari, in *Gu-Ue* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 58 ss., art. 1, punto 1: «Medicinale veterinario: a. ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative e profilattiche delle malattie animali; oppure b. ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere usata sull'animale o somministrata all'animale allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche mediante un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, oppure di stabilire una diagnosi medica».

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 42.

²⁰ Regolamento (Cee) n. 2658/87 del 23 luglio 1987 relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, in *Guce* n. L 256 del 7 settembre 1987, p. 1 ss.

²¹ Regolamento (Ue) n. 1238/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2010, che modifica l'allegato I del Regolamento (Cee) n. 2658/87 del Consiglio relativamente alla previsione dell'esonero dai dazi doganali per alcuni principi attivi ai quali è conferita una «denominazione comune internazionale» (DCI) dell'Organizzazione mondiale della sanità e per alcuni prodotti intermedi utilizzati per la fabbricazione di prodotti farmaceutici finiti, in *Gu-Ue* n. L 348 del 31 dicembre 2010, p. 36 ss.

maceutici anche il materiale di medicazione (ovatte, garze, bende e simili)²². Tale estensione è avvalorata anche dalla presenza al punto 3, ultima frase, dell'allegato III della Direttiva IVA dei «prodotti utilizzati per fini di contraccezione e di protezione dell'igiene femminile» i quali non sono abitualmente definiti «medicinali»²³. In base a questi presupposti, l'espressione «prodotto farmaceutico» potrebbe assumere un significato ampio includendo al suo interno sia i preparati medicinali che tutte le sostanze attive²⁴ utilizzate per il loro allestimento.

Una simile interpretazione è inoltre coerente con alcuni atti di organizzazioni internazionali a vocazione sanitaria e commerciale²⁵. L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), ad esempio, definisce *pharmaceutical product* «[a]ny material or product intended for human or veterinary use presented in its finished dosage form or as a starting material for use in such a dosage form, that is subject to control by pharmaceutical legislation in the exporting state and/or the importing state»²⁶ non operando quindi nessuna differenza tra la forma farmaceutica finita e la sostanza impiegata nella sua preparazione. L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) ha inserito «active ingredients necessary for its manufacture and diagnostic kits needed for its use would be included»²⁷ nella definizione di «pharmaceutical product».

Non può quindi sorprendere che l'Unione europea abbia stabilito nell'art. 2, punto 1, del Regolamento (Ce) n. 816/2006²⁸ che per «prodotto

²² Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 44.

²³ *Ivi*, punto 45.

²⁴ L'art. 1, par. 1, punto 3 *bis*, della direttiva n. 2011/62/UE (del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, che modifica la direttiva n. 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, al fine di impedire l'ingresso di medicinali falsificati nella catena di fornitura legale, in *Gu-UE* n. L 174 dell'1 luglio 2011, p. 74) definisce «sostanza attiva qualsiasi sostanza o miscela di sostanze destinata a essere usata nella fabbricazione di un medicinale e che diventa, se impiegata nella produzione di quest'ultimo, un principio attivo di detto medicinale inteso a esercitare un'azione farmacologica, immunologica o metabolica al fine di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche ovvero a stabilire una diagnosi medica».

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 43.

²⁶ World Health Organization (WHO) Expert Committee on Specifications for Pharmaceutical Preparations, WHO Technical Report Series, Thirty-ninth Report, World Health Organization, Geneva, 2005, p. 62.

²⁷ Decision of the General Council of 30 August 2003, *Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health*, WT/L/540 and Corr. 1.

²⁸ Regolamento (Ce) n. 816/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso Paesi con problemi di salute pubblica, in *Gu-UE* n. L 157 del 9 giugno 2006, p. 1 ss.

farmaceutico» si debba intendere «qualunque prodotto del settore farmaceutico, compresi i prodotti medicinali così come definiti all'art. 1, par. 2, della direttiva 2001/83/Ce»²⁹ nel momento in cui ha recepito la «decisione [del Consiglio generale dell'OMC] sull'attuazione del par. 6 della dichiarazione di Doha sull'accordo TRIPS e la salute pubblica»³⁰. Tali documenti erano sicuramente presenti all'Avvocato Generale Cruz Villalón quando nelle recenti conclusioni del caso *Daiichi Sankyo* ha definito «prodotto farmaceutico» il «principio attivo in sé»³¹.

Nonostante questa premessa sembrasse avvalorare la tesi dello Stato membro, l'analisi dei giudici di Lussemburgo ha consentito di appurare che l'ampia nozione non risultava applicabile in questo specifico caso. Infatti, la Corte ha accertato che la Direttiva IVA precisa che solo i «prodotti farmaceutici» normalmente utilizzati per cure o per trattamenti medici o veterinari oppure per la prevenzione delle malattie dell'uomo o dell'animale appartengono alla categoria merceologica elencata nell'allegato III³². La previsione di uso per finalità terapeutiche o preventive inserita al punto 3 di tale allegato esclude dall'applicazione dell'aliquota agevolata tutte le sostanze destinate alla produzione di medicinali pur consentendo l'imposizione ridotta ad ogni materia prima di cui sia possibile la somministrazione a scopi terapeutici «senza dover essere mescolata ad altre sostanze»³³.

In sintesi, il punto 3 dell'allegato III della Direttiva IVA comprende tutti i prodotti farmaceutici (medicinali o sostanze attive) che sono utilizzati come farmaci, mentre esclude tutte le materie prime che, pur possedendo una potenziale attività terapeutica, devono essere trasformate in dosi e forma di medicamento prima di essere somministrate all'uomo o al-

²⁹ Direttiva n. 2001/83/Ce, *cit. supra*, nota 17.

³⁰ Regolamento (Ce) n. 816/2006, *cit. supra*, nota 28, *considerando* n. 2.

³¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón presentate il 31 gennaio 2013 in causa n. C-414/11, *Daiichi Sankyo e Sanofi-Aventis Deutschland*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 24, EU:C:2013:49. La Corte ha invece utilizzato l'espressione «prodotto farmaceutico» come sinonimo di specialità medicinale nel momento in cui ha argomentato sulla «revoca dell'AIC di un prodotto farmaceutico» (sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012 in causa n. C-457/10 P, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 145, EU:C:2012:770) o sul «principio attivo del prodotto farmaceutico» (sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2012 in causa n. C-100/11 P, *Helena Rubinstein SNC e L'Oréal SA c. Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) (UAMI)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 145, EU:C:2012:285).

³² Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 46. Tra le sostanze attive utilizzate in campo farmaceutico come tali si possono ricordare il bicarbonato di sodio, normalmente impiegato per il trattamento dell'acidità gastrica, o alcuni oli vegetali (ricino, mandorle dolci) o minerali (vaselina) somministrati per la risoluzione della stipsi.

³³ *Ivi*, punto 49.

l'animale a scopi curativi o preventivi. Questa interpretazione è conforme con le finalità della Direttiva IVA la quale intende agevolare, attraverso una riduzione dell'imposizione indiretta, l'accesso del consumatore ad alcuni beni, tra cui i medicinali, che sono essenziali a ristabilire o a mantenere il livello elevato di benessere dell'individuo³⁴.

2. Sussidi esclusivamente destinati a prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o affezioni dell'essere umano o degli animali

La seconda questione affrontata dalla Corte riguardava l'interpretazione del punto 4 dell'allegato III della Direttiva IVA dedicato agli «apparecchi medici, materiale ausiliario ed altri strumenti medici, normalmente destinati ad alleviare o a curare invalidità per uso personale esclusivo degli invalidi».

La Commissione riteneva che l'estensione dell'aliquota ridotta agli strumenti atti a «prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o affezioni dell'essere umano o degli animali» disattendesse le disposizioni dell'Unione le quali sono focalizzate sui soli dispositivi utilizzati esclusivamente per l'uso personale degli individui invalidi³⁵. La Spagna, al contrario, reputava legittima la propria interpretazione in quanto era persuasa che la nozione di «prodotto farmaceutico» fosse applicabile a tutti i sussidi indipendentemente dal loro uso e dalla loro destinazione. Tale posizione dipendeva dalla convinzione che tali apparecchi fossero da classificare come «prodotti farmaceutici normalmente utilizzati per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per i trattamenti medici e veterinari» per i quali il punto 3 dell'allegato III consentiva l'applicazione dell'aliquota agevolata³⁶.

Lo Stato iberico riteneva inoltre che i dispositivi medici potessero essere assimilati ai «prodotti farmaceutici» in base all'art. 168 TFUE, par. 4, lett. c., in quanto la formulazione di tale disposizione non operava nessuna distinzione tra i due beni³⁷. In conseguenza di tale presunta equiparazione,

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 48.

³⁵ *Ivi*, punto 52.

³⁶ *Ivi*, punto 55.

³⁷ Art. 168 TFUE, par. 4: «[I]l Parlamento europeo e il Consiglio (...) contribuiscono alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo, adottando, per affrontare i problemi comuni di sicurezza: (...) c. misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico».

tutti i sussidi, indipendentemente dalla loro destinazione e dalle loro finalità d'uso, sarebbero dovuti essere sottoposti al medesimo regime di imposizione coerentemente con lo scopo della Direttiva IVA di agevolare l'accesso a tutti i prodotti essenziali per la salute attraverso la riduzione del dispendio economico del consumatore. Questo ragionamento aveva quindi indotto la Spagna ad applicare l'aliquota agevolata anche ad «apparecchi per misurare la pressione, termometri, aghi e materiali per agopuntura, nonché guanti, maschere, camici e cuffie per uso medico»³⁸ i quali non sono destinati all'uso personale degli invalidi.

Si deve tuttavia osservare che sebbene la Direttiva IVA rientri a pieno titolo tra le numerose disposizioni adottate dall'Unione a tutela del consumatore, le argomentazioni dello Stato membro non potevano essere accolte. Infatti, la giurisprudenza della Corte aveva già in precedenza statuito che «la tutela del consumatore non costituisce un principio assoluto, e lo scopo delle relative direttive non consiste nell'accordare diritti al consumatore che vadano oltre quanto necessario a conseguire gli obiettivi da ciascuna di esse perseguiti»³⁹.

Nella sentenza in esame, i giudici di Lussemburgo hanno preferito rammentare che, al fine di assicurare un'interpretazione restrittiva delle misure di deroga, è necessario attribuire ad ogni termine lo stesso significato con cui esso è utilizzato nel linguaggio comune⁴⁰. Da tale considerazione discende che la pretesa spagnola di includere nella nozione di «prodotto farmaceutico» anche i sussidi non può essere considerata conforme alla normativa Ue dal momento che i dispositivi medici non sono correntemente assimilati ai medicinali. L'esistenza di una differenza tra medicinale e sussidio è riconosciuta a livello dell'Unione anche dall'adozione di distinti atti di diritto derivato i quali forniscono definizioni la cui analisi consente di affermare che il dispositivo svolge la propria funzione essenzialmente in modo meccanico senza coinvolgere, al contrario del medici-

³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2012:667, punto 46.

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott presentate il 28 febbraio 2013 in causa n. C-32/12, *Soledad Duarte Hueros c. Autociba SA e Automóviles Citroen España SA*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 41, nota 26, EU:C:2013:128. In tale nota, l'Avvocato Generale cita le sentenze della Corte di giustizia del 15 aprile 2010 in causa n. C-215/08, *E. Friz GmbH c. Carsten von der Heyden*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2947, punto 44, EU:C:2010:186 e del 3 settembre 2009 in causa n. C-489/07, *Pia Messner c. Firma Stefan Krüger*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7315, punto 25, EU:C:2009:502.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 63.

nale, né un'azione farmacologica o immunologica né processi di natura metabolica⁴¹.

I giudici, dopo aver ricordato nuovamente che la Direttiva IVA si prefigge di favorire il consumatore diminuendo il prezzo di beni essenziali, hanno stabilito che tale scopo non è estensibile ai dispositivi di uso generale in quanto essi sono in massima parte utilizzati dai professionisti della salute le cui «prestazioni mediche effettuate nell'esercizio delle professioni mediche e paramediche»⁴² possono essere esentate dall'applicazione dell'imposta⁴³. In altre parole, gli strumenti utilizzati negli ambulatori ospedalieri o specialistici per trattare le disabilità fisiche non possono godere dell'aliquota agevolata in quanto tali strumenti non sono destinati all'uso personale dell'invalido come stabilito al punto 4 dell'allegato III della Direttiva IVA.

Inoltre, la Corte non ha giudicato sostenibile la tesi secondo la quale l'esclusione dei sussidi dall'applicazione dell'aliquota agevolata sia in contrasto con l'art. 168 TFUE dal momento che tale disposizione del diritto primario si prefigge un obiettivo completamente diverso dallo scopo previsto dall'allegato III della Direttiva IVA⁴⁴ sebbene la formulazione del par. 4, lett. c., di tale articolo comprenda sia i dispositivi che i medicinali.

Di conseguenza né il punto 4 né il punto 3 dell'allegato III consentono di applicare un'imposizione ridotta ai «dispositivi medici, al materiale, agli apparecchi e agli strumenti che, oggettivamente considerati, possono essere utilizzati solamente al fine di prevenire, diagnosticare, trattare, alleviare o curare malattie o affezioni dell'essere umano o degli animali».

⁴¹ Si confronti l'art. 1, par. 2, lett. a., della direttiva n. 93/42/Cee (del Consiglio, del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici, in *Guce* n. L 169 del 12 luglio 1993, p. 1 ss., come modificato dalla direttiva n. 2007/47/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che modifica la direttiva n. 90/385/Cee del Consiglio per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, la direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio concernente i dispositivi medici, e la direttiva n. 98/8/Ce relativa all'immissione sul mercato dei biocidi, in *Gu-UE* n. L 247 del 21 settembre 2007, p. 21 ss.), il quale definisce il dispositivo medico come un «qualunque strumento, apparecchio, impianto, *software*, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compresi gli accessori tra cui il *software* destinato dal fabbricante ad essere impiegato specificamente con finalità diagnostiche e/o terapeutiche e necessario al corretto funzionamento del dispositivo stesso, destinato dal fabbricante ad essere impiegato sull'uomo» con l'art. 1, par. 2, della direttiva n. 2004/27/Ce, *cit. supra*, nota 17, e con l'art. 1, par. 2, della direttiva n. 2004/28/Ce, *cit. supra*, nota 18.

⁴² Direttiva n. 2006/112/Ce, *cit. supra*, nota 1, art. 132, par. 1, lett. c.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 65.

⁴⁴ *Ivi*, punto 66.

3. Sussidi utilizzati per alleviare le disabilità fisiche degli animali

Nel ricorso per inadempimento, la Commissione aveva lamentato che lo Stato membro avesse assoggettato ad un'imposizione ridotta anche i dispositivi per uso veterinario attraverso l'estensione arbitraria della nozione di «prodotto farmaceutico»⁴⁵. Per risolvere tale questione, la Corte ha applicato le stesse argomentazioni già utilizzate per dimostrare la differenza esistente tra sussidi e «prodotti farmaceutici» per uso umano giungendo alla conclusione della non conformità con il diritto dell'Unione di una norma che assimilava un dispositivo destinato ad essere utilizzato nell'animale al medicinale veterinario⁴⁶. Tale esito è ulteriormente avvalorato dall'osservazione che se il legislatore avesse voluto applicare l'IVA agevolata anche agli strumenti aventi uno scopo zoocurativo o zooprofilattico non avrebbe impiegato il termine «invalido», riservato nel linguaggio comune ai soli essere umani, ma avrebbe menzionato chiaramente il termine veterinario al punto 4 dell'allegato III della Direttiva IVA.

4. Sussidi utilizzati per alleviare le disabilità fisiche dell'essere umano

Un ulteriore punto di contrasto era costituito dal recepimento nella legislazione nazionale dell'imposizione agevolata concessa ai sussidi utilizzati nel trattamento delle disabilità fisiche degli esseri umani. Secondo la Commissione, la disposizione spagnola era in contrasto con la Direttiva IVA dal momento che includeva anche strumenti il cui utilizzo non è esclusivo degli invalidi. A tale obiezione, lo Stato membro ribatteva osservando che la normativa dell'Unione non stabiliva la nozione di «disabilità fisica». Tale mancanza imponeva, quindi, di fare riferimento, anche in ambito fiscale, al concetto approvato in sede OMS secondo il quale «si dovrebbe considerare quale persona disabile qualsiasi persona affetta da una patologia invalidante»⁴⁷. La fiducia che lo Stato membro riponeva in tale definizione di disabilità era probabilmente eccessiva. Infatti, la dottrina aveva già in precedenza osservato che «[l]egal definitions of disability have been an issue of much debate in Europe and around the globe (...). Despite the efforts of the World Health Organization (WHO) which re-

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2012:667, punto 57.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punti 73 e 74.

⁴⁷ *Ivi*, punto 82.

sulted in the new International Classification of Functioning (ICF)⁴⁸, there is no universal international legal definition of disability, nor is there one in any European Union (EU) country»⁴⁹.

L'Avvocato Generale ha ritenuto che, in mancanza di un esplicito riferimento nella normativa IVA, fosse necessario fare riferimento alla decisione n. 2010/48/Ce⁵⁰ con cui l'Unione aveva aderito alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità⁵¹ il cui art. 1, par. 2, definisce disabili «those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others». In base a tale enunciazione, il termine «disabile» descrive una persona affetta da una lesione che impedisce una partecipazione effettiva e durevole alla vita sociale. Tuttavia, il termine non può essere utilizzato come sinonimo di «malato» pur includendo le «menomazioni derivanti da malattie gravi o croniche»⁵².

Di conseguenza, la sentenza ha stabilito anche su questa questione la non conformità della norma nazionale con la Direttiva IVA la quale, come sancito dai giudici in altri punti della stessa pronuncia, stabilisce l'applicazione dell'imposta solo per gli strumenti destinati all'uso personale ed esclusivo degli invalidi. Tale conclusione non può essere messa in discussione dall'osservazione dello Stato membro che alcuni sussidi possono soddisfare le esigenze personali degli invalidi oltre che possedere una destinazione generale. Questa obiezione trascura infatti che la giurisprudenza costante della Corte aveva già in precedenza stabilito che l'applicazione di un'aliquota IVA agevolata ad un bene può essere concessa solo in funzione dell'uso effettivo al quale l'acquirente destinerà tale prodotto⁵³.

⁴⁸ La International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) fu approvata dalla World Health Assembly il 22 maggio 2001 allo scopo di fornire una base universalmente accettata per classificare le conseguenze delle malattie in sostituzione della International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH) del 1980.

⁴⁹ T. DEGENER, *The Definition of Disability in German and Foreign Discrimination Law*, in *Disability Studies Quarterly*, vol. 26, (2), 2006 (<http://dsq-sds.org/article/view/696/873>). Si veda anche European Commission, Directorate-General for Employment and Social Affairs, *Definitions of Disability in Europe. A comparative Analysis*, 2002.

⁵⁰ Decisione del Consiglio, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in *Gu-Ue* n. L 23 del 27 gennaio 2010, p. 35 ss.

⁵¹ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *United Nations Treaty Series*, vol. 2515.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen presentate il 25 ottobre 2012 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2012:667, punto 65.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-360/11, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, EU:C:2013:17, punto 82.

5. Conclusioni

La sentenza oggetto di questo commento non assume solamente un interesse nell'ambito della normativa tributaria, ma permette anche di chiarire il significato di alcuni termini di natura sanitaria non ancora perfettamente delineati dalla legislazione dell'Unione.

La Corte ha infatti stabilito che l'espressione «prodotto farmaceutico» comprende al suo interno il «medicinale» e la materia prima utilizzata per la sua produzione. Tuttavia, la lettera del punto 3 dell'allegato III della Direttiva IVA consente di escludere i principi attivi destinati alla produzione del farmaco permettendo di assoggettare all'aliquota IVA ridotta solo i prodotti e le sostanze somministrabili direttamente «per cure mediche, per la prevenzione delle malattie e per i trattamenti medici e veterinari».

L'analisi della locuzione «apparecchi medici, materiale ausiliario ed altri strumenti medici, normalmente destinati ad alleviare o a curare invalidità per uso personale esclusivo degli invalidi» non può prescindere dalla definizione puntuale di invalido. L'importanza attribuita dall'Unione a tale condizione è stata sottolineata mediante l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali il quale «riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia» anche attraverso l'eliminazione degli ostacoli che ne impediscono la partecipazione alla vita sociale. Nonostante l'interesse dimostrato dal legislatore, la nozione di «disabilità fisica» non è tuttavia definita dalla legislazione dell'Unione sebbene alcuni documenti mettano in risalto la mancanza di indipendenza di tali persone. Questa situazione ha indotto la Commissione ad auspicare che esse «possano fruire della stessa libertà di scelta e dello stesso controllo sulla loro vita quotidiana delle persone non disabili, il che presuppone un ambiente nel quale possano essere più autonome»⁵⁴. Nella sentenza in esame i giudici di Lussemburgo mettono in ulteriore rilievo il collegamento tra la mancanza di autonomia e la disabilità dal momento che includono nella nozione tutte le persone portatrici di «menomazioni derivanti da malattie gravi o croniche», ma non annoverano coloro i quali risentono di transitori stati di necessità durante la malattia o in seguito a conseguenze non invalidanti di patologie di qualsiasi natura.

Federico Forni*

⁵⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - La situazione dei disabili nell'Unione europea allargata: il piano d'azione europeo 2006-2007, Com(2005)604 def., p. 9, par. 3.1.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna

SINTESI

La direttiva n. 2006/112/Ce consente di applicare un'aliquota IVA ridotta ai «prodotti farmaceutici» e ai dispositivi destinati all'uso personale ed esclusivo degli invalidi. La sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-360/11, *Commissione c. Regno di Spagna*, ha chiarito che la nozione di «prodotto farmaceutico», pur più ampia di quella di «medicinale», comprende ai fini dell'imposta solo i prodotti che possono essere utilizzati direttamente dal paziente e non include le materie prime impiegate per la loro produzione. L'obbligo di interpretare ogni espressione nell'accezione abituale non permette di considerare i dispositivi medico-chirurgici o veterinari come «prodotti farmaceutici». Nello stesso tempo, l'aliquota IVA ridotta non può essere applicata agli strumenti utilizzati dai professionisti del settore sanitario, ma solo ai sussidi destinati all'uso personale ed esclusivo degli invalidi, categoria che non comprende tutte le persone disabili.

ABSTRACT

Directive No. 2006/112/EC allows to apply a reduced VAT rate to «pharmaceutical products» and medical devices intended for personal use of disabled people. The ECJ judgment in case No. C-360/11, Commission v. Kingdom of Spain, has clarified that the notion of «pharmaceutical product», although larger than the definition of «medicinal product», can be applied for tax purposes only to products that can be directly used by the patient without including the raw materials used for their production. Moreover, since each expression should be interpreted in its habitual meaning, medical or veterinary devices should not be considered as «pharmaceutical products». At the same time, the reduced VAT rate cannot be applied to medical equipments used by health professionals, but only to instruments devoted to the exclusive personal use of disabled, category which does not include all persons incapacitated by an illness.

**LA CONDIZIONE D'ILLEGALITÀ IN CUI OPERA UN'IMPRESA
PREGIUDICATA DA UN ACCORDO TRA ALTRE IMPRESE
RESTRITTIVO DELLA CONCORRENZA NON INCIDE SULLA
VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI INTESE ANTICOMPETITIVE**

Corte di giustizia

Sentenza del 7 febbraio 2013 in causa n. C-68/12*

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky contro Slovenská sporiteľňa a.s.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 101 TFUE - Divieto *anti-trust* di intese restrittive della concorrenza - Nozione d'intesa - Impresa concorrente che opera sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale - Irrilevanza - Responsabilità dell'impresa per la partecipazione all'intesa di un suo dipendente - Ininfluenza di un comportamento personale o di un mandato specifico del rappresentante statutario - Finalità dell'intesa di ripristino della legalità violata - Non esentabilità.

1. L'art. 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che il fatto che un'impresa lesa da un accordo tra imprese avente ad oggetto una restrizione del gioco della concorrenza operasse sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale al momento della conclusione di tale accordo non incide sulla questione se detto accordo integri una violazione di tale disposizione.

2. L'art. 101, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che per constatare l'esistenza di un accordo restrittivo della concorrenza non è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa oppure l'assenso specifico, in forma di mandato, di tale rappresentante al comportamento di un suo dipendente che abbia partecipato a una riunione anticoncorrenziale.

* EU:C:2013:71, inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 153 ss., il commento di *BERNARDO CALABRESE*.

3. L'art. 101, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che può essere applicato a un accordo vietato ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE soltanto qualora l'impresa che invoca tale disposizione abbia dimostrato che le quattro condizioni cumulative in esso previste sono soddisfatte.

(*Omissis*) **In diritto**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 101 TFUE.

(*Omissis*)

Contesto normativo (*Omissis*)

Procedimento principale e questione pregiudiziale (*Omissis*)

Sulle questioni pregiudiziali

(*Omissis*)

Sulle questioni prima e seconda

14. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare unitamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 101, par. 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che è giuridicamente rilevante la circostanza che un concorrente leso da un accordo di cartello tra altri concorrenti operasse in modo asseritamente illegale sul mercato pertinente al momento della conclusione di tale accordo. (*Omissis*)

16. Occorre ricordare che l'art. 101, par. 1, TFUE, dichiara incompatibili con il mercato interno e vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno.

17. Ai fini dell'applicazione di tale disposizione, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza (sentenze del 13 luglio 1966, *Consten e Grundig c. Commissione*, n. 56/64 e n. 58/64, in *Raccolta*, p. 457, in particolare p. 460; del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, n. C-238/99 P, n. C-244/99 P, n. C-245/99 P, n. C-247/99 P, da n. C-250/99 P a n. C-252/99 P e n. C-254/99 P, in *Raccolta*, I, p. 8375, punto 508, nonché dell'8 dicembre 2011, *KME Germany e a. c. Commissione*, n. C-389/10 P, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 75).

18. L'art. 101 TFUE, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, ma anche la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale (sentenza del 6 ottobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e a. c. Commissione e a.*, n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, in *Raccolta*, I, p. 9291, punto 63).

19. Al riguardo, dalla decisione di rinvio risulta che l'accordo concluso tra le banche interessate aveva specificamente ad oggetto la restrizione del gioco della concorrenza e che nessuna di esse aveva contestato la legittimità dell'attività dell'Akcenta prima che fosse istruita nei loro confronti la causa principale. L'asserita situazione giuridica dell'Akcenta non incide quindi ai fini dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza.

20. Peraltro, spetta alle autorità pubbliche e non a imprese o ad associazioni di imprese private garantire il rispetto delle prescrizioni di legge. La situazione dell'Akcenta, quale descritta dal Governo ceco, testimonia sufficientemente la circostanza che l'applicazione di disposizioni di legge può rendere necessarie valutazioni complesse che non rientrano nella competenza di tali imprese o associazioni di imprese private.

21. In base a tali elementi si deve rispondere alle questioni prima e seconda che l'art. 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che il fatto che un'impresa lesa da un accordo avente ad oggetto una restrizione del gioco della concorrenza operasse sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale al momento della conclusione di tale accordo non incide sulla questione se detto accordo integri una violazione di tale disposizione.

Sulla terza questione

22. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede se l'art. 101, par. 1, TFUE possa essere interpretato nel senso che, per constatare un accordo restrittivo della concorrenza, è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa oppure l'assenso specifico, in forma di mandato, di tale rappresentante, il quale abbia o possa aver partecipato all'accordo restrittivo della concorrenza, al comportamento di un suo dipendente, laddove tale impresa non abbia preso le distanze da un siffatto comportamento e, al tempo stesso, sia stata finanche data attuazione all'accordo. (*Omissis*)

25. Si deve ricordare, al riguardo, che l'applicazione dell'art. 101 TFUE non presuppone l'azione o quanto meno la consapevolezza dei soci o dei dirigenti principali dell'impresa interessata, ma l'azione di una persona che sia autorizzata ad agire per conto dell'impresa (sentenza del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, da n. 100/80 a n. 103/80, in *Raccolta*, p. 1825, punto 97).

26. Peraltro, come la Commissione ha sottolineato, la partecipazione ad accordi vietati dal Trattato FUE costituisce nella maggior parte dei casi un'attività clandestina che non si svolge nel rispetto di regole formali. È raro che il rappresentante di un'impresa partecipi a una riunione munito di un mandato al fine di commettere un'infrazione.

27. Inoltre, conformemente a giurisprudenza costante, quando è accertato che un'impresa ha partecipato a riunioni tra imprese concorrenti aventi un fine anticoncorrenziale, spetta a tale impresa apportare elementi idonei a dimostrare che la sua partecipazione era priva di ogni finalità anticoncorrenziale, dimostrandone

do di aver indicato alle sue concorrenti che essa partecipava a tali riunioni in un'ottica diversa dalla loro. Affinché la partecipazione di un'impresa a una riunione siffatta possa non essere considerata come approvazione tacita di un'iniziativa illecita o come assenso al suo risultato, occorre che tale impresa prenda pubblicamente le distanze da tale iniziativa in modo che gli altri partecipanti considerino che essa pone fine alla sua partecipazione, oppure che denunci tale iniziativa alle autorità amministrative (sentenza del 3 maggio 2012, *Comap c. Commissione*, n. C-290/11 P, punti 74 e 75, e giurisprudenza *ivi* citata).

28. Tenuto conto di tali elementi, si deve rispondere alla terza questione che l'art. 101, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che per constatare l'esistenza di un accordo restrittivo della concorrenza non è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa oppure l'assenso specifico, in forma di mandato, di tale rappresentante al comportamento di un suo dipendente che abbia partecipato a una riunione anticoncorrenziale.

Sulla quarta questione

29. Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede se l'art. 101, par. 3, TFUE debba essere interpretato nel senso che è applicabile a un accordo vietato ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE, il quale per sua natura abbia l'effetto di escludere dal mercato un concorrente individualmente determinato riguardo al quale sia stato successivamente constatato che effettuava operazioni di cambio in forma scritturale sul relativo mercato senza essere in possesso della licenza prescritta al riguardo dalla legge nazionale.

30. Poiché l'art. 101, par. 3, TFUE può essere applicato soltanto una volta che sia stata accertata l'esistenza di un accordo vietato ai sensi di detto art. 101, la risposta della Corte è fondata sulla premessa che un siffatto accertamento sia stato compiuto.

31. Come ricordato dalla Commissione, per poter applicare l'eccezione di cui all'art. 101, par. 3, TFUE, occorre che siano soddisfatte cumulativamente le quattro condizioni previste da tale disposizione. In primo luogo gli accordi devono contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, in secondo luogo essi devono riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, in terzo luogo alle imprese interessate non devono essere imposte restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e, in quarto luogo, tali accordi non devono dare alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti o dei servizi di cui trattasi.

32. Spetta al soggetto che si avvalga di tale disposizione dimostrare, sulla base di argomenti ed elementi di prova convincenti, la sussistenza dei requisiti richiesti per beneficiare di un'esenzione (sentenza *GlaxoSmithKline Services e a. c. Commissione e a., cit.*, punto 82).

33. Nelle sue osservazioni, la Slovenská sporiteľňa rileva che il fatto che un accordo anticoncorrenziale abbia il fine di impedire che un altro concorrente agisca in maniera illecita sul mercato in quanto non è in possesso dell'autoriz-

zazione richiesta dovrebbe giustificare l'applicazione dell'eccezione prevista all'art. 101, par. 3, TFUE, dal momento che un siffatto accordo protegge, secondo tale impresa, le condizioni di una concorrenza sana e mira dunque, in senso più ampio, a promuovere il progresso economico ai sensi di tale disposizione.

34. Si deve constatare che la Slovenská sporiteľňa invoca soltanto una delle quattro condizioni cumulative di cui all'art. 101, par. 3, TFUE.

35. Anche se tale condizione fosse soddisfatta, non sembra che l'accordo controverso nella causa principale soddisfi le altre tre condizioni richieste e, in particolare, la terza, secondo cui un accordo non deve imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi indicati dalla prima condizione prevista all'art. 101, par. 3, TFUE. Infatti, pur se il motivo invocato dalle parti di tale accordo era stato quello di costringere l'Akcenta a rispettare la legislazione slovacca, queste ultime, come ricordato al punto 20 della presente ordinanza, avrebbero dovuto presentare una denuncia al riguardo presso le autorità competenti e non escludere esse stesse dal mercato tale impresa concorrente.

36. Da tali elementi risulta che l'art. 101, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che può essere applicato a un accordo vietato ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE soltanto qualora l'impresa che invoca tale disposizione abbia dimostrato che le quattro condizioni cumulative in esso previste sono soddisfatte.

(Omissis)

BOICOTTAGGIO CONCORRENZIALE CONCERTATO E AUTOTUTELA PRIVATA *ANTITRUST* AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *Contesto della sentenza* - 3. *Boicottaggio collettivo e disciplina antitrust* - 4. *Autotutela escludente a fini di ripristino della legalità violata e lesività anticompetitiva per oggetto* - 5. *Eventuale giustificabilità esentativa della c.d. illegality defence in senso proconcorrenziale o extraconcorrenziale* - 6. *Il consolidato regime antitrust di responsabilità dell'impresa per la partecipazione a cartelli anticompetitivi.*

1. Introduzione

Con la pronuncia in esame, scaturita da un tutt'altro che frequente rinvio pregiudiziale in materia *antitrust*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha colto l'occasione per formulare uno specifico principio di diritto su di un profilo non propriamente centrale, ma, nondimeno, autonomamente rilevante nell'ambito della disciplina comunitaria sulle intese anticompetitive¹.

Segnatamente, la problematica oggetto di decisione investe il rapporto tra l'operatività dei comandi precettivi posti dai Trattati a tutela della concorrenzialità del mercato e l'eventuale condizione di illegalità che connota la posizione imprenditoriale dei soggetti concorrenti pregiudicati dalla condotta sindacata. In particolare, tre dei quattro quesiti interpretativi posti dal giudice *a quo* riguardano diverse sfaccettature di questo tema, mentre la restante richiesta d'intervento ermeneutico concerne separatamente la

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 2013 in causa n. C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2013:71; per uno specifico commento v. H. KÜHNERT - I. AUGUSTINIČ, *Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycotts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 314 ss.; L. IDOT, *Notion d'entente. Le fait que l'entreprise victime d'une entente opère sur le marché d'une manière prétendument illégale ne fait pas disparaître l'infraction, in Europe*, 2013, p. 31 ss.; G. DECOCQ, *La légitime défense ne justifie pas le boycott*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2013, p. 23 ss. La sentenza è stata annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 154.

valutazione d'imputabilità soggettiva della concertazione agli operatori coinvolti sul piano partecipativo, nel solco di direttrici applicative considerate peraltro ormai pacifiche dalla stessa giurisprudenza comunitaria.

Può già anticiparsi come la sentenza in oggetto non appaia di certo rivoluzionaria, risultando, anzi, alquanto scontata sia nell'approdo interpretativo sancito sia nella costruzione argomentativa utilizzata per raggiungerlo. Tuttavia, la strutturale semplicità di questa pronuncia, dovuta anche alle incontroverse caratteristiche fattuali e contestuali del caso di specie, non deve trarre in inganno: infatti, la questione giuridica affrontata non può venire sottostimata solo perché prontamente risolta dai giudici lussemburghesi (addirittura senza l'ausilio dell'Avvocato Generale)², meritando invero una disamina approfondita, al di là dello stretto dato testuale, per le implicazioni sistematiche che dalla stessa scaturiscono sul piano della ricostruzione generale del diritto della concorrenza dell'Unione europea nelle sue regole normative e nei suoi scopi istituzionali.

2. Contesto della sentenza

Prima di scendere nel dettaglio del ragionamento interpretativo svolto in diritto dalla Corte di giustizia, pare opportuno segnalare i fatti che caratterizzano la controversia, in quanto costituiscono un fattore non secondario alla base della rilevata stringatezza della sentenza qui esaminata.

Come anticipato, la causa in sede comunitaria si presenta come rinvio pregiudiziale d'interpretazione rispetto ad un procedimento *antitrust* di competenza nazionale, sollevato in via obbligata dalla suprema corte locale, ivi adita in sede di appello, a cagione del suo collocarsi in posizione di ultima istanza. Più precisamente, a monte di tale incidente processuale sta l'esperimento di due gradi decisionali innanzi all'autorità amministrativa garante e di due ulteriori gradi di ricorso alla giurisdizione ordinaria con riferimento ad una condotta concertativa conclusa nel settore dei servizi bancari e finanziari.

² In questo senso v. quanto riportato nell'intestazione introduttiva al corpo della sentenza. L'opzione procedurale in questione è prevista dall'art. 20, comma 5, del Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, allegato ai Trattati, come da ultimo modificato dal Regolamento (UE, Euratom) n. 741/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 agosto 2012, in *Gu-Ue* del 23 agosto 2012, L 228/1, secondo cui «ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni dell'avvocato generale»; sull'argomento v. istituzionalmente P. BIAVATI, *Diritto Processuale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 192 ss.

In sintesi, al netto della necessaria approssimazione di cui al resoconto dei giudici comunitari, il quadro concorrenziale appare sufficientemente delineato nel contrapporre, da un lato, una società ceca non bancaria che svolge servizi consistenti in operazioni di cambio in forma scritturale e, dall'altro lato, tre istituti bancari slovacchi con i quali detta impresa intratteneva rapporti negoziali. L'intesa oggetto di investigazione consiste nella determinazione concorde delle suddette banche di risolvere congiuntamente e simultaneamente i contratti relativi ai conti correnti concessi alla società ceca, al fine di impedirne la relativa offerta di prestazioni finanziarie sul mercato slovacco dei cambi, rispetto a cui, deduttivamente, le banche stesse ricoprono una posizione competitivamente rivale.

Il riscontro di una concertazione effettiva alla base del coordinamento delle strategie contrattuali e la funzionalizzazione delle stesse verso un intento anticoncorrenziale escludono il cerchio, conducendo all'inevitabile esito di una sanzione irrogata dall'autorità *antitrust* slovacca, poi contestata con fortune alterne nei successivi mezzi di impugnazione amministrativa e giurisdizionale³.

Ciò che più importa a fini di commento è che, a quanto consta, tali aspetti fattuali non sono posti in dubbio nemmeno dagli operatori bancari in causa. Ad esempio, non si nega l'avvenuta riunione cospirativa, ma si discute del rapporto soggettivo di preposizione dei relativi rappresentanti aziendali; ancora e soprattutto, non si dibatte della natura propriamente escludente del disegno competitivo attuato con la condotta sindacata, bensì se ne assume l'inconsistenza restrittiva o comunque la giustificabilità esimente. In particolare, le banche slovacche invocano a propria difesa la condizione di illegittimità operativa dell'intermediario ceco danneggiato, il quale avrebbe prestato i propri servizi finanziari senza le dovute autorizzazioni di legge e, conseguentemente, non meriterebbe di beneficiare di alcuna tutela concorrenziale⁴.

Dunque, la nettezza delle premesse spiega il tenore circoscritto dei quesiti di rinvio interpretativo e, a cascata, la portata essenziale della risposta fornita dalla Corte di giustizia. Tuttavia, le problematiche giuridiche solle-

³ Più precisamente, se dopo i due gradi di procedimento amministrativo in seno all'autorità *antitrust* slovacca la decisione sanzionatoria era stata pienamente confermata, il Tribunale di prima istanza ne aveva invece ribaltato l'esito annullando le relative condanne (in verità solo verso una delle banche coinvolte, ossia la Slovenská sporiteľňa sopra citata come parte in causa, in quanto le altre non avevano continuato l'*iter* impugnatorio) e rinviando la questione all'autorità garante stessa, la quale ha poi autonomamente impugnato quest'ultima sentenza di fronte alla suprema corte nazionale ove appunto si è proceduto a riferire rinvio pregiudiziale d'interpretazione (v. punti 4-12 della sentenza in commento).

⁴ V. conformemente punto 11, sentenza *loc. cit.*

vate dalla presente controversia possiedono un respiro più ampio, a partire dalla stessa fattispecie concertativa destinataria di sanzione *antitrust*.

3. Boicottaggio collettivo e disciplina *antitrust*

In prima battuta, è immediato ricondurre il comportamento strategico delle banche slovacche alla generale figura del boicottaggio⁵, inteso come deliberato rifiuto (in questo caso in via temporaneamente successiva) di intrattenere rapporti negoziali con una determinata controparte economica al fine di bloccarne l'attività concorrenziale⁶. Esso è tradizionalmente distinto in boicottaggio primario, ove il rifiuto si palesa nelle relazioni imprenditoriali dirette tra boicottante e boicottato, e secondario, ove invece l'ostacolo commerciale sia innalzato tramite l'induzione al rifiuto di interposti operatori terzi, senza che peraltro tale suddivisione meramente descrittiva generi effettive conseguenze sul piano del trattamento giuridico⁷.

⁵ Per un primo inquadramento generale dell'istituto (nonché per un richiamo alle peculiari origini storiche del termine) cfr. V. MENESINI, voce *Boicottaggio* (*dir. comm.*), in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1988, vol. V, p. 1, il quale definisce sincreticamente l'essenza del boicottaggio concorrenziale come «tentativo (...) di impedire l'accesso o la permanenza sul mercato di uno o più imprenditori concorrenti»; per quanto riguarda invece gli approfondimenti monografici sul tema (benché inevitabilmente incentrati con maggiore attenzione sui profili di concorrenza sleale), deve risalirsi alle fondamentali opere di P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, Cedam, 1969, e G. SENA, *Il boicottaggio. Un aspetto della disciplina della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 1970; infine, per una più recente ricostruzione dell'argomento con specifico riguardo all'ambito *antitrust* v. le considerazioni contenute in R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, Zanichelli, 1990, p. 239 ss.

⁶ Per esempi di applicazione giurisprudenziale della figura del boicottaggio nell'ambito della disciplina sulle intese anticoncorrenziali in sede comunitaria v. sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002 in causa n. T-23/99, *LR AF 1998 A/S, già Løgstør Rør A/S c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 1705, EU:T:2002:75, commentata da S. POILLOT-PERUZZETTO, *Confirmation par le TPICE des condamnations dans le secteur des conduites pré-calorifugées*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2002, VIII-IX, p. 29 ss.); sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002 in causa n. T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 1487, EU:T:2002:70, commentata da N. FALCONE, *Concurrence. Arrêt "HFB Holding"*, *RDUE*, 2002, p. 398 ss.; mentre in sede nazionale v. sent. Cass., sez. I, del 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 456 ss., con nota di V. CARBONE, *Attività di boicottaggio e restrizione della concorrenza*; sent. C. App. Milano, dell'11 luglio 2003, in *Il Dir. ind.*, 2004, p. 157 ss., con nota di G. FAELLA, *Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale*; ord. C. App. Milano, del 30 aprile 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 646 ss., con nota di S. BASTIANON, *Responsabilità per danni da boicottaggio. Boicottaggio e diritto antitrust*.

⁷ Tale tradizionale classificazione trova riscontro anche in giurisprudenza: v. da ultimo sent. Trib. Bologna, del 22 giugno 2010, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 2010, p. 703 ss., ove si afferma che «il boicottaggio, annoverabile tra le violazioni dei principi di correttezza professionale di cui all'art. 2598 n. 3 c.c., viene normalmente realizzato con l'induzione alla violazione di rapporti in atto, ovvero con l'impedimento di future relazioni commerciali, attuato direttamente o tramite l'esercizio di pressioni su altri imprenditori affinché si astengano da rapporti commerciali al fine di estromettere un operatore economico dal mercato o ostacolarne

Se tale classificazione definitoria può apparire appagante, ad una più attenta disamina emerge come la categoria concettuale del boicottaggio si collochi in maniera assolutamente trasversale rispetto al vaglio di legittimità *antitrust*. Infatti, è unanime l'opinione che descrive il boicottaggio come condotta tendenzialmente neutra, priva di un autonomo significato concorrenziale, in quanto intrinsecamente strumentale ad una presupposta strategia commerciale; sarà poi quest'ultimo intento finalistico, nella sua natura eventualmente anticompetitiva, a trasmettere la rispettiva connotazione d'invalidità ai comportamenti negoziali, in ragione della loro relazione di mezzo a scopo⁸.

Così, ogni rifiuto di contrarre può potenzialmente essere letto in chiave di boicottaggio, senza che ciò ne influenzi la valutazione di legittimità: invero, compatibili con questa definizione sono sia rimedi di autodifesa contrattuale assolutamente leciti sia schemi attuativi di integrazione aziendale o persino di regolamentazione associativa altrettanto ammissibili sia, infine, dolose prevaricazioni manifestamente proibite⁹.

Tale ambivalenza interpretativa del boicottaggio come categoria concorrenziale trova riscontro anche in giurisprudenza, dove non mancano riferimenti alla natura mutevolmente strumentale (e quindi alla corrispondente qualificazione eteronoma) di siffatta condotta negoziale¹⁰. Non a ca-

la permanenza (c.d. boicottaggio secondario)»; per un'esposizione di questa distinzione descrittiva nel contesto di una complessiva trattazione della figura del boicottaggio a cavallo tra disciplina *antitrust* e sulla concorrenza sleale v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca - Galgano*, diretto da G. DE NOVA, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2012, p. 1163 ss.

⁸ V. così per tutti R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit. supra, nota 5, p. 241, il quale nota enfaticamente che «non ci vuol molto per rendersi conto che il boicottaggio è un metodo di "self-help enforcement", sostanzialmente trasparente rispetto al fine che con esso s'intende perseguire. E non è un punto scontato che tale fine sia anticompetitivo»; in senso conforme v. innanzitutto R. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 238 ss., al quale si deve l'espressione "self-help enforcement" appena richiamata. L'A. prosegue evidenziando che «the antitrust boycott cases involve an extraordinarily heterogeneous body of practices, many of which are not exclusionary in any sense relevant to antitrust policy»; ancora, confermano la natura essenzialmente strumentale del boicottaggio rispetto a polivalenti finalità concorrenziali G. FAELLA, *Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale*, cit. supra, nota 6, p. 170 ss.; S. BASTIANON, *Responsabilità per danni da boicottaggio. Boicottaggio e diritto antitrust*, cit. supra, nota 6, p. 646 ss.

⁹ Come esemplificazione più estrema di questa qualificazione potenzialmente amplissima del boicottaggio v. R. H. BORK, *The antitrust paradox*, New York, Free Press, 1993, p. 330 ss., il quale rileva paradossalmente che anche i casi di uno studio legale associato ove si decide di non prestare la propria opera a favore di un cliente, o addirittura di una lega sportiva ove le squadre partecipanti si impegnano a non giocare incontri con società non affiliate, dovrebbero considerarsi come ipotesi di boicottaggio collettivo in quanto basate su di un rifiuto concertato di contrattare (argomento invero avanzato al fine di scardinare la concezione del boicottaggio stesso come ipotesi illecita *per se*).

¹⁰ A livello nazionale v. in questo senso sent. Trib. Napoli, del 21 maggio 2004, secondo cui «il rifiuto di contrattare, che appaia ragionevole, corrispondente ad un oggettivo interesse

so si rileva, soprattutto nell'ordinamento d'oltreoceano, un profondo dibattito sulla necessità di temperare il giudizio *antitrust* riguardo questa fattispecie in termini di maggiore flessibilità¹¹.

Al fine di tracciare un quadro ordinato, pare opportuno procedere ad una breve presentazione tassonomica dei diversi sottotipi riconducibili alla generale categoria del boicottaggio. In tal modo, è possibile individuare gli specifici elementi che caratterizzano le singole figure ivi ricomprese e, sulla base di queste caratteristiche, valutarne più precisamente la compatibilità competitiva.

A tal proposito, si ritiene di condividere la puntuale ricostruzione offerta da un filone dottrinale nordamericano, il quale propone di suddividere le varie ipotesi riconducibili al boicottaggio secondo diversi criteri strutturali¹².

dell'organizzazione imprenditoriale e non diretto allo scopo esclusivo di escludere il concorrente dal mercato, non integra gli estremi del boicottaggio» (in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 163 ss., con nota di V. FRANCESCHELLI, *Considerazioni su boicottaggio, concorrenza interferente e obbligo a contrarre del titolare del brevetto*). A tal proposito, deve incidentalmente precisarsi come nella dimensione giurisprudenziale interna la figura del boicottaggio trovi maggiore riscontro nell'ambito della disciplina sulla concorrenza sleale; per una riflessione sulla duplice sussumibilità della fattispecie di boicottaggio entro i canoni delle rispettive branche dell'ordinamento *lato sensu* concorrenziale v. specificamente G. FLORIDIA, *Boicottaggio e libertà d'impresa* (commento a sent. Trib. Napoli, del 23 luglio 2003), in *Il Dir. ind.*, 2004, p. 276 ss.; sullo stesso tema in via generale v. anche A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 124 ss.; nonché A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. *supra*, nota 7, p. 1163, il quale opportunamente mette in risalto come proprio il boicottaggio sia una fattispecie tipicamente plurioffensiva di illecito concorrenziale, come tale passibile di cumulo tra le diverse discipline richiamate.

¹¹ Nel contesto del sistema *antitrust* statunitense, il dibattito interpretativo si è instaurato sull'originale qualificazione giurisprudenziale delle fattispecie di *group boycott* o *concerted refusal to deal* come *illegal per se*, poi progressivamente virata verso la prospettazione per siffatte condotte di uno scrutinio più o meno ampio secondo la *rule of reason*; per una puntuale ricostruzione della relativa evoluzione casistica v. K. H. HYLTON, *Antitrust Law. Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 166 ss.; mentre per una rassegna delle voci dottrinali intervenute sul punto v. da ultimo K. L. GLAZER, *Concerted Refusal to Deal Under Section 1 of the Sherman Act*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 1 ss.; E. S. JACOBSON, *The Next Logical Step: Articulating a Consumer-Oriented Standard for Evaluating Concerted Refusals to Deal*, in *Rutgers Law Review*, 2001, p. 745 ss., fino ai più datati P. C. KISSAM, *Antitrust Boycott Doctrine*, in *Iowa Law Review*, 1985, p. 1165 ss.; J. W. HADDON, *Three Exceptions to the Per Se Rule against Boycotts*, in *Boston University Law Review*, 1985, p. 165 ss.; J. P. BAUER, *Per Se Illegality of Concerted Refusal to Deal: a Rule Ripe for Reexamination*, in *Columbia Law Review*, 1979, p. 685; A. C. HORSLEY, *Per Se Illegality and Concerted Refusal to Deal*, in *Boston College Law Review*, 1972, p. 484 ss.

¹² Trattasi segnatamente della ricostruzione proposta da K. L. GLAZER, *Concerted Refusal to Deal Under Section 1 of the Sherman Act*, cit. *supra*, nota 11, p. 1, il quale introduttivamente illustra che «For many years, courts and commentators have bemoaned the confusion surrounding the treatment of "group boycotts" under antitrust law. [...] The harm comes from the fact that the term used to describe this category is so loaded. As one court put it, using the term "boycott" is "the equivalent of yelling 'fire' in the halls of traditional antitrust jurisprudence. Despite the widespread recognition of the problem, neither courts nor commentators have made any material progress in separating the cases into meaningful categories. In other words, by and large, they have not gone beyond unfocused complaining about the use of a single label for a diverse group of cases. [...] But that is a far cry from a systematic taxonomy

Innanzitutto, data come presupposta la dicotomia tra accordi concertati e condotte unilaterali, la quale evidentemente risponde ai distinti paradigmi applicativi delle intese anticompetitive e dell'abuso di posizione dominante, il caso di specie porta a focalizzarsi solo sulla prima macrofattispecie di c.d. boicottaggio collettivo o rifiuto concertato di contrarre (*group boycott* o *concerted refusal to deal* secondo la rispettiva nomenclatura anglosassone). Ciò elimina dal campo d'indagine le delicate riflessioni sulla legittimità competitiva di condotte monosoggettive in termini di autonomia contrattuale negativa, associate per lo più al vituperato tema dell'*essential facility* a fronte di diritti di proprietà immateriale¹³.

Quindi, restringendo l'attenzione alla sola dimensione della concertazione interimprenditoriale, si apprezza come il boicottaggio collettivo possa qualificarsi secondo diverse prospettive.

In primo luogo, in ragione dell'intento finalistico, si distingue tra boicottaggio collusivo, ossia mirato a diminuire il grado di competizione tra le parti dell'accordo stesso al fine di replicare effetti paramonopolistici sui prezzi o altre condizioni economiche dell'offerta, e boicottaggio escluden-

of boycott cases--which is what is needed. Such a taxonomy is eminently feasible because, while the "boycott" cases are a diverse lot, not every case is *sui generis*».

¹³ A livello giurisprudenziale, non si può fare a meno di citare i *leading case* comunitari in materia: v. sentenza del Tribunale di primo grado del 17 settembre 2007 in causa n. T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2007, II, p. 3601, EU:T:2007:289, commentata a più voci in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, da R. J. PERITZ, *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, p. 523 ss., S. D. ANDERMAN, *Microsoft e il problema dell'interoperabilità*, p. 569 ss., R. PARDOLESI - A. RENDA, *Kill Bill Vol. 2*, p. 575 ss.; nonché come collegato seguito sentenza del Tribunale di primo grado del 27 giugno 2012 in causa n. T-167/08, *Microsoft Corp. c. Commissione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:T:2012:323, commentata da S. BARAZZA, *Commission v Microsoft: How to Set Reasonable Rates for Access to Interoperability Information and Evaluate their Innovative Character?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 55 ss.; sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004 in causa n. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 5039, EU:C:2004:257, commentata da S. BASTIANON, *Il caso "IMS": abuso di posizione dominante o legittimo esercizio del diritto d'autore?*, in *Foro it.*, 2004, c. 361 ss.; sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998 in causa n. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigenvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7791, EU:C:1998:569, commentata da R. PILLITTERI, *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 1024 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 469; sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1995 in cause n. C-241/91 P e n. C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 743, EU:C:1995:98, commentata da L. ZAGATO, *Magill, lo scioglimento di un arcano*, in *AIDA*, 1995, p. 267 ss.; in generale, per una compiuta analisi del tema del rifiuto unilaterale di contrarre in ambito concorrenziale, anche con particolare riguardo alla problematica dell'*essential facilities doctrine*, v. V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, Giappichelli, 2003.

te, il quale invece è rivolto principalmente ad eliminare dal mercato operatori terzi, in modo da disinnescare il relativo confronto concorrenziale¹⁴.

Tale distinzione primaria, invero, non deve limitarsi ad un orizzonte meramente descrittivo, ma deve spingersi fino alle opportune conseguenze pratiche: segnatamente, solo questi ultimi casi possono essere qualificati come boicottaggio in senso proprio, essendo l'obiettivo dell'altrui esclusione concorrenziale il vero momento caratterizzante la suddetta fattispecie *antitrust* sul piano ontologico¹⁵, mentre i primi poggiano immediatamente su di un diverso disegno di coordinamento concertato dell'offerta, rispetto a cui il rifiuto di contrarre verso l'esterno si pone solamente come inscindibile corollario attuativo della collusione¹⁶.

Ciò posto, all'interno dei confini del boicottaggio a carattere escludente, può poi procedersi a discernere le singole ipotesi in forza del rapporto

¹⁴ Così, si riporta esemplificativamente come anche un sistema concertativo cartellistico includa sempre una componente di rifiuto concertato di contrattare (fuori dalle condizioni economiche pattuite), senza che perciò l'intento escludente prevalga sulla principale finalità collusiva in sede di qualificazione della fattispecie anticoncorrenziale: in via espressa v. K. L. GLAZER, *Concerted Refusal to Deal Under Section 1 of the Sherman Act*, cit. supra, nota 11, p. 6, il quale testualmente evidenzia che «every typical price-fixing conspiracy includes, implicitly or explicitly, a boycott element – an agreement that the conspirators will not sell to customers except on the agreed-upon terms. Otherwise, the conspiracy generally will fail, as "cheating" brings it crashing down. Nevertheless, the mere presence of a boycott element does not mean that such an agreement should be placed in the "boycott" category suggested by exclusionary cases»; formalmente differente ma concettualmente analoga la dicotomia già proposta a suo tempo da P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit. supra, nota 5, p. 16-17, il quale distingue due fondamentali forme finalistiche in queste generali ipotesi di rifiuto di contrattare, classificabili come «boicottaggio d'annientamento» e «boicottaggio di condizionamento», così rispettivamente definite: «l'isolamento cui si può giungere attraverso il boicottaggio economico mira o all'eliminazione dal mercato del boicottato (nel caso di un imprenditore che si accinga ad entrare in un mercato, alla costrizione ad abbandonare l'iniziativa), ovvero ad imporre al boicottato stesso l'allineamento alle condizioni (prezzi, organizzazione delle vendite, pubblicità, ecc.) dettate dal promotore del boicottaggio».

¹⁵ In questo senso v. puntualmente K. L. GLAZER, *Concerted Refusal to Deal Under Section 1 of the Sherman Act*, cit. supra, nota 11, p. 9, il quale considera i casi di «true exclusionary boycotts» come «the heart of the boycott concept»; su posizioni conformi v. anche G. SENA, *Il boicottaggio. Un aspetto della disciplina della concorrenza*, cit. supra, nota 5, p. 81, il quale perviene a riconoscere esplicitamente che «elemento caratteristico del boicottaggio è dunque la esclusione di un soggetto determinato (detto appunto boicottato) da determinati rapporti. La esclusione (intesa come atto dell'escludere) costituisce il nucleo centrale, comune a tutte le ipotesi di boicottaggio, le quali si distinguono fra loro in relazione ai modi di realizzazione di tale atto».

¹⁶ A tal proposito, pone l'accento sulla necessità di un vaglio *antitrust* per analogia sull'intenzionalità anticoncorrenziale di condotte di boicottaggio non "naked" ma associate a più complesse strategie di concertazione imprenditoriale P. C. KISSAM, *Antitrust Boycott Doctrine*, cit. supra, nota 11, p. 1202 ss.; per una ricostruzione difforme v. invece R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit. supra, nota 5, p. 243, il quale presenta un approccio più scettico sulla riscontrabilità di un'illegittimità *antitrust* per gli effetti escludenti ricollegabili alle ipotesi di boicottaggio al di fuori di meccanismi rafforzativi di un impianto cartellistico, salvo poi giustificare la propria posizione non in ragione di un'irrelevanza di principio dell'esclusione concorrenziale così perpetrata, quanto sulla base di un'inferita inattitudine tendenziale di queste condotte ad alterare la complessiva struttura concorrenziale del mercato.

di concorrenza diretta tra le parti dell'accordo e il destinatario della condotta impeditiva (ragionando in termini di boicottaggio rivale o non rivale); ancora, possono diversificarsi ulteriori ipotesi a seconda che il rifiuto si instauri su relazioni commerciali dirette ovvero intervenga come diniego di accesso a forme più o meno associative di azione imprenditoriale collettiva¹⁷.

È chiaro che, in ciascuna di queste situazioni, l'effetto escludente riceverà letture differenti, essendo diversi i contesti concorrenziali di riferimento: così, in via astratta, è intuitivo considerare maggiormente pregiudizievole in senso anticompetitivo la negazione concertata di rifornire un rivenditore concorrente per motivi puramente inerenti alla rivalità stessa, rispetto al rigetto di ammettere un operatore all'interno di un'associazione, o financo di una *joint venture*, in conformità alle linee gestionali decise collettivamente¹⁸.

¹⁷ V. ancora K. L. GLAZER, *Concerted Refusal to Deal Under Section 1 of the Sherman Act*, cit. *supra*, nota 11, p. 13, il quale invero all'esito della sua elaborazione sulla casistica giurisprudenziale statunitense propone una ricostruzione tassonomica ancor più complessa («These distinctions and sub-distinctions for exclusionary boycotts give rise to the following classification system: I. Rival-directed Boycotts A. Refusals to deal with customers or suppliers . . . 1. that do business with a rival or 2. that is trying to compete against the conspirators. B. Exclusion of a competitor from a . . . 1. network joint venture or purchasing, production, or distribution joint venture 3. joint venture formed for the purpose of entering into exclusive deal with customer or supplier 4. a trade association. II. Non-rival-Directed Boycotts A. instigated by the solo rival of the plaintiff B. instigated by the non-rivals of the plaintiff»).

¹⁸ In questo senso v. C. OSTI, *Il diritto della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 101 ss., il quale presenta una serie di fattispecie concorrenziali rientranti nel novero delle intese orizzontali, per le quali sono riscontrabili effetti escludenti potenzialmente riconducibili al concetto di boicottaggio collettivo, ma che risultano tendenzialmente capaci (ove correttamente strutturate) di ricevere una giustificazione procompetitiva in ragione delle rispettive efficienze beneficali: particolarmente emblematica ai fini del presente discorso l'ipotesi ivi richiamata concernente gli accordi per l'ammissione e la regolamentazione di manifestazioni fieristiche, riguardo cui si illustra che «anche in questo caso, da una parte, possono darsi situazioni nelle quali la concorrenzialità di un'impresa risulta pregiudicata dall'esclusione da una manifestazione fieristica e, dall'altra, la funzione proconcorrenziale di tali fiere rende necessario mantenere in capo all'ente organizzatore una certa funzione di coordinamento e di direzione, compresa la capacità di escludere le imprese che non abbiano i requisiti utili al fine della riuscita della manifestazione». Ovviamente, resta fermo il dato per cui ove l'associazione imprenditoriale sia utilizzata strumentalmente per scopi manifestamente anticoncorrenziali di eliminazione dal mercato di operatori indesiderati, a tale mancanza di oggettive giustificazioni competitive non potrà che seguire un giudizio di illiceità *antitrust* della misura escludente così adottata: su questa linea v. sent. C. App. Milano del 29 settembre 1999, in *Guida al diritto*, 1999, fasc. 41, p. 68 ss., con nota di E. SACCHETTINI, *L'invito a risolvere i contratti di fornitura costituisce un'illecita attività di boicottaggio*, secondo cui «l'attività posta in essere da un'associazione nazionale di categoria professionale, alla quale abbia aderito il consiglio nazionale dell'ordine professionale, diretta ai singoli professionisti per indurli a rescindere i contratti di fornitura e di assistenza in essere con una casa di software, in quanto tendente ad escludere la casa di software da una rilevante quota di mercato nazionale, viola l'art. 2, 2° comma, lett. b) e d), l. n. 287/90 in quanto costituisce intesa avente ad oggetto di restringere in maniera rilevante il gioco della concorrenza mediante il rifiuto concertato di contrattare».

Benché la schematizzazione così approssimata possa apparire di scarsa efficacia, essa aiuta a mettere ordine nel variegato insieme fattuale tradizionalmente ricondotto alla categoria del boicottaggio concertato. Ma soprattutto, muovendo al di là del contesto in cui è stata formata¹⁹, tale tassonomia pare svolgere un ruolo importante nel mettere in risalto quello che è il fulcro sostanziale del vaglio di legittimità *antitrust* del boicottaggio collettivo: vale a dire, l'obiettivo prettamente lesivo sotteso all'effetto escludente in danno dell'operatore terzo, in contrapposizione alla sua giustificabilità concorrenziale in ragione di legittime strategie imprenditoriali più ampie, rispetto a cui l'esclusione avversaria si pone come conseguenza collaterale, e non come risultato direttamente perseguito²⁰.

Dunque, l'approccio ermeneutico suesposto pare in ultimo quello più corretto, in quanto incentrato sul significato competitivo della condotta boicottante nella sua valenza autonomamente escludente. Come tale, siffatto criterio risulta idoneo a distinguere la varietà di ipotesi riconducibili a questa figura generica in ragione delle loro diverse caratteristiche strut-

¹⁹ L'accentuato livello di dettaglio con cui è imbastita la citata ricostruzione tassonomica è evidentemente dovuta al particolare contesto applicativo dell'ordinamento statunitense e alle macroscopiche differenze in termini di conseguenze pratiche discendenti dai diversi canoni valutativi della *per se illegality* o della *rule of reason* di cui al vaglio di legittimità *antitrust*; per una riprova di tale inevitabile approccio puntuale, in quanto orientato all'applicazione giurisprudenziale casistica, della riflessione nordamericana con specifico riferimento anche ai casi di boicottaggio collettivo v. J. T. HALVERSON, *The Direction of Antitrust in the Decade Ahead. Some Predictions: the Future of Horizontal Restraints Analysis*, in *Antitrust Law Journal*, 1988, p. 33 ss.

²⁰ Esprime il preminente disvalore concorrenziale dell'obiettivo immediatamente escludente nell'ambito del controllo di legittimità *antitrust* sulle generali ipotesi di boicottaggio collettivo G. FAELLA, *Boicottaggio collettivo, risarcimento del danno e tutela giurisdizionale*, cit. *supra*, nota 6, p. 170 ss., il quale rileva che «d'intervento dell'*antitrust* pare altresì giustificato laddove il boicottaggio collettivo, pur non essendo strumentale all'attuazione di un'autonoma intesa restrittiva, miri ad escludere altre imprese dal mercato, in assenza di giustificazioni oggettive». A tal proposito, sul ruolo decisamente primario della finalità di esclusione competitiva nell'ambito della valutazione sulla compatibilità concorrenziale del boicottaggio si ritiene opportuno richiamare un precedente ormai datato ma particolarmente pregnante per l'attenzione dedicata a questo peculiare profilo di direzione antigiusuridica della condotta: in specie v. sent. Cass., sez. I, del 26 giugno 1973, n. 1829, in *Foro it.*, 1973, c. 3371 ss., ove si riconosce che «anche se non possa ritenersi (...) che il boicottaggio secondario sia ex se civilmente illecito (e cioè lesivo del diritto a non essere ostacolati nell'esercizio di un'attività economica), non può escludersi la necessità della realizzazione di una diversità di trattamento giuridico se, con l'elemento causale oggettivo, concorra un elemento finalistico subiettivo, diretto alla lesione di interessi tutelati dalla legge (contra ius). E tale elemento deve ritenersi sussistente quando ricorra, come nel caso di specie, la preordinazione e la deliberata (specifica) programmazione dell'eliminazione di un operatore economico dal mercato, per il conseguimento di un intento (emulativo) contrastante con i principi dell'ordine legislativo. Per modo che, pur essendo priva di rilevanza la soppressione della libertà (di iniziativa economica privata) altrui, quando la stessa intervenga come conseguenza sociale dell'esercizio della propria libertà (...), non può ritenersi altresì irrilevante sul piano giuridico l'azione preordinata e programmata all'unico ed esclusivo fine di sopprimere la libertà altrui».

turali ed economiche, cui sono inscindibilmente legate le relative ricadute effettuali in termini di incompatibilità o ammissibilità *antitrust*²¹.

Ciò trova immediato riscontro nel caso di specie, ove la restrittività dell'intesa sindacata è ricollegata all'intento delle banche slovacche di escludere dal mercato l'intermediario ceco, intento evidentemente sotteso alla convenuta chiusura sincronizzata dei relativi conti correnti e, pertanto, opportunamente giudicato come illegittimo.

Di più, la proposta impostazione non contrasta neppure con la citata laconicità caratterizzante il giudizio della Corte, la quale in effetti non si è spesa in alcuna distinzione definitoria in materia di boicottaggio. Infatti, tale assenza dipende non tanto da un rigetto di valore interpretativo, quanto dal fatto che la controversia non presentava sfumature di sorta, essendo costituita da un palese comportamento escludente la cui valenza lesiva risultava totalmente incontestata²².

In ultimo, tale ricostruzione aiuta anche a spiegare quell'ulteriore profilo della decisione ove non si è esitato a qualificare l'intesa sindacata come anticompetitiva già per oggetto, e non solo per effetto. Questa distinzione, classicamente tipica dell'ordinamento *antitrust* europeo (ma non per questo meno dibattuta)²³, comporta com'è noto regimi applicativi e

²¹ Nell'attuale contesto ordinamentale l'inquadramento di tali fattispecie entro il regime *antitrust* risulta quindi sicuramente fondato, non apparendo invece corretto adottare prospettive interpretative eterodosse quali quelle che riconducono il boicottaggio alla figura dell'abuso del diritto, come nota R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA. VV., *La parte generale del Diritto Civile – Il Diritto Soggettivo* (vol. 2), in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2001, p. 309 ss., secondo cui «la dottrina che si occupa dell'abuso ha avuto il merito di dirigere la propria attenzione sulle scorrettezze che possono commettersi in margine al mercato, soprattutto con comportamenti negativi: rifiuti di contrarre, boicottaggio, ecc. Questi atteggiamenti sono stati definiti come abusi della libertà contrattuale. A nostro giudizio, i comportamenti in questione meritano certamente una sanzione. Ma questa sanzione opera senza scomodare la dottrina dell'abuso. La costituzione it. del 1948, se il cittadino sa leggerla, insegna che l'ordine pubblico coincide, nella materia del traffico economico volto alla produzione e alla distribuzione di massa, con il funzionamento del libero mercato. Le regole del mercato comune giustificano questa medesima conclusione. Le pratiche che mettono intoppi allo svolgimento del mercato, o intralciano il libero accesso di tutti al mercato, sono in contrasto con l'ordine pubblico. [...] Tutto ciò spiega la sanzione senza bisogno di chiamare in causa la dottrina del divieto d'abuso».

²² Oltre alla già richiamata mancanza di contestazioni ad opera delle stesse parti in causa, deve ulteriormente evidenziarsi come la sentenza stessa al punto rimarchi la gravità lesiva della condotta boicottante di cui al caso di specie sulla base del fatto che i conti correnti bancari costituivano una risorsa necessaria per la prestazione dei servizi di cambio scritturale da parte dell'intermediario finanziario ceco. A tal proposito, sottolinea come elemento caratteristico delle relazioni presupposte tra boicottante e boicottato la sussistenza di una situazione di dipendenza economica diretta o indiretta G. FLORIDIA, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 355 ss.

²³ Nel sistema concorrenziale comunitario, il dibattito sulla distinzione tra intese restrittive *by object* e *by effect*, come da storica dicotomia testuale di cui ai trattati, risulta tutt'altro che sopito: per una rassegna degli interventi dottrinali sul tema v. da ultimo C. I. NAGY, *The Dis-*

probatori profondamente diversi, dalle conseguenze pratiche tutt'altro che trascurabili²⁴.

Tuttavia, la riconduzione del boicottaggio escludente così perpetrato nel novero delle infrazioni *by object*, come tali denotanti una più grave anti-giuridicità concorrenziale e conseguentemente destinatarie di una più severa repressione, non può scandalizzare²⁵ alla luce del raffronto tra i caratteri del caso di specie e i requisiti propri della categoria concettuale in questione.

In particolare, l'accordo di risoluzione dei contratti bancari configura manifestamente un'intesa fondata su di un obiettivo anticoncorrenziale: esso, infatti, si risolve nell'impedimento di ogni possibilità di azione economica sul mercato dell'operatore rivale, risultando così, da un lato, finalizzato a pregiudicare in via immediata un potenziale concorrente e, dall'altro lato, non rispondente ad alcuna prospettiva benefica scriminante (se non l'irrituale invocazione di una presunta restaurazione della legalità, come si avrà modo di approfondire successivamente)²⁶.

Una concertazione siffatta pare allora rispondere perfettamente al discrimine definitorio secondo cui «la differenza tra "infrazioni per oggetto" e "infrazioni per effetto" attiene alla circostanza che talune forme di collu-

tion between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?, in *World Competition*, 2013, p. 541 ss.; D. BAILEY, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, CMLR, 2012, p. 559 ss.; J. GOYDER, *Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, p. 327 ss.; S. KING, *The Object Box: Law, Policy or Myth?*, in *European Competition Journal*, 2011, p. 269 ss.; A. ANDREANGELI, *From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty*, in *World Competition*, 2011, p. 215 ss.; A. JONES, *Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101(1)*, in *European Competition Journal*, 2010, p. 649 ss.

²⁴ Sulle differenze applicative in termini probatori relative alla distinzione tra infrazioni concertative per oggetto e per effetto, sostanzialmente vertenti sulla non necessità di dimostrazione di ricadute anticompetitive effettuali nel caso in cui la restrizione concorrenziale si collochi già a livello obiettivo, v. in generale P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 87 ss.

²⁵ Per un riscontro confermativo sulla natura manifestamente anticompetitiva in termini obiettivi della finalità escludente tipica del boicottaggio collettivo v. M. LIBERTINI, *Le intese illecite*, in A. CATRICALÀ - E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, Utet, 2011, p. 126-127 il quale non manca di esplicitare il rilievo per cui «può accadere che più imprese si accordino per boicottare un determinato fornitore o un determinato cliente (o una categoria di fornitori o clienti). Un accordo di tal tipo, in quanto avente una finalità principale negativa, cioè di esclusione di una certa impresa da un mercato, non ha di per sé alcuna ragione giustificatrice ai sensi dell'art. 101.3 ed è pertanto illecito»; in generale, per una decisa affermazione generale dell'esclusione come elemento centrale della disciplina antitrust del mercato v. recentemente J. B. BAKER, *Exclusion as a Core Competition Concern*, in *Antitrust Law Journal*, 2013, p. 527 ss.; infine, per una più ampia disamina del regime concorrenziale applicabile a tale fenomeno anticompetitivo v. P. MANZINI, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, Giuffrè, 1994.

²⁶ Su questo particolare profilo della sentenza in commento v. i paragrafi seguenti.

sione tra imprese possono essere considerate per loro stessa natura nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza»²⁷, dal momento che sia il contenuto obiettivo della concertazione conclusa²⁸, sia l'ulteriore indagine in termini di volontà finalistica a sostegno dello stesso (secondo un'ulteriore autorevole accezione del medesimo istituto normativo come intento soggettivo obiettivamente determinato)²⁹, non lasciano dubbio alcuno sull'essenza lesiva della condotta concorrenziale del caso di specie.

In sostanza, pur rammentando i precedenti ammonimenti sulla complessità di questa figura e sulla necessità di una corretta distinzione dei sottotipi annoverati al suo interno, il boicottaggio collettivo, qualora incarni disegni strategici di portata escludente come nel caso di specie, così intrinsecamente pregiudizievoli del retto svolgersi del gioco competitivo di mercato, ben può rappresentare un'infrazione *antitrust* di natura obiettiva, tale da giustificare la superfluità di ogni investigazione specifica sui concreti effetti economici della stessa³⁰, come liturgicamente ribadito dalla Corte anche nella presente sentenza³¹, in quanto fattispecie apertamente

²⁷ Così sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2008 in causa n. C-209/07, *Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, punto 17, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8637, EU:C:2008:643, commentata da C. BENATTI, *Infrazioni per oggetto e infrazioni per effetto in materia di concorrenza*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, p. 325 ss.

²⁸ Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, per determinare se un'intesa è qualificabile come obiettivamente anticoncorrenziale occorre innanzitutto considerare l'oggetto stesso della condotta concertata (ed eventualmente il contenuto obiettivo delle relative clausole contrattuali) tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultima deve trovare applicazione; costantemente in questo senso v. già sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966 in causa n. 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)* in *Raccolta*, 1966, p. 262, EU:C:1966:38, commentata da S. NERI, *Gli articoli 85 e 86 del Trattato CEE nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Foro pad.*, 1966, p. 41 ss.

²⁹ V. O. ODUDU, *Interpreting Article 81(1): object as subjective intention*, in *EL Rev.*, 2001, p. 60 ss., il quale propone una ricostruzione alternativa dell'istituto delle intese anticoncorrenziali *by object* come incentrato sull'incompatibilità restrittiva dell'intenzione finalistica soggettiva (benché oggettivamente determinata) sottesa alla conclusione della concertazione imprenditoriale.

³⁰ Proprio con riferimento ad un'ipotesi di boicottaggio v. N. AMADEI, *Invito a contrarre con il concorrente e disciplina antitrust*, in *Il Dir. ind.*, 1996, p. 307 ss. (a commento di sent. C. App. Milano del 25 settembre 1995), la quale evidenzia come l'analisi *ex post* operata dai giudici sui concreti effetti pregiudizievoli della condotta sindacata appare in evidente contrasto con la natura obiettivamente anticoncorrenziale del boicottaggio, la quale avrebbe richiesto, come da corretta qualificazione entro la dicotomia tra *by object* e *by effect*, una valutazione potenziale *ex ante* della lesività competitiva dell'accordo sulle dinamiche di mercato.

³¹ V. punto 17 della presente sentenza, ove si cita il tradizionale principio per cui «ai fini dell'applicazione dell'articolo [101 TFUE], paragrafo 1, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza», come originariamente sancito da sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56 e n. 58/64, *Etablissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della CEE*, in *Raccolta*, 1966, p. 458, EU:C:1966:41, commen-

lesiva dell'impianto valoriale sotteso alla tutela del bene giuridico concorrenziale³².

4. Autotutela escludente a fini di ripristino della legalità violata e lesività anticompetitiva per oggetto

Inquadrata generalmente la fattispecie del boicottaggio collettivo, può ora procedersi verso quello che appare il nocciolo della sentenza in esame, vale a dire la possibilità di giustificare una concertazione restrittiva del gioco competitivo sulla base dello *status* di illegittimità operativa delle imprese concorrenti colpite dalla pratica stessa³³.

Invero, il tema della c.d. *illegality defence* in ambito *antitrust* può assumere un significato applicativo che va oltre gli specifici confini del caso di specie, nonostante possa intuitivamente apprezzarsi come le intese escludenti rappresentino il contraltare tipico di siffatta eccezione difensiva³⁴. Ad ogni modo, essendo questa la prima occasione in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto l'occasione di pronunciarsi al riguardo, pare doveroso procedere ad analizzare nel dettaglio il responso interpretativo reso.

tata da G. GUGLIELMETTI, *Riflessioni sul caso Grundig-Consten*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 739 ss.

³² L'obiettivo disvalore concorrenziale delle fattispecie di boicottaggio collettivo appare, invero, generalmente assodato proprio con riferimento a queste più gravi ipotesi di rifiuto concertato di contrarre con finalità immediatamente escludente: in questo senso v. espressamente decisione della Commissione, 23 luglio 1974, IV/426 - *Carte da parati in Belgio*, in *Guce n. L* 237 del 29 agosto 1974, p. 3, ove l'autorità comunitaria *antitrust* afferma che «il boicottaggio collettivo è una delle infrazioni più gravi alle regole di concorrenza, in quanto mira ad eliminare un concorrente scomodo»; per un riscontro dottrinale confermativo v. D. GERADIN - A. LAYNE-FARRAR - N. PETIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 405 ss.; I. VAN BAELE - J. F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, Kluwer Law International, 2010, p. 378 ss.; P. ROTH - V. ROSE, *Bellamy & Child - European Community Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 362 ss.

³³ Incidentalmente deve premettersi come tale profilo assuma rilevanza con particolare riguardo alle ipotesi di concertazione anticoncorrenziale, nella loro veste problematica di coordinamento plurisoggettivo delle libere strategie competitive degli operatori di mercato: in questi termini v. già sent. C. App. Roma del 21 aprile 1980, in *Giust. civ.*, 1981, p. 382 ss., con nota di M. R. MORELLI, *Il boicottaggio economico indiretto collettivo tra disciplina dell'illecito aquiliano e regime della concorrenza sleale*, ove è espressamente evidenziato che «quando il rifiuto di contrarre, infatti, non è un'autonoma determinazione del singolo soggetto produttore, e non è la spontanea espressione dell'esercizio della sua libertà d'iniziativa, ma è la conseguenza d'un suo impegno generalizzato, assunto preventivamente con i rappresentanti della categoria interessata, ed ha fine precipuo di sopprimere il diritto dei terzi di accedere al mercato, allora questo comportamento negativo viola il principio della libertà d'iniziativa economica, garantito dalla Costituzione e si riveste del carattere d'illiceità».

³⁴ In questo contesto utilizza la locuzione «*illegality defence*» (che qui si ritiene opportuno mutuare in via sinonimica della prospettata legittimità *antitrust* di restrizioni difensive in ragione dell'altrui condizione d'illegalità operativa) H. KÜHNERT - I. AUGUSTINIČ, *Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycotts*, cit. *supra*, nota 1, p. 314 ss.

Tuttavia, anche sotto questo profilo, la pronuncia sopra riportata sembra restia a concedersi, esplicitando una *ratio decidendi* di pura essenzialità. Se, in effetti, ai fini del rinvio pregiudiziale riferito il principio di diritto espresso pare più che sufficiente, per una piena comprensione dello stesso in termini sistematici è necessario uno sforzo ricostruttivo ulteriore.

Partendo dai fatti di causa, la questione nasce dall'argomento addotto dalle banche boicottanti secondo cui la società operatrice in cambi, in quanto priva di autorizzazione pubblica alla prestazione di tali servizi finanziari, si collocherebbe come un soggetto illegalmente presente sul mercato e, conseguentemente, non darebbe luogo ad alcuna situazione concorrenziale meritevole di tutela. Anzi, l'intrapresa condotta escludente dovrebbe qualificarsi, secondo suddetta tesi difensiva, non solo come inoffensiva, ma anche come positivamente ammissibile, in quanto funzionalizzata a proteggere in via di autotutela il legittimo interesse imprenditoriale alla condizione di legalità concorrenziale del mercato³⁵.

Tralasciando per il momento ogni valutazione sull'effettiva violazione delle regole autorizzative da parte dell'intermediario finanziario, e dando quindi per incontrovertita la situazione d'illegittimità operativa lamentata (come peraltro fa la Corte stessa), deve procedersi a scomporre gli elementi costitutivi di siffatta esimente eccezionale alla luce dei canoni di giudizio *antitrust*.

In questo senso, si può ripercorrere la sequenza dei quesiti interpretativi riferiti in sede di rinvio pregiudiziale. Segnatamente, con i primi due (che la Corte tratta congiuntamente), ci si pone l'interrogativo se la condizione d'illegalità operativa del soggetto concorrente pregiudicato dalla concertazione possa influire sulla stessa consistenza restrittiva dell'intesa ai sensi dell'art. 101 TFUE, par. 1; invece, con la quarta ed ultima questione (posticipando la disamina della terza, la quale interessa un argomento totalmente separato), ci si chiede se l'invocazione della descritta *illegality defence* possa soddisfare le condizioni positive di esenzione pro-concorrenziale codificate nell'art. 101 TFUE, par. 3.

Con riferimento al primo problema, deve premettersi in via pedissequa che un'intesa si connota come anticompetitiva se è idonea, nel suo oggetto o nei suoi effetti, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato, come da precetto primario di cui ai Trattati.

³⁵ Come emerge dal resoconto fattuale della sentenza in commento (v. in particolare punti 8-10), tale tesi difensiva era stata invero accolta nel primo grado di ricorso giurisdizionale nazionale, portando al conseguente annullamento delle così contestate condanne *antitrust*; proprio siffatta argomentazione decisoria ha poi innescato l'impugnazione dell'autorità garante slovacca sul punto, nell'ambito della quale è stata dunque deferita la relativa richiesta di rinvio pregiudiziale in grado d'appello, sui cui verte il responso interpretativo qui analizzato.

Ciò posto, è immediato concludere che una pratica manifestamente escludente, quale quella del caso di specie, non possa che esprimere una tale capacità lesiva già in senso obiettivo, come osservato in precedenza.

Ma, a ben guardare, pare possibile estendere siffatta valutazione a qualsivoglia condotta coordinativa finalisticamente diretta a sanzionare privatamente la condizione di illegalità di un concorrente, in quanto il concetto di impedimento o restrizione concorrenziale è logicamente implicato *a fortiori* da una strategia di estromissione dal mercato.

Di più, pare altrettanto sicuro inferire dalla sussistenza di un siffatto intento escludente la natura sempre obiettiva di una concertazione anti-competitiva di tale tenore: infatti, non pare esservi margine per un'anti-concorrenzialità che non sia per oggetto, dal momento che risulta difficilmente concepibile, se non quasi contraddittorio, ipotizzare che un'intesa mirante ad escludere dal mercato gli operatori illegittimi possa, al contempo ed in via principale, prefiggersi uno scopo contenutistico diverso dal diretto pregiudizio competitivo verso l'esterno e invece rispondente ad un autonomo significato proconcorrenziale *inter partes*, quale un eventuale miglioramento efficientistico dell'offerta in termini produttivi o distributivi³⁶.

Ciò posto, mostrata la valenza intrinsecamente obiettiva della lesione concorrenziale di queste peculiari pratiche escludenti, non è sul piano degli effetti concreti che può giocarsi il giudizio d'incompatibilità restrittiva ai fini del controllo *antitrust*, divenendo la dimensione effettuale assolutamente secondaria ed ininfluyente per l'applicazione del divieto di cui al par. 1 dell'art. 101 TFUE.

Tuttavia, non è tanto su questo aspetto che s'incena il paradigma argomentativo dell'*illegality defence*, quanto su di un profilo ulteriore del comando normativo in questione, tecnicamente ancora più a monte: in dettaglio, l'eccezione difensiva invocata fa leva sull'illegalità della condizione dell'avversario commerciale vessato per sostenere che non sia riscontrabile alcuna restrizione anticompetitiva in sé e per sé, poiché non vi sarebbe in radice alcuna concorrenza propriamente tale (*rectius*, alcuna concorrenza legittima e perciò meritevole di tutela giuridica *antitrust*)³⁷.

³⁶ Per una specifica ricostruzione teorica riguardo concentrazioni imprenditoriali astrattamente riconducibili al boicottaggio escludente ma compatibili con i parametri efficientistici di esentabilità concorrenziale v. J. W. HADDON, *Three Exceptions to the Per Se Rule against Boycotts*, cit. *supra*, nota 11, p. 192 ss.

³⁷ In dettaglio v. le argomentazioni difensive della banca resistente riportate al punto 11 della sentenza in esame, secondo le quali l'autorità *antitrust* slovacca «poiché (...) le condizioni della concorrenza non erano soddisfatte, non potrebbe invocarsi nessuna restrizione della concorrenza. Non vi sarebbe alcun motivo di sanzionare un comportamento che comporterebbe l'esclusione dal mercato di un imprenditore che opera illegalmente»; per una riflessione

L'affondo così portato raggiunge le fondamenta istitutive del diritto della concorrenza. Infatti, è immediato realizzare come la risposta a questo interrogativo non possa che passare per una riflessione sistematica sugli scopi ultimi del regime di governo competitivo del mercato. Ad onor del vero, la Corte di giustizia dell'Unione europea, seppur in maniera succinta, non si sottrae a tale compito.

In particolare, la sentenza provvede a sciogliere il suddetto nodo ricorrendo ad una precedente risoluzione interpretativa, la quale, benché sancita in un diverso contesto (ossia dibattendosi della necessità di un diretto interesse dei consumatori nell'ambito della dimensione applicativa del divieto di cospirazione *antitrust*), appare perfettamente trasponibile in termini generali anche per il caso di specie. Trattasi, segnatamente, del principio secondo cui il bene giuridico concorrenziale non sarebbe identificabile solamente nella sfera soggettiva dei consumatori o dei concorrenti individualmente considerati, bensì anche nella stessa struttura competitiva del mercato in senso oggettivo, e dunque nella concorrenza in quanto tale³⁸.

In via incidentale, è implicito rilevare che premesse ricostruttive diverse avrebbero condotto a responsi diversi: segnatamente, qualora l'istanza di tutela concorrenziale fosse proiettata secondo la sola prospettiva soggettiva degli operatori danneggiati, la relativa situazione d'illegalità avrebbe compromesso ogni possibilità di protezione della loro posizione competitiva (non meritevole di salvaguardia in quanto appunto illegittima)³⁹. Ma questa non è la concezione del regime *antitrust* di cui al sistema

generale sul concetto di concorrenza passibile di restrizione in senso *antitrust* v. R. NAZZINI, *Article 81 EC between Time Present and Time Past: a Normative Critique of "Restriction of Competition"* in *EU Law*, CMLR, 2006, p. 497 ss.

³⁸ V. sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4529, EU:C:2009:343, nonché ancor più marcatamente sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in cause riunite n. C-501/06 P, n. C-513/06 P, n. C-515/06 P e n. C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee (et al.)*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9291, EU:C:2009:610, entrambe commentate congiuntamente da G. COLANGELO, *T-Mobile Netherlands e GlaxoSmithKline. La giurisprudenza comunitaria torna indietro*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2010, p. 527 ss.

³⁹ Sotto il diverso aspetto della prospettiva di sola tutela dei consumatori come parametro finalistico valoriale del regime *antitrust* v. invece le riflessioni di W. K. JONES, *Concerted Refusals to Deal and the Producer Interest in Antitrust*, in *Ohio State Law Journal*, 1989, p. 73 ss., il quale, proprio con specifico riferimento alla figura del boicottaggio collettivo escludente, mette in luce come un approccio puramente *consumer oriented* (come quello definito in termini di neo-ortodossia) non sarebbe in grado di intercettare tutti i casi di *concerted refusal to deal* effettivamente pregiudizievoli del sistema concorrenziale di mercato, evidenziando che «there are instances - such as concerted refusals to deal - where the misalignment of the New Orthodoxy leads to erroneous perceptions. In the absence of adverse impacts upon consumers, the New Orthodoxy would tolerate exclusionary tactics that victimize producers. There is no justification for such tolerance. Under a proper alignment of antitrust objectives, concerted refusals to deal are subject to scrutiny in every instance of probable exclusion or oppression

comunitario: benché questa pronuncia si limiti a ribadirlo non oltre lo stretto indispensabile, emerge il consolidarsi di un assunto ricostruttivo del bene giuridico concorrenziale che astrae da tale dimensione singolare, muovendo invece verso un livello d'obiettività sistematica, ove la violazione del gioco competitivo assume rilievo in sé stessa, come intervento al di fuori dei canoni di merito che devono informare le naturali dinamiche del confronto di mercato e pertanto inaccettabile per l'ordinamento giuridico⁴⁰.

Perciò, è alla luce di questa impostazione di fondo che pare corretto affrontare la problematica dell'*illegality defence* nel contesto della proibizione normativa sulle intese restrittive: ne segue che ci si deve porre non dal lato del soggetto concorrenziale passivo (e della sua eventuale condizione giuridica patologica), quanto dal lato dei soggetti concorrenziali attivi; anzi, più precisamente, dal lato di un'ottica oggettiva del turbamento di mercato cagionato dalla concertazione rispetto ai principi giuridici ed economici di libertà competitiva⁴¹.

Assunta tale prospettiva, si ritiene quindi di condividere la soluzione accolta dalla sentenza qui commentata. Può allora concludersi, in sintonia con quanto deciso dalla Corte, che la condizione d'illegalità dell'operatore rivale non può incidere sulla valutazione di anticompetitività dell'intesa escludente, in quanto quest'ultima non muta nel suo disvalore, restando intrinsecamente funzionalizzata ad attuare interventi strategici estranei alla dialettica commerciale ispiratrice del modello concorrenziale di mercato.

In sostanza, questo riferimento alla competizione in senso strutturale appare parametro essenziale per la tutela *antitrust*, cosicché, ove lo stesso risulti violato nel suo contenuto obiettivo prima ancora che nelle sue conseguenze effettuali da condotte di tale tenore (come sopra mostrato in forza della lesività *by object* intimamente connessa alle ipotesi di boicottaggio escludente in autotutela), esso deve ricevere protezione diretta in ra-

and are actionable unless justified by legitimate business reasons grounded in economic efficiency».

⁴⁰ Per una compiuta ricostruzione del bene giuridico concorrenziale di cui all'ordinamento *antitrust* comunitario e nazionale in termini di *competition on the merits* v. l'approfondita disamina di M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir. [Annali III]*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 191 ss.

⁴¹ Ecco che allora pare inconferente l'argomento evidenziato da R. POSNER, *Antitrust Law*, cit. *supra*, nota 8, p. 241, (e richiamato conformemente da R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit. *supra*, nota 5, p. 243), secondo cui l'*illegality defence* a giustificazione di siffatti boicottaggi escludenti può trovare accoglimento in quanto «the antitrust laws were never intended to protect unfair competition»; non è infatti la posizione d'illegalità operativa del soggetto passivo il parametro diretto di tutela *antitrust*, quanto la compatibilità giuridica dell'intesa concertata con i canoni obiettivi di un modello di mercato informato al principio di libera competizione.

gione della sua oggettiva valenza sistematica, invero non coincidente, ma superiore alla somma delle posizioni individuali dei singoli soggetti coinvolti⁴².

5. Eventuale giustificabilità esentativa della c.d. *illegality defence* in senso proconcorrenziale o extraconcorrenziale

Giungendo così al secondo problema sollevato in sede di analisi interpretativa dell'*illegality defence* in ambito *antitrust*, vale a dire l'eventuale giustificabilità della concertazione escludente nel contesto del bilanciamento di compatibilità concorrenziale, occorre innanzitutto partire dai criteri giuspositivi fissati come parametro per l'operatività di tale meccanismo di esonero.

Come noto, l'ordinamento comunitario, a differenza di quello statunitense, ha provveduto ad istituzionalizzare sul piano normativo la possibilità di deroga benefica di un'intesa dal divieto di cospirazione anticompetitiva, attraverso la previsione nel par. 3 dell'art. 101 TFUE di quattro condizioni cumulative atte a garantire la sussistenza di effettive efficienze proconcorrenziali⁴³. Pertanto, è a partire da questi requisiti formalizzati che bisogna valutare l'ammissibilità dell'argomentazione esentativa in questione.

La sentenza in commento adotta proprio questa impostazione nell'analisi dell'ultimo quesito. In specie, la Corte di giustizia procede a verificare l'applicabilità delle condizioni richiamate, constatando rapidamente che solo una delle stesse (il miglioramento del progresso tecnico ed economico rappresentato dall'ipotizzato ristoro della legalità) potrebbe ritenersi astrattamente esaudita in positivo, mentre sicuramente le altre non sarebbero rispettate in negativo (su tutte l'indispensabilità della restrizione per il presunto fine perseguito), arrivando a concludere di conseguenza per il rigetto dell'eccezione così sollevata⁴⁴.

Al netto della già ricordata stringatezza dell'esposizione, pare difficile non condividerne gli approdi: in primo luogo, sotto il profilo procedimen-

⁴² A tal proposito pare particolarmente significativa la sopra descritta natura di infrazioni anticoncorrenziali *by object* di queste condotte boicottanti aventi immediata finalità escludente, dato che tale categoria si impenna su di un'offensività potenziale sul modello dei reati di pericolo che ben si unisce all'idea di una protezione della concorrenza in quanto tale al di là della posizione soggettiva del singolo concorrente pregiudicato; per un'evidenziazione di questo peculiare profilo v. D. BAILEY, *Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU*, cit. *supra*, nota 23, p. 563 ss.

⁴³ Per un chiaro riordino di questo vituperato parallelo comparatistico *antitrust* v. P. MANZINI, *The European Rule of Reason - Crossing the Sea of Doubt*, ECLR, 2002, p. 392 ss.

⁴⁴ V. segnatamente la presente sentenza ai punti 31-36.

tale, l'impianto normativo di cui ai Trattati impone una certa schematicità formale nella ponderazione delle istanze d'esonero concorrenziale, appunto correttamente seguita in sede di decisione; in secondo luogo, anche sotto il profilo sostanziale, la stessa consistenza efficientistica presunta come associabile a tale *ratio* giustificatrice non pare di certo la qualità beneficiale più pregnante a fondamento di questa atipica difesa⁴⁵.

Invero, un'intesa consistente in un boicottaggio impeditivo con immediate finalità lesive, benché per motivi di autotutela, non può assolutamente essere paragonata ad altre condotte concorrenziali, pur ugualmente escludenti, ma diversamente incentrate sull'attuazione di disegni strategici dall'autonomo valore imprenditoriale: così, ad esempio, la deliberata estromissione da un'associazione settoriale di un operatore che viola i relativi impegni di qualità o sicurezza trova in quest'ultima finalità di garanzia la sua legittima giustificazione, tanto che sarà primariamente lo stesso sistema di controllo collettivo ad essere valutato come compatibile o meno con il regime *antitrust* a seconda della sua complessiva valenza finalistica (progresso reale e desiderabile) e strumentale (mezzi necessari e proporzionali)⁴⁶. L'inserimento della concordata misura escludente in queste più ampie prospettive concorrenziali consente di parametrare ai relativi obiettivi la legittimità dell'intesa, cosa che invece non può avvenire per le strategie concertate di *illegality defence*, ove l'unico interesse di riferimento è l'invocata restaurazione in via di autotutela privata della situazione di legalità infranta dall'altrui azione concorrente, senza ulteriori (ed anzi superiori) incrementi competitivamente benefici⁴⁷.

⁴⁵ Per una piena condivisione di questa linea argomentativa dei giudici comunitari v. G. DECOCQ, *La légitime défense ne justifie pas le boycott*, cit. *supra*, nota 1, p. 23 ss.

⁴⁶ Per una generale presentazione del tema in questi termini v. ancora C. OSTI, *Il diritto della concorrenza*, cit. *supra*, nota 18, p. 101 ss., il quale porta come ipotesi di intese potenzialmente qualificabili come boicottaggi collettivi escludenti, ma dalle superiori finalità beneficali primarie (cui parametrare il vaglio *antitrust*), accordi in materia di standardizzazione tecnica, omologazione produttiva, marchi di qualità, sfruttamento collettivo di diritti esclusivi; proprio con riferimento a quest'ultima materia, deve incidentalmente rilevarsi come non possa richiamarsi quale significativo precedente di boicottaggio collettivo escludente giustificato dall'altrui condotta illecita il caso dei c.d. detti *bootleg* musicali (v. sent. C. App. Milano del 5 febbraio 1992, in *Giur. comm.*, 1992, p. 437 e ss., con nota di S. VEZZOSO, *Questioni in tema di monopoli legali fra il diritto antitrust e il diritto d'autore*), dal momento che la SIAE è direttamente investita dalla legge della riserva monopolistica di intermediazione esclusiva per la protezione e l'esercizio collettivo dei diritti d'autore.

⁴⁷ Ecco perché è inevitabile rilevare, come esattamente fatto dalla Corte di giustizia nel caso di specie, che l'*illegality defence* così strutturata non ha titolo per rientrare nel par. 3 dell'art. 101 TFUE, alla luce della cumulatività delle sue quattro condizioni positive: infatti, per quanto si possa espandere la portata delle sue ricadute beneficali, il ristoro della legalità come progetto concorrenziale finalistico in sé e per sé difficilmente può essere valutato come miglioramento produttivo o distributivo, o comunque come progresso tecnico ed economico, privo di restrizioni competitive non indispensabili, nonché inidoneo a consentire l'eliminazio-

In effetti, come è stato suggerito, l'analisi forse avrebbe dovuto spingersi oltre il paradigma del bilanciamento delle efficienze procompetitive, per spostarsi su di un piano valutativo diverso, fortemente eccezionale rispetto al generale controllo di compatibilità *antitrust*, in quanto riguardante interessi di significato extraconcorrenziale⁴⁸. Segnatamente, si fa riferimento a quel filone giurisprudenziale ed interpretativo che sostiene l'opponibilità di legittimi obiettivi pubblicistici avverso il divieto di vincoli restrittivi alla libertà economica degli operatori⁴⁹.

A tal proposito, deve registrarsi come la sentenza in oggetto abbia interamente omesso di affrontare il tema, mancando (forse anche per il tenore dei quesiti interpretativi di rinvio) ogni considerazione argomentativa sul punto⁵⁰. A fini di completezza, deve perciò tentarsi di impostare la disamina dell'*illegality defence* anche nell'ambito di questa opzione ricostruttiva, pur scontando le inevitabili incertezze dovute all'assenza di apigli espressi nel contenuto della presente pronuncia.

Innanzitutto, si richiama come la citata dottrina *antitrust* di c.d. *public policy* sia riassumibile, con le dovute approssimazioni, nella possibilità di valutare come non restrittiva della concorrenza una condotta concertativa diretta a perseguire obiettivi extracompetitivi di pubblico interesse⁵¹.

ne sostanziale della concorrenza, riservando al contempo una congrua parte dell'utile derivante agli utilizzatori finali.

⁴⁸ Così H. KÜHNERT - I. AUGUSTINIČ, *Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycotts*, cit. *supra*, nota 1, p. 315.

⁴⁹ V. primariamente sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, EU:C:2002:98, commentata da G. SCASSELLATI SFORZOLINI - C. RIZZA, *La tensione fra le regole di concorrenza comunitarie e regole professionali e deontologiche nazionali*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 8 ss.; e sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006 in causa n. C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6991, EU:C:2006:492, commentata da E. ADOBATI, *Alla normativa sportiva si applicano gli artt. 81-82 sulla concorrenza*, in questa *Rivista*, 2006, p. 540 ss.; in dottrina, tra i diversi contributi sul tema v. per tutti l'organica trattazione di C. TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

⁵⁰ Se, in effetti, deve riconoscersi come l'ultimo quesito di rinvio fosse esclusivamente incentrato sull'applicabilità al caso di specie delle condizioni di cui al par. 3 dell'art. 101 TFUE, deve tuttavia evidenziarsi come, ove la Corte avesse voluto, avrebbe potuto senza eccessiva difficoltà allargare il campo d'indagine anche ai profili di *public policy* implicati dall'*illegality defence*, visto il generale tenore delle questioni interpretative complessivamente considerate.

⁵¹ Così riassunte in prima approssimazione anche in autorevole sede: v. ad esempio le conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák del 3 marzo 2011 in causa n. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 9491, EU:C:2011:113, il quale rileva che «misure volontarie private, ove incorporate in un accordo, possono non rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, a condizione che le limitazioni imposte siano opportune tenendo conto dell'obiettivo legittimo perseguito e che non vadano oltre quanto necessario ai sensi del principio di proporzionalità. A mio parere, l'obiettivo

In sostanza, siffatto peculiare meccanismo esimente s'impenna sulla possibilità di flettere i rigidi divieti anticompetitivi a superiori esigenze collettive non strettamente commerciali che, tuttavia, non configurano una vera e propria missione giuspubblicistica e, dunque, non rientrano nella relativa clausola di salvezza direttamente contemplata dai Trattati⁵². Tuttavia, tale deroga correttiva di origine giurisprudenziale, acutamente definita come una sorta di *European-style rule of reason*⁵³, non ha valenza incondizionata, bensì opera al ricorrere di determinati presupposti, la cui interpretazione non è, peraltro, pienamente concorde⁵⁴.

Ma anche al netto di tali divergenze ermeneutiche, l'*illegality defence* a sostegno di pratiche boicottanti non pare soddisfare i requisiti minimi essenziali per rientrare in questa figura⁵⁵ ed il problema pare incentrarsi nuovamente sullo scopo perseguito, vale a dire il ripristino autotutelativo della legalità violata in quanto tale, il quale difficilmente si qualifica come

legittimo perseguito deve avere natura pubblicistica ed essere, pertanto, volto a tutelare un bene pubblico».

⁵² V. art. 106, par. 2, TFUE; nell'ambito della complessa tematica riguardante i servizi di interesse economico generale come eccezione all'applicazione delle regole *antitrust*, qui solo sommariamente richiamabile, per un approccio ricostruttivo in prospettiva definitoria v. E. BERGAMINI, *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell'Unione Europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *Diritto e Politiche dell'Unione Europea*, 2007, II, p. 3 ss.

⁵³ La definizione si deve al fondamentale contributo di G. MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, CMLR, 2002, p. 1057 ss.

⁵⁴ I requisiti di applicazione del paradigma derogatorio di *public policy* in ambito *antitrust* restano infatti alquanto discussi, a partire dall'effettiva sussistenza di un potere regolatorio di cui si ritiene debba essere investito il soggetto imprenditoriale adottante l'intesa restrittiva, fino alla concreta declinazione del parametro di proporzionalità legittimante la deroga esentativa per la condotta concertata perseguita tali legittimi obiettivi extracompetitivi; per un'aggiornata rassegna su tale dibattito v. da ultimo A. C. WITT, *Public Policy Goals Under EU Competition Goals – Now Is the Time to Set the House in Order*, in *European Competition Journal*, 2012, p. 443 ss.

⁵⁵ Discorso diverso necessita la problematica dei c.d. *political boycotts*, nel caso in cui la concertazione imprenditoriale escludente è sorretta da motivazioni socio-politiche di natura ideale che risultano estranee al confronto competitivo in senso proprio: ove le stesse possano qualificarsi come autenticamente tali, e non invece come mera copertura di strategici interessi commerciali, le libertà politiche costituzionalmente protette paiono consentire la sottrazione di tali condotte al rigido intervento repressivo di matrice *antitrust*; in favore di tale positivo bilanciamento, pur con i dovuti ammonimenti sull'incertezza delle valutazioni politiche ivi sottese, v. R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit. *supra*, nota 5, p. 241; sul punto v. anche M. LIBERTINI, *Le intese illecite*, cit. *supra*, nota 25, p. 127, il quale pone l'accento sull'estensione di siffatti accordi di boicottaggio politico, concludendo per l'incompatibilità *antitrust* qualora gli stessi siano capaci di coprire l'intero mercato rilevante e così pregiudicare la differenziazione concorrenziale dell'offerta complessiva. Ulteriormente, deve segnalarsi come sul tema del boicottaggio politico la dottrina statunitense si presenti copiosa: per un contributo specifico, ove anche più ampi richiami bibliografici, v. J. L. DAUER, *Political Boycotts: Protected by the Political Action Exception to Antitrust Liability or Illegal Per Se?*, in *U.C. Davis Law Review*, 1995, p. 1273 e ss.

un interesse pubblico di cui può essere meritoriamente investita l'azione (anti)competitiva privata.

Questo pare il punto decisivo della questione⁵⁶. In altre parole, l'inammissibilità dell'*illegality defence* per concertazioni escludenti in ambito *antitrust* ruota sostanzialmente attorno al nodo dell'ingiustificabilità sistematica dell'autonoma sostituzione imprenditoriale al potere pubblico di sanzione delle violazioni di legge⁵⁷. E ciò non solo e non tanto per l'ovvia constatazione che tale controllo implica valutazioni tecnicamente complesse e delicate, non consegnabili alle competenze aziendali individuali, come opportunamente rilevato dalla Corte con riguardo alle vicende fattuali del caso di specie⁵⁸; bensì primariamente per un limite di principio, ossia l'indispensabilità del potere pubblicistico di vigilanza sulla legalità

⁵⁶ Deve infatti ribadirsi che, al netto dell'asserita ricostruzione del bene giuridico concorrenziale, l'invocazione di un diritto di intervento a rimedio dell'altrui condizione d'illegalità operativa come giustificazione della propria condotta anticoncorrenziale (sulla scia di quanto già richiamato in R. POSNER, *Antitrust Law*, cit. supra, nota 8, p. 241, nonché R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, cit. supra, nota 5, p. 243) pare seguire un approccio interpretativo errato, perché in ultimo la problematica dell'*illegality defence* non pare tanto una questione di quale posizione soggettiva meriti più tutela concorrenziale o di quale operatore debba concretamente beneficiare dell'azione *antitrust*, ma di come il sistema ordinamentale nel suo complesso debba procedere all'*enforcement* delle regole di diritto cogente.

⁵⁷ Sul punto per una conclusione contraria v. L. C. UBERTAZZI, *Banche e concorrenza*. Scritti, Milano, Giuffrè, 2007, p. 54, secondo cui «il diritto antitrust italiano non può proteggere la banca di fatto, che non abbia ricevuto l'autorizzazione (...); e reciprocamente la banca di fatto può lecitamente essere esposta al boicottaggio collettivo da parte del sistema bancario»; tuttavia, deve nuovamente rilevarsi che, anche al netto dell'asserita ricostruzione del bene giuridico concorrenziale, l'invocazione di un diritto di intervento a rimedio dell'altrui condizione d'illegalità come giustificazione della propria condotta anticompetitiva risulta porsi in una prospettiva solo parziale, perché in ultimo la problematica dell'*illegality defence* non pare una questione di quale posizione soggettiva meriti più tutela concorrenziale o di quale operatore debba concretamente beneficiare dell'azione *antitrust*, ma di come il sistema ordinamentale nel suo complesso debba procedere all'*enforcement* delle regole operative di diritto cogente.

⁵⁸ Tale profilo di complessità tecnica delle valutazioni normative di regolarità operativa è, appunto, ben illustrata dagli stessi giudici comunitari, i quali evidenziano espressamente il controverso *iter* che ha accompagnato l'accertamento del corretto rilascio delle necessarie autorizzazioni per la società intermediaria ceca (v. punto 15 della sentenza in commento). A tal proposito, ad ulteriore sostegno dell'inammissibilità dell'*illegality defence* in ambito *antitrust*, basti pensare alle conseguenze pregiudizievoli (invece che efficientistiche) che un eventuale potere discrezionale di autotutela privata potrebbe generare anche in ragione dei descritti tecnicismi, dunque non solo come pericolo di un utilizzo competitivamente distorto di tali meccanismi difensivi, ma anche come rischio di errori valutativi nell'esplicazione imprenditoriale dei relativi giudizi di conformità regolamentare, con annesso aggravio moltiplicativo dei momenti di controllo giuridico (ossia non solo sulla situazione autorizzatoria primaria, ma anche sulla stessa iniziativa repressiva secondaria), a totale discapito della certezza del diritto; invero, tali problematiche implicate da autonome istanze di *enforcement* concorrenziale privato sono ben presenti nella riflessione dottrinale sul tema: significativamente v. già C. C. BIRD, *Sherman Act Limitations on Noncommercial Concerted Refusals to Deal*, in *Duke Law Journal*, 1970, p. 247 ss., secondo cui «if a group were to be allowed to set its own standards of what constitutes "fair" competition and were to be allowed to boycott to put pressure on a competitor deemed "unfair," the protection afforded competition by the antitrust laws would be minimal, at best».

delle relazioni commerciali intersoggettive, di modo da consentire la più piena garanzia giuridica del rispetto dei diritti individuali di ciascuno. Cosa che, evidentemente, un intervento imprenditoriale autodeterminato in funzione di polizia concorrenziale privata non può certo assicurare⁵⁹.

In definitiva, la legittimità di queste particolari intese difensive si scontra con un limite fondamentale, ossia la prerogativa pubblica quanto al potere di *enforcement* dell'ordinamento costituito⁶⁰. E tale limite non pare superabile in via di autotutela *antitrust* né richiamando meccanismi di salvaguardia contrattuale, non essendoci alcun sinallagma privatistico alla base del rispetto delle norme autoritative di governo del mercato⁶¹, né invocando più generali clausole di legittima difesa, non rappresentando la violazione di pubblicistiche autorizzazioni commerciali un'offesa di primari valori individuali assurgibile a giustificazione di una ritorsione innanzitutto lesiva della competizione strutturale in senso oggettivo⁶². In

⁵⁹ In questo senso depone il fondamentale precedente giurisprudenziale della Corte Suprema USA in *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941), ove si è qualificato come in violazione della legislazione *antitrust* americana il rifiuto concertato di contrarre opposto da un'associazione di produttori sartoriali verso i rispettivi dettaglianti che ponessero in vendita anche capi di produttori concorrenti accusati di *style piracy*; in particolare, a fronte dell'invocata giustificazione da parte degli imprenditori associati di legittima reazione competitiva in ragione dell'illiceità dell'altrui condotta imitativa, i supremi giudici statunitensi ribatterono che «whether or not systematic copying of the dress designs by trade competitors is in itself tortious is a question of state law; but even if tortious under the laws of all the States, that circumstance would not justify a combination to suppress it by regulating and restraining interstate commerce in violation of federal law». Per un commento sull'importanza storica di questa pronuncia per le basi costituzionali del sistema *antitrust* d'oltreoceano v. T. B. NACHBAR, *The Antitrust Constitution*, in *Iowa Law Review*, 2013, p. 57 ss.

⁶⁰ Ne segue che anche richiamare a supporto dell'*illegality defence* la sussistenza di un *legitimate business interest* in parallelo con il regime concorrenziale sull'abuso di posizione dominante, come suggerito da H. KÜHNERT - I. AUGUSTINIČ, *Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycotts*, cit. *supra*, nota 1, p. 315, non pare conferente, perché il problema centrale si ribadisce essere non tanto se l'interesse privato dell'impresa alla legalità di sistema è sufficientemente riscontrabile, ma se a quell'interesse stesso può corrispondere legittimamente un autonomo potere privatistico di attuazione in autotutela, scavalcando così ogni prerogativa pubblica di *enforcement* della disciplina normativa *antitrust*.

⁶¹ Per quanto riguarda tale generale eccezione privatistica in base alla quale *inadimplendi non est adimplendum* (sicuramente prospettabile anche per le fattispecie di boicottaggio genericamente inteso: v. ad esempio S. BASTIANON, *Responsabilità per danni da boicottaggio. Boicottaggio e diritto antitrust*, cit. *supra*, nota 6, p. 646 ss.), con riferimento allo specifico tema dell'*illegality defence* deve rilevarsi come la stessa non possa ritenersi configurabile, in quanto nella presupposta dimensione di rapporto concorrenziale, a differenza delle relazioni propriamente contrattuali, pare totalmente mancante il profilo di inadempimento sinallagmatico nell'ipotetica violazione di regole normative pubblicistiche quali le autorizzazioni all'ingresso sul mercato.

⁶² Invero, la possibilità di invocare l'esimente della legittima difesa è generalmente ammessa anche in campo concorrenziale: per tutti, proprio con riferimento agli ambiti qui discussi, v. P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit. *supra*, nota 5, p. 293 ss.; tuttavia, deve evidenziarsi come i canoni costitutivi di questo meccanismo di legittima salvaguardia difensiva presuppongono come condizioni di validità sia un'offesa verso valori privati individuali, sia una proporzionalità nella reazione di autotutela, il che pare difficilmente conciliabile con l'idea di un boicottaggio escludente a fini di ristoro della legalità violata quale

conclusione, richiamando esplicitamente quanto sancito dalla Corte di giustizia, «spetta alle autorità pubbliche e non a imprese o ad associazioni di imprese private garantire il rispetto delle prescrizioni di legge»⁶³.

Ciò non significa ovviamente che le violazioni delle prescrizioni normative di accesso al mercato non meritino attenzione alcuna, perché ciò che rimane vietato per le imprese è solo ed essenzialmente concertare un'autonoma iniziativa coordinata con cui farsi giustizia da sé. Semplicemente, il rimedio giuridico concesso dall'ordinamento agli operatori a fronte di questo tipo di situazioni patologiche è tanto scontato quanto inevitabile, ed è quello espressamente indicato in sentenza: ovverosia, il ricorso all'autorità pubblica competente⁶⁴, affinché la stessa pervenga a controllare ed eventualmente sanzionare secondo legge la situazione d'illegalità, nel pieno rispetto delle regole di garanzia proprie dello stato di diritto, cui non può derogarsi nemmeno nella spietata arena della competizione di mercato⁶⁵.

quello del caso di specie (non per nulla, il riconoscimento della legittima difesa in campo concorrenziale è normalmente riconnesso a fattispecie di denigrazione commerciale in risposta ad altrui scorrettezze pubblicitarie o comunque comunicative: v. emblematicamente sent. Cass., sez. I, del 4 novembre 1998, n. 11047, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 114 ss., con nota di G. AMODIO, *Utilizzazione abusiva dei marchi d'identificazione dei metalli preziosi e legittima difesa dalla concorrenza sleale*. Così, se come detto l'ordinamento *antitrust* mira a proteggere un bene giuridico concorrenziale di natura oggettiva, il riconoscimento dell'*illegality defence* come legittima autotutela difensiva non pare una risposta adeguata, perché non vi è un reale conflitto di interessi imprenditoriali da controbilanciare (dal momento che la violazione di autorizzazioni operative pare investire direttamente valori di legalità pubblica, e solo di riflesso interessi privati), cosicché la stessa finirebbe per comportare comunque una perdita secca nel rispetto normativo delle rette dinamiche competitive, al di là della principale e già richiamata problematica della prerogativa pubblicistica sull'*enforcement* delle regole di diritto. In sostanza, rimanendo su di un parallelo di fonte penalistica, di fronte a violazioni di norme pubblicistiche, un boicottaggio escludente di tal fatta deve considerarsi alla stregua di un esercizio arbitrario delle proprie ragioni (v. artt. 392-393 c.p.), come tale vietato per l'attuazione individuale di strumenti (concorrenzialmente) violenti di autotutela, in alternativa al ricorso all'autorità pubblica, e contro cui ogni eventuale *illegality defence* è di per sé esclusa come valida causa di giustificazione.

⁶³ V. punto 20 della sentenza in commento; in via ulteriore, rimarca questo profilo G. DECOCQ, *La légitime défense ne justifie pas le boycott*, cit. *supra*, nota 1, p. 23 ss.

⁶⁴ Peraltro, deve notarsi che, come opportunamente evidenziato dalla Corte, nel caso di specie non vi era stato nessun previo ricorso all'autorità pubblica da parte delle banche concorrenti a denuncia dell'asserita condizione d'illegalità operativa della società intermedia-ria ceca (v. punto 19 della presente sentenza); così, non pare potersi convenire con quanto affermato da H. KÜHNERT - I. AUGUSTINIČ, *Slovak Bank Case: Court of Justice Rejects Illegality Defence for Boycotts*, cit. *supra*, nota 1, p. 316, i quali ipotizzano comunque la possibilità di esentare tali condotte escludenti qualora la violazione pubblicistica sia manifesta e il pregiudizio al pubblico interesse maggiormente grave, poiché, anche in tal caso, deve rilevarsi come l'unica via di tutela legittima per le imprese interessate resti l'esperimento degli opportuni mezzi di ricorso previsti dall'ordinamento giuridico.

⁶⁵ Per un'esplicita affermazione giurisprudenziale pienamente conforme su questo specifico punto v. Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, cit. *supra*, nota 6, secondo cui «deve innanzitutto rilevarsi che il problema dell'ampiezza da riconoscere alla riserva di legge a favore dei consulenti del lavoro appare irrilevante ai fini della soluzione della controversia. La

6. Il consolidato regime *antitrust* di responsabilità dell'impresa per la partecipazione a cartelli anticompetitivi

In chiusura, deve darsi succintamente conto del rimanente quesito interpretativo oggetto di rinvio pregiudiziale, originariamente numerato come terzo e qui posposto per ragioni di ordine logico. Segnatamente, esso concerne un tema tutt'altro che innovativo quale il regime di responsabilità dell'impresa per la presenza a riunioni collusive di un proprio rappresentante aziendale, sotto il profilo del necessario rapporto di preposizione specifica, o comunque di assenso espresso, tra il dipendente personalmente inviato e la struttura societaria apicale⁶⁶.

Tale problematica non è solo classica nel contesto della ricostruzione dell'illecito *antitrust*, ma anche di risalente e consolidata risoluzione in seno alla giurisprudenza comunitaria⁶⁷. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha dunque buon gioco nell'adempiere il proprio compito nomofilattico: infatti, essa si limita a richiamare i sicuri principi di diritto in ma-

Corte Territoriale, infatti, ha sottolineato che il boicottaggio sarebbe stato ugualmente illecito anche se l'offerta Full Service di Inaz Paghe fosse stata illecita a sua volta. Ed invero, a fronte del dedotto comportamento di concorrenza sleale che si insiste nell'attribuire a Inaz, la reazione non avrebbe potuto essere quella attuata di invitare a disdire i contratti in corso con la stessa ed a boicottare i prodotti di Inaz [...]. L'Associazione e/o i propri associati avrebbero infatti potuto agire nelle sedi competenti, davanti al giudice ordinario o davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (procedura per altro avviata con esito positivo per Inaz in relazione al problema che qui occupa), ma non certo intraprendere iniziative escludenti, quali quelle poste in essere».

⁶⁶ In generale sul regime *antitrust* di partecipazione delle imprese a cartelli anticompetitivi, sia sotto il profilo della qualificazione ricostruttiva sia sotto l'aspetto degli specifici oneri probatori v. istituzionalmente R. WHISH - D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 99 ss.

⁶⁷ Sul punto, proprio con riferimento ad una fattispecie di boicottaggio collettivo, v. sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2002 in causa n. T-23/99, *LR AF 1998 A/S, già Løgstor Rør A/S c. Commissione delle Comunità europee*, EU:T:2002:75, secondo cui «un boicottaggio può essere imputato ad un'impresa senza che sia necessario che quest'ultima vi partecipi effettivamente o anche solo possa partecipare alla sua attuazione. La posizione contraria comporterebbe che le imprese che abbiano approvato misure di boicottaggio, ma che non abbiano avuto modo di adottare esse stesse una misura per attuarle, si sottrarrebbero a qualsiasi forma di responsabilità per la loro partecipazione all'accordo. A tale riguardo, un'impresa che abbia preso parte ad un'infrazione multiforme alle regole della concorrenza attraverso comportamenti ad essa specifici, rientranti nella nozione di accordo o di pratica concordata a scopo anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) e diretti a contribuire alla realizzazione dell'infrazione nel suo complesso, può essere responsabile anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell'ambito della medesima infrazione per tutto il periodo della sua partecipazione alla stessa, quando sia accertato che l'impresa considerata è al corrente dei comportamenti illeciti delle altre partecipanti, o che può ragionevolmente prevederli ed è pronta ad accettarne i rischi»; non pare infatti questo ormai consolidato regime di responsabilità aggravata l'aspetto più controverso della questione, vertendo il dibattito su profili ulteriori quale quello concernente l'effettiva imputazione dell'obbligazione risarcitoria scaturente da tale partecipazione oggettivata a condotte illecite, come evidenziato da P. NEBBIA, *Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze europee*, in *Giur. it.*, 2006, p. 320 ss.

teria, secondo i quali la natura clandestina dell'attività di cospirazione non ammette il rigoroso riscontro di regole formali, come la sussistenza di un mandato giuridicamente vincolante⁶⁸, né consente un'indagine positiva dell'effettivo contegno ivi tenuto, ribaltandosi invece in capo all'impresa l'onere di dimostrare, espressamente e pubblicamente, la propria dissociazione da tale iniziativa anticoncorrenziale⁶⁹.

Così, nello specifico, la pronuncia in oggetto ribadisce come, ai fini della responsabilità di un'impresa partecipante ad un incontro di concertazione anticompetitiva, non rilevi l'esplicita condotta attiva o anche solo personalmente consapevole dei rappresentanti statutari, essendo invero sufficiente la mera autorizzazione fattuale ad agire, senza formali vincoli di mandato, ricevuta dall'esponente aziendale inviato per conto dell'impresa stessa. Questa statuizione completa il quadro della sentenza in esame, la quale non ha certo in questa condivisibile ma rituale conclusione i propri profili di maggior interesse⁷⁰.

Bernardo Calabrese*

⁶⁸ V. da ultimo sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 luglio 2008 in causa n. T-53/03, *BPB plc c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta* 2008, II, p. 1333, EU:T:2008:254, commentata da L. IDOT, *Exemples d'ententes injustifiables*, in *Europe*, 2008, X, p. 33 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 473, nonché primariamente sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 1983 in cause riunite n. 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1983, p. 1825, EU:C:1983:158, commentata da E. MOAVERO MILANESI, *La disciplina delle ammende nel diritto comunitario della concorrenza: spunti e riepilogo a proposito di una sentenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, I, p. 387 ss.

⁶⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004 in cause riunite n. C-204/00 P, n. C-205/00 P, n. C-211/00 P, n. C-213/00 P, n. C-217/00 P e n. C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA e Cementir - Cementerie del Tirreno SpA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 123, EU:C:2004:6, commentata da K. HOEGH, *Succession of Liability for Competition Law Infringements - the Cement Judgment*, *ECLR*, 2004, p. 534 e ss., richiamata da ultimo in sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2012 in causa n. C-290/11 P, *Comap SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2012:271, commentata da C. SARRAZIN, *La CJUE rejette deux pourvois et déclare notamment irrecevable un premier moyen commun aux deux recours concernant l'illégalité du cumul des pouvoirs d'instruction et de sanction de la Commission, au titre de la mise en œuvre de l'article 101 TFUE*, in *Concurrences*, 2012, III, p. 88 ss.; sul tema v. anche l'approfondita disamina di D. BAILEY, "Publicly Distancing" Oneself from a Cartel, in *World Competition*, II, 2008 p. 177 ss.

⁷⁰ In senso aspramente critico sul punto v. L. IDOT, *Notion d'entente. Le fait que l'entreprise victime d'une entente opère sur le marché d'une manière prétendument illégale ne fait pas disparaître l'infraction*, *cit. supra*, nota 1, p. 31, ove a tal proposito non si risparmia di rilevare che «l'argumentation dénotait une ignorance manifeste du droit de la concurrence».

* Dottorando in Diritto Pubblico Comparato e dell'Unione Europea / Università degli Studi di Udine

SINTESI

Il presente commento analizza i punti salienti delle questioni interpretative in materia di diritto della concorrenza dell'Unione europea affrontate dalla sentenza in epigrafe in sede di rinvio pregiudiziale.

Segnatamente, i dubbi ermeneutici sollevati innanzi ai giudici comunitari investono la peculiare problematica del rapporto tra la posizione d'illegalità operativa dell'impresa concorrente colpita da un accordo anticompetitivo escludente e la valutazione di compatibilità *antitrust* dell'intesa così realizzata tra gli altri soggetti di mercato.

Dopo aver inquadrato generalmente il trattamento giuridico applicabile in sede di diritto della concorrenza alle fattispecie di boicottaggio, il presente commento si concentra sull'ammissibilità della c.d. *illegality defence* in campo *antitrust*: riesaminando i passaggi argomentativi del ragionamento giuridico effettuato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, si giunge infine a confermare la sostanziale condivisibilità del responso (negativo) sancito tramite la sentenza in oggetto.

In conclusione, il presente commento provvede a richiamare i principi di diritto *antitrust* ribaditi dalla pronuncia con riguardo alle ulteriori questioni interpretative trattate, peraltro alquanto pacifici nell'ambito della consolidata disciplina sulla responsabilità concorrenziale dell'impresa per la partecipazione dei suoi dipendenti a riunioni con oggetto anticompetitivo.

ABSTRACT

This comment analyses the noteworthy points of interpretation concerning EU competition law tackled by the present decision on preliminary ruling.

Namely, the interpretative issues risen before the community judges revolve around the peculiar problem of the relationship between the illegality condition of a competitor affected by an anti-competitive exclusionary agreement and the evaluation of antitrust compatibility of the concertative conduct so carried out among the other market subjects.

After a general presentation of the legal antitrust regime applicable to boycotts, this comment focuses on the admissibility of the so called illegality defence in the area of antitrust law: reassessing the argumentative steps of the legal reasoning adopted by the European Union supreme court, it is finally assumed that the (negative) solution rendered in the decision at hand could be substantially agreed with.

In conclusion, this comment recalls the competition law principles reaffirmed with regard to the other interpretative questions dealt with by the sentence, which actually appear quite undisputed in the context of the well-established rules on antitrust responsibility of an undertaking for the participation of its employees in meetings with anti-competitive object.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LE NUOVE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA DIRETTIVA IN MATERIA DI CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 5 dicembre 2013 in causa n. C-413/12

Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León c. Anuntis Segundamano España SL

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Azione inhibitoria promossa da un'associazione regionale di tutela dei consumatori - Competenza territoriale - Impossibilità di impugnazione di una decisione declinatoria di competenza emessa in primo grado – Autonomia processuale degli Stati membri - Principio di equivalenza – Principio di effettività - Insussistenza del contrasto.

La direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, nonché i principi di effettività e di equivalenza devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro, come quella discussa nel procedimento principale, secondo cui, in materia di azioni inhibitorie esercitate dalle associazioni di tutela dei consumatori, da un lato, una simile azione dev'essere esperita dinanzi ai giudici del luogo di stabilimento o di domicilio del convenuto e, dall'altro, la decisione di incompetenza territoriale emessa da un giudice di primo grado non è impugnabile¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 16 gennaio 2014 in causa n. C-226/12**

Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Alvarez

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee – Contratti stipulati con i consumatori - Interpretazione dell'art. 3, par. 1, della direttiva - Nozione di «significativo squilibrio» - Contratto di compravendita immobiliare - Clausole oggetto di negoziato individuale - Criteri di valutazione delle circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto.

L'art. 3, par. 1, della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che:

- la sussistenza di un «significativo squilibrio» non richiede necessariamente che i costi posti a carico del consumatore da una clausola contrattuale abbiano nei confronti dello stesso un'incidenza economica significativa rispetto al valore dell'operazione di cui trattasi, ma può risultare dal mero fatto di un pregiudizio sufficientemente grave alla situazione giuridica in cui il consumatore, quale parte del contratto, viene collocato in forza delle disposizioni nazionali applicabili, che si tratti di restrizione al contenuto dei diritti che, ai sensi di tali disposizioni, egli trae da tale contratto, o di ostacolo all'esercizio dei medesimi, oppure ancora di imposizione a quest'ultimo di un obbligo ulteriore, non previsto dalla disciplina nazionale;

- al fine di valutare l'eventuale sussistenza di un significativo squilibrio, spetta al giudice del rinvio tenere conto della natura del bene o servizio oggetto del contratto, facendo riferimento a tutte le circostanze che hanno accompagnato la conclusione di tale contratto, nonché a tutte le altre clausole del medesimo².

¹⁻² Sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee si concentra nuovamente l'attenzione della Corte di giustizia in occasione di due procedimenti aventi ad oggetto (causa n. C-226/12) il rimborso di alcuni importi versati dal consumatore signor Alvarez alla società Constructora Principado SA in esecuzione di un contratto di vendita immobiliare nonché (causa n. C-413/12), la richiesta da parte dell'Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León (di seguito denominata: ACICL), con sede a Salamanca, di un provvedimento inibitorio volto ad ottenere una declaratoria di nullità di talune condizioni d'uso che compaiono sul portale internet della Anuntis Segundamano España SL (di seguito denominata: ASE), società commerciale con sede a Barcellona che gestisce un portale internet sul

quale soggetti privati possono pubblicare annunci immobiliari e offerte di lavoro.

Con riferimento alla causa n. C-226/12 il consumatore Alvarez concludeva con la Constructora Principado un contratto di compravendita immobiliare. In seguito ad un contenzioso insorto tra le parti circa il carattere abusivo di una clausola contenuta nel contratto, non oggetto di negoziato, che determinava uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti contrattuali, il consumatore presentava un ricorso dinanzi al Juzgado de Primera Instancia n. 2 de Oviedo che veniva accolto. Il giudice di appello dinanzi al quale la Constructora Principado si rivolgeva, sospendeva il ricorso e si rivolgeva alla Corte di giustizia al fine di interpretare la nozione di «significativo squilibrio» quale criterio generale indicato all'art. 3, par. 1, della direttiva n. 93/13/Cee secondo cui: «Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

In sostanza, la Corte di giustizia ha dovuto chiarire se l'espressione «significativo squilibrio» debba riferirsi ai costi posti a carico del consumatore dalla clausola in questione che abbiano un'incidenza economica rispetto all'operazione conclusa, oppure si riferisca solamente agli effetti che tale clausola riflette sui diritti e sugli obblighi dei consumatori.

È compito del giudice nazionale pronunciarsi sulla questione dell'abusività o meno della clausola controversa e incombe al professionista l'onere della prova circa l'esistenza di un negoziato individuale. Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che l'espressione «significativo squilibrio» non può limitarsi ad una valutazione puramente economica di natura quantitativa, ma possa invece risultare da un pregiudizio sufficientemente grave alla situazione giuridica nella quale lo stesso consumatore viene a trovarsi ai sensi delle disposizioni nazionali applicabili.

La Corte di giustizia ha concluso che è compito del giudice nazionale verificare, ai sensi della normativa spagnola, se la clausola contrattuale controversa porti effettivamente ad un significativo squilibrio, tenendo anche conto di tutte le informazioni che il consumatore ha ricevuto prima della conclusione dei contratti nonché della natura del contratto stesso.

Nella causa n. C-413/12 la questione posta alla Corte di giustizia è diversa. Viene infatti chiesto alla Corte quanto possa incidere la tutela dei consumatori, contemplata nella direttiva n. 93/13/Cee, sull'autonomia processuale degli Stati membri relativamente alle azioni inibitorie che possono essere proposte dalle associazioni dei consumatori.

Alla Corte è stato domandato, altresì, di chiarire se esista la possibilità per le associazioni stesse di interporre appello contro un'ordinanza che dichiari l'incompetenza territoriale della giurisdizione adita nonostante il diritto nazionale escluda, in maniera generale, tale possibilità ed inoltre, se le predette associazioni debbano beneficiare del foro privilegiato riservato ai consumatori. L'ACICL, in forza della legge spagnola sull'azione inibitoria in materia di interessi dei consumatori, proponeva dinanzi al Juzgado de Primera Instancia n. 4 y de lo Mercantil de Salamanca un'azione inibitoria nei confronti dell'ASE.

Il giudice nazionale ha dichiarato di essere territorialmente incompetente a decidere in quanto il tribunale competente a conoscere delle azioni inibitorie intentate per la tutela di interessi collettivi dei consumatori è quello del luogo di stabilimento o di domicilio del convenuto. L'ACICL ha impugnato, così, la decisione dinanzi alla Corte d'appello di Salamanca sostenendo che, nel caso di specie, l'esclusione della competenza territoriale del giudice della sede dell'associazione dei consumatori contrasta con l'obiettivo che la direttiva n. 93/13/Cee vuole perseguire. Il giudice del rinvio ha, dunque, sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia sottoponendole due questioni pregiudiziali.

Con tali questioni è stato chiesto alla Corte di chiarire se la normativa processuale nazionale, secondo la quale le azioni inibitorie debbano essere esperite dinanzi ai giudici del luogo di stabilimento o di domicilio del convenuto e le decisioni di incompetenza territoriale emesse dal giudice di primo grado non siano impugnabili, siano in contrasto con i principi di equivalenza e di effettività.

La Corte ha chiarito, innanzitutto, che la direttiva n. 98/27/Ce relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (in *Guce* n. L 166 del 1998, p. 51), e la direttiva n. 2009/22/Ce concernente i provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori – Versione codificata (in *Guce* n. L 110 del 2009, p. 30) non disciplinano la questione del numero di gradi di giudizio che gli Stati membri dovrebbero prevedere per

quanto riguarda le decisioni di incompetenza territoriale in materia di azioni inibitorie a disposizione delle associazioni di tutela dei consumatori (in questo senso, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 5 settembre 2013). Ne consegue che è compito degli Stati membri, in forza del principio di autonomia processuale, stabilire le regole concernenti gli strumenti di ricorso a disposizione delle associazioni dei consumatori per la cessazione delle clausole abusive che rispettino il principio di equivalenza e di effettività. A parere della Corte di giustizia, il principio di equivalenza viene rispettato. Infatti, le disposizioni nazionali controverse si applicano a tutte le azioni inibitorie. Con riferimento al principio di effettività, occorre valutare i principi processuali che sono alla base del sistema processuale nazionale ossia, il diritto di difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (cfr. sentenze del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9579, EU:C:2009:615; del 14 marzo 2013 in causa n. C-415/11, *Aziz*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:164, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 160).

L'ACICL ha sostenuto che il trasferimento dell'azione inibitoria di cui al procedimento principale ad un altro giudice avrebbe comportato inconvenienti per l'associazione stessa, con il rischio di non poter proseguire l'azione a causa di motivi finanziari.

Secondo la Corte di giustizia, in linea con quanto affermato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, «le norme processuali relative alla struttura dei mezzi di ricorso interni nonché al numero di gradi di giudizio perseguono un interesse generale di buona amministrazione della giustizia e di prevedibilità, esse devono prevalere sugli interessi particolari, nel senso che non possono essere adattate in funzione della situazione economica di una parte». Inoltre, non possono essere assimilate le associazioni di consumatori ai consumatori. È il consumatore, infatti, che si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista sia per il potere nelle trattative, sia per il grado di informazione (cfr. sentenze del 4 giugno 2009 in causa n. C-243/08, *Pannon GSM*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4713, EU:C:2009:350, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 543; del 14 giugno 2012 in causa n. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, inedita in *Raccolta*, ECLI:EU:C:2012:349).

È innegabile che un'azione inibitoria che contrapponga un'associazione di consumatori ad un professionista non si caratterizza per lo stesso squilibrio che sarebbe presente se l'azione stessa venisse presentata dal singolo consumatore. La Corte di giustizia richiama, altresì, le direttive n. 98/27/Ce e n. 2009/22/Ce secondo le quali competenti a conoscere delle azioni inibitorie presentate dalle associazioni di consumatori di altri Stati membri – in caso di violazione intracomunitaria della normativa dell'Unione in materia di tutela dei consumatori – sono i giudici dello Stato membro di stabilimento o di domicilio del convenuto.

Ne consegue, e così conclude la Corte, che la normativa spagnola è assolutamente conforme alla direttiva n. 93/13/Cee non rendendo particolarmente difficile l'esercizio dell'azione inibitoria da parte dell'ACICL.

LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI E RESTRIZIONI QUANTITATIVE ALL'IMPORTAZIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 16 gennaio 2014 in causa n. C-481/12

UAB «JUVELTA» c. VI «LIETUVOS PRABAVIMO RUMAI»

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 34 ss. TFUE - Libera circolazione delle merci - Restrizioni quantitative all'importazione - Misure di effetto equivalente - Commercializzazione di oggetti in me-

talli preziosi - Marchiatura supplementare da parte di un ufficio pubblico indipendente autorizzato - Requisiti imposti dalla normativa dello Stato membro di importazione - Sussistenza del contrasto.

L'art. 34 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale, per poter essere commercializzati nel mercato di uno Stato membro, oggetti in metalli preziosi importati da un altro Stato membro, nel quale la loro commercializzazione è autorizzata e che sono stati marchiati con un punzone in conformità della normativa di tale secondo Stato membro, devono, quando le indicazioni relative al titolo di tali oggetti presenti su tale punzone non sono conformi alle prescrizioni della normativa del primo Stato membro, essere nuovamente marchiati, da un organismo di controllo indipendente autorizzato da quest'ultimo Stato membro, mediante un punzone che conferma che detti oggetti sono stati controllati e che indica il loro titolo conformemente alle citate prescrizioni¹.

La circostanza che una marchiatura supplementare di oggetti in metalli preziosi importati, destinata a fornire indicazioni sul titolo di questi oggetti in una forma comprensibile per i consumatori dello Stato membro d'importazione, non sia stata apposta da un organismo di controllo indipendente autorizzato da uno Stato membro, non incide sulla risposta apportata alla prima questione, quando su tali oggetti sia stata preliminarmente apposta una punzonatura relativa al titolo da parte di un Ufficio del saggio dei metalli preziosi indipendente autorizzato dallo Stato membro d'esportazione e le indicazioni che tale marchiatura fornisce siano conformi a quelle che figurano in detta punzonatura².

¹⁻² La rinnovata punzonatura nazionale, richiesta dalla normativa lituana agli oggetti in metalli preziosi importati da un altro Stato membro, è una restrizione all'importazione contraria alla normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 34 ss. TFUE concernenti la libera circolazione delle merci è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la UAB «Juvelta» (di seguito denominata: Juvelta), una società che esercita il commercio al dettaglio di articoli di gioielleria in metalli preziosi, e, dall'altro lato, l'Ufficio lituano del saggio dei metalli preziosi (di seguito denominato: Ufficio) in merito alla decisione di quest'ultimo che aveva ingiunto alla Juvelta di apporre, in un Ufficio pubblico indipendente, sugli oggetti in oro che commercializza, punzonature conformi ai requisiti della normativa lituana. La punzonatura – definita dagli Stati dello Spazio Economico Europeo (SEE) e dalla Repubblica di Turchia – attesta che gli oggetti recanti tale punzonatura sono stati controllati e punzonati da un ufficio indipendente autorizzato dallo Stato interessato e sono conformi al titolo espresso in cifre arabe nella punzonatura stessa che indica il tenore in metalli preziosi espresso in millesimi del peso della lega.

Ai sensi della normativa lituana sul controllo dei metalli preziosi e delle pietre preziose, agli oggetti in metalli preziosi e alle pietre preziose importati in Lituania deve essere apposta la punzonatura nazionale di tale Stato da parte dell'Ufficio. Gli oggetti preziosi che

vengono importati da uno Stato del SEE o dalla Turchia possono essere commercializzati privi della punzonatura dell'Ufficio qualora siano stati controllati e punzonati dall'Ufficio del saggio indipendente autorizzato dallo Stato stesso.

In seguito all'ispezione da parte dell'Ufficio dalla quale è emerso che gli oggetti in oro non erano conformi alla normativa lituana, l'Ufficio ingiungeva alla Juvelta di apporre la punzonatura prescritta. Il giudice del rinvio, dinanzi al quale la Juvelta ha impugnato la sentenza con la quale la propria domanda di annullamento del verbale veniva respinta, sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia. Alla Corte di giustizia è stato chiesto di chiarire se la normativa lituana che impone una nuova marchiatura da parte di un organismo di controllo indipendente autorizzato da quest'ultimo Stato agli oggetti in metalli preziosi importati da un altro Stato membro per poter essere commercializzati in Lituania, nonostante che tali oggetti possano essere commercializzati in tale Stato, contrasti con gli artt. 34 ss. TFUE. La Corte ha ricordato *in primis* che, secondo la propria giurisprudenza costante, ogni normativa commerciale degli Stati membri idonea ad ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, il commercio nell'ambito dell'UE è una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative ai sensi dell'art. 34 TFUE (cfr., in particolare, sentenze dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837, EU:C:1974:82; del 2 dicembre 2010 in causa n. C-108/09, *Ker-Optika*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 12213, EU:C:2010:725, e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 713).

Secondo la Corte di giustizia, inoltre, una disciplina nazionale che prescriva che oggetti in metalli preziosi importati da altri Stati membri, dove sono legalmente posti in vendita e punzonati conformemente alla normativa di detti Stati, siano assoggettati a una nuova punzonatura nello Stato membro di importazione produce l'effetto di rendere le importazioni più difficili e costose (cfr. sentenze del 22 giugno 1982 in causa n. 220/81, *Robertson e a.*, in *Raccolta*, 1982, p. 2349, EU:C:1982:239; del 15 settembre 1994 in causa n. C-293/93, *Houtwipper*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4249, EU:C:1994:330 nonché del 21 giugno 2001 in causa n. C-30/99, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4619, EU:C:2001:346, e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 334).

Nella situazione oggetto del procedimento principale, gli oggetti in metalli preziosi e le pietre preziose già marchiate con un punzone recante indicazioni difformi dalle prescrizioni della normativa lituana possono essere commercializzati in Lituania previa nuova punzonatura in tale Stato membro. Tale normativa, a parere della Corte di giustizia, è vietata perché contraria alla normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO N. 44/2001 NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ PER PRODOTTI DIFETTOSI E CON RIFERIMENTO AL DIRITTO DI RECESSO IN UN CONTRATTO DI PRESTAZIONE DI SERVIZI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 16 gennaio 2014 in causa n. C-45/13

Andreas Kainz c. Pantherwerke AG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e

commerciale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Azione di risarcimento danni sulla responsabilità per prodotti difettosi - Prodotto difettoso fabbricato in uno Stato membro e venduto in un altro Stato membro - Interpretazione dell'art. 5, punto 3, del Regolamento - Interpretazione della nozione di «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire» - Individuazione del luogo del fatto generatore del danno.

L'art. 5, punto 3, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che, in caso di contestazione della responsabilità di un fabbricante per prodotti difettosi, il luogo del fatto generatore del danno è costituito dal luogo di fabbricazione del prodotto di cui trattasi¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 19 dicembre 2013 in causa n. C-9/12

Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Interpretazione degli artt. 2 e 5, punto 1, lett. a. e b., del Regolamento - Competenza speciale in materia contrattuale - Nozioni di «compravendita di beni» e di «prestazione di servizi» - Recesso da un contratto di concessione di vendita di beni - Richiesta di indennità.

L'art. 2 del Regolamento n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, dev'essere interpretato nel senso che, qualora il convenuto sia domiciliato in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito della controversia, osta all'applicazione di una norma nazionale sulla competenza come quella prevista all'art. 4 della legge del 27 luglio 1961 sul recesso unilaterale dalle concessioni di vendita esclusiva a durata indeterminata, come modificata dalla legge del 13 aprile 1971 sul recesso unilaterale dalle concessioni di vendita².

L'art. 5, punto 1, lett. b., del Regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che la norma sulla competenza stabilita al secondo trattino di tale disposizione per le controversie relative ai contratti di prestazione

*di servizi trova applicazione nel caso di un'azione giudiziaria con cui un attore che ha sede in uno Stato membro fa valere, nei confronti di un convenuto che ha sede in un altro Stato membro, diritti derivanti da un contratto di concessione, il che presuppone che il contratto vincolante le parti comporti clausole specifiche circa la distribuzione da parte del concessionario della merce venduta dal concedente. È compito del giudice nazionale verificare se ciò effettivamente si verifichi nella controversia di cui è investito*³.

¹⁻³ In caso di contestazione della responsabilità di un fabbricante per prodotti difettosi, il luogo del fatto generatore del danno è costituito dal luogo di fabbricazione del prodotto. Entrambe le sentenze, sopra massimate, hanno ad oggetto l'interpretazione del Regolamento n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1). La prima riguarda una causa di risarcimento danni per responsabilità da prodotti difettosi (causa n. C-45/13), la seconda riguarda una causa nella quale è stata chiesta un'indennità per il recesso da un contratto di concessione di vendita di beni (causa n. C-9/12). In entrambe, la questione è l'individuazione del giudice competente a conoscere la controversia.

La prima causa ha visto contrapposti, da un lato il signor Kainz, residente in Austria, a Salisburgo e, dall'altro lato, la società tedesca Pantherwerke AG che fabbrica e commercializza biciclette, in merito ad un'azione di risarcimento del danno fondata sulla responsabilità per prodotti difettosi presentata dal signor Kainz in seguito ad un incidente subito dal medesimo, in Germania, con una bicicletta *ivi* fabbricata dalla Pantherwerke AG, ma acquistata presso un rivenditore al dettaglio austriaco.

Il signor Kainz, cittadino salisburghese, mentre circolava sulla propria bicicletta – fabbricata dalla Pantherwerke, ma acquistata presso la società austriaca Funbike GmbH – cadeva a causa del distacco degli ancoraggi dalla forcella della bicicletta e riportava lesioni. Il signor Kainz chiedeva il risarcimento danni alla Pantherwerke a titolo di responsabilità per prodotti difettosi.

Ai sensi dell'art. 5, punto 3, del Regolamento n. 44/2001 concernente le «Competenze speciali»: «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: (...) 3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire». Il ricorrente ha, dunque, promosso l'azione davanti al giudice austriaco. Per contro, la Pantherwerke ha contestato la competenza internazionale dei giudici austriaci ritenendo il luogo del fatto generatore del danno in Germania.

I giudici austriaci in primo grado e in appello hanno declinato la loro competenza. Il giudice del rinvio, l'Oberster Gerichtshof, adito in cassazione dal signor Kainz, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire la nozione di luogo del fatto generatore del danno in materia di responsabilità per prodotti difettosi.

La Corte è stata, dunque, chiamata a interpretare, in caso di contestazione della responsabilità di un produttore per prodotti difettosi, l'art. 5, punto 3, del Regolamento n. 44/2001 al fine di individuare il luogo del fatto generatore del danno.

Come è noto, il sistema di attribuzioni di competenze è fondato sul principio generale in forza del quale le persone aventi domicilio nel territorio di uno Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, dinanzi agli organi giurisdizionali di tale Stato. Le competenze speciali tra le quali figura l'art. 5, punto 3, del Regolamento oggetto di interpretazione, sopra citato, costituiscono una deroga al principio generale della competenza del giudice del domicilio del convenuto e tali regole di competenza speciali devono essere interpretate restrittivamente (cfr., in proposito, sentenza del 18 luglio 2013 in causa n. C-147/12, *ÖFAB*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:490, e la giurisprudenza *ivi* richiamata).

Qualora il luogo in cui avvenga il fatto non coincida con il luogo in cui tale fatto abbia causato il danno, l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto», contenuta all'art. 5, punto 3, del Regolamento n. 44/2001, va interpretata nel senso che si riferisce tanto al luo-

go ove è insorto il danno, quanto al luogo ove si è verificato l'evento generatore dello stesso, con la conseguenza che il convenuto può essere citato, indifferentemente, a scelta dell'attore, dinanzi al giudice dell'uno o dell'altro di tali due luoghi (cfr. sentenze del 16 luglio 2009 in causa n. C-189/08, *Zuid-Chemie*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6917, EU:C:2009:475; del 3 ottobre 2013 in causa n. C-170/12, *Pinckney*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:635). La Corte di giustizia ha, altresì, precisato che può essere validamente adito il giudice nel territorio del quale sia collocato il criterio di collegamento pertinente.

Nel caso di specie, con riferimento alla determinazione del luogo del fatto generatore del danno, la Corte di giustizia ha precisato che esso si colloca, in caso di responsabilità per prodotti difettosi, nel luogo in cui si è realizzato il fatto che ha danneggiato lo stesso prodotto e, generalmente, occorre fare riferimento al luogo in cui il prodotto viene fabbricato.

Ne consegue, pertanto, che in caso di contestazione della responsabilità di un fabbricante per prodotti difettosi, il luogo del fatto generatore del danno è il luogo di fabbricazione del prodotto stesso.

Nella causa n. C-9/12 la questione pregiudiziale si è inserita nel quadro di un'azione proposta dalla Corman-Collins SA, società belga contro la società francese La Maison du Whisky SA a motivo del recesso di quest'ultima da un contratto di concessione di vendita di beni che, secondo la ricorrente nel procedimento principale, avrebbe vincolato le parti contrattuali.

Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro.

L'art. 5 del Regolamento prevede che: «La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: *l.a.* in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; *b.* ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è: nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto, nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto».

Le società Corman-Collins e La Maison du Whisky hanno intrattenuto regolari rapporti commerciali per una decina di anni. La Corman-Collins, che utilizzava la denominazione «Maison du Whisky Belgique» e il sito internet denominato «www.whisky.be» - acquistava whisky dalla Maison du Whisky in Francia e poi rivendeva la merce in Belgio. Nel 2010 la Maison du Whisky comunicava alla Corman-Collins di voler interrompere i rapporti commerciali. Per contro, la Corman-Collins conveniva La Maison du Whisky dinanzi al Tribunal de Commerce di Verviers per ottenere il pagamento dell'indennità sostitutiva di preavviso, nonché un'indennità supplementare.

La Maison du Whisky contestava la competenza territoriale del tribunale adito invocando l'applicazione dell'art. 2 del Regolamento. La Corman-Collins ha invocato l'art. 4 della normativa belga ai sensi della quale il concessionario danneggiato dal recesso da un contratto di vendita che produce effetti in tutto o in parte del territorio belga può, in ogni caso, citare il concedente in Belgio, o davanti al giudice del proprio domicilio, o davanti al giudice del domicilio o della sede del concedente. Qualora sia adito un tribunale belga, quest'ultimo applicherà soltanto il diritto belga.

Il giudice del rinvio ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se sussista un contrasto con il Regolamento n. 44/2001 nel caso in cui il concedente-convenuto nella controversia sia domiciliato in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito, e si applichi una norma nazionale sulla competenza come quella di cui all'art. 4 della legge belga che attribuisce ai giudici nazionali la competenza a conoscere di una controversia relativa al recesso da una concessione di vendita, poiché il concessionario ha sede nel territorio nazionale.

La Corte di giustizia, nel caso di specie, ha osservato che la controversia presenta un elemento di estraneità e rientra, pertanto, nell'ambito di applicazione del Regolamento se il convenuto è domiciliato nel territorio di uno Stato membro. Le norme sulla competenza speciale previste dal Regolamento devono trovare applicazione e prevalere sulle norme nazionali sulla competenza, con la conseguenza che essendo il convenuto domiciliato in uno

Stato diverso da quello del giudice adito della controversia non trova applicazione la normativa belga, sopra citata.

Con riferimento alla nozione di contratto di concessione, esso non trova una definizione nell'UE e può rinviare a situazioni diverse nel diritto degli Stati membri. Comunque, gli obblighi da esso previsti si incentrano sullo scopo di garantire la distribuzione dei prodotti del concedente. Il contratto di concessione si presenta come un accordo quadro che stabilisce le norme generali applicabili in futuro ai rapporti tra concedente e concessionario relativamente agli obblighi di fornitura e di approvvigionamento preparando i successivi contratti di vendita.

Nell'individuazione dell'obbligazione caratteristica del contratto in questione, la Corte di giustizia ha verificato se possa essere considerato come un contratto di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. *b*.

Con riferimento alla nozione di servizi ai sensi dell'art. 5, punto 1, lett. *b*., la Corte ha precisato che essa implica che la parte che li fornisce effettui una determinata attività in cambio di un corrispettivo (cfr. sentenza del 23 aprile 2009 in causa n. C-533/07, *Falco Privatstiftung e Rabitsch*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 3327, EU:C:2009:257, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 249). Per quanto concerne il criterio relativo all'attività, esso corrisponde al compimento di atti positivi rientranti nella prestazione caratteristica fornita dal concessionario il quale – garantendo la distribuzione dei prodotti del concedente – contribuisce a farne pubblicità. Il concessionario, partecipando, per esempio, alle strategie commerciali del concedente, è in grado di offrire ai clienti vantaggi e servizi particolari conquistando una quota maggiore del mercato locale.

Con riguardo alla remunerazione riconosciuta quale corrispettivo per una determinata attività, essa non può intendersi solamente come versamento di una determinata somma. Infatti, nel contratto di concessione, l'insieme dei vantaggi in termini di accesso a strumenti pubblicitari, di trasmissione di *know-how* e di agevolazioni di pagamento, rappresentano per il concessionario stesso una remunerazione.

La Corte di giustizia ha concluso, perciò, nel senso che il contratto concluso tra la Maison du Whisky e la Corman-Collins può essere qualificato come un contratto di prestazione di servizi con la conseguente applicazione dell'art. 5, punto 1, lett. *b*. del Regolamento n. 44/2001. La norma sulla competenza, secondo la quale la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in materia contrattuale davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, trova applicazione solamente in via alternativa per esclusione rispetto alle norme sulla competenza di cui all'art. 5, punto 1, lett. *b*.

LA CORTE DI GIUSTIZIA CHIARISCE IL METODO DI CALCOLO DELL'INDENNITÀ FORFETARIA NEL CASO DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO INTERVENUTO DURANTE UN CONGEDO PARENTALE

Corte di giustizia

Sentenza del 27 febbraio 2014 in causa n. C-588/12

Lyreco Belgium NV c. Sophie Rogiers

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 96/34/Ce - Accordo quadro sul congedo parentale - Clausole n. 1 e n. 2, punto 4 - Congedo parentale a tempo parziale - Risoluzione del con-

tratto senza giustificato motivo - Licenziamento - Diritti acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale - Lavoro equivalente o analogo - Indennità forfetaria di tutela per fruizione di un congedo parentale - Criteri per il calcolo dell'indennità - Contrasto.

La clausola 2, punto 4, dell'accordo quadro sul congedo parentale, concluso il 14 dicembre 1995, contenuto nell'allegato della direttiva n. 96/34/Ce del Consiglio del 3 giugno 1996 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, come modificata dalla direttiva n. 97/75/Ce del Consiglio del 15 dicembre 1997, esaminata alla luce tanto degli obiettivi perseguiti da tale accordo quadro quanto del punto 6 della medesima clausola, deve essere interpretata nel senso che essa osta a che l'indennità forfetaria di tutela dovuta ad un lavoratore che fruisce di un congedo parentale a tempo parziale, in caso di risoluzione unilaterale da parte del datore di lavoro, senza motivo grave o adeguato, del contratto di tale lavoratore assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno, sia determinata sulla base della retribuzione diminuita percepita da quest'ultimo alla data del suo licenziamento¹.

¹ In caso di licenziamento illegittimo durante un congedo parentale a tempo parziale, l'indennità di tutela da corrispondersi al lavoratore va calcolata in base alla retribuzione a tempo pieno. È quanto ha statuito la Corte di giustizia nella sentenza sopra massimata.

La direttiva n. 96/34/Ce relativa all'accordo quadro sul congedo parentale (in *Guce* n. L 145 del 1996, p. 4, come modificata dalla direttiva n. 97/75/Ce, in *Guce* n. L 10 del 1998, p. 24) prevede che i lavoratori siano protetti dal licenziamento illegittimo causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale. Al termine del congedo parentale il lavoratore ha diritto di riavere il medesimo posto di lavoro o, qualora la cosa non sia possibile, un lavoro equivalente o simile corrispondente al proprio contratto e rapporto di lavoro (clausola 2 dell'accordo quadro).

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Lyreco Belgium NV (di seguito denominata Lyreco) e, dall'altro lato, la signora Rogiers relativamente al calcolo dell'indennità forfetaria di tutela dovutale dal datore di lavoro a seguito del licenziamento illegittimo avvenuto durante il congedo parentale a tempo parziale.

La signora Rogiers lavorava a tempo pieno con un contratto a tempo indeterminato presso la Lyreco e fruiva di un congedo di maternità che veniva prolungato di quattro mesi grazie all'ottenimento di un congedo parentale a metà tempo. Il datore di lavoro, all'inizio del congedo parentale, risolveva il contratto di lavoro con un preavviso di cinque mesi. La signora Rogiers presentava così un ricorso davanti al Tribunale di lavoro di Anversa che condannava la Lyreco al pagamento dell'indennità forfetaria di tutela in quanto il contratto era stato risolto unilateralmente senza giustificato motivo. Il giudice adito in appello dalla Lyreco sospendeva il procedimento e chiedeva alla Corte di giustizia se, nel caso di specie, l'indennità forfetaria dovuta alla lavoratrice dovesse essere calcolata sulla base della retribuzione percepita dalla lavoratrice alla data del licenziamento (secondo la Lyreco l'indennità doveva essere calcolata sullo stipendio corrispondente al lavoro a metà tempo svolto nell'ambito del congedo parentale a tempo parziale).

La Corte di giustizia ha chiarito che lo scopo dell'accordo quadro è quello di consentire ai neo genitori di interrompere l'attività lavorativa per dedicarsi alle responsabilità familiari con la garanzia di poter rientrare al loro posto di lavoro al termine del congedo.

Affinché i lavoratori possano esercitare il diritto al congedo previsto dall'accordo quadro è necessario che gli Stati membri prendano le misure necessarie per proteggere i lavoratori da eventuali licenziamenti ingiustificati causati dalla fruizione del congedo parentale. A parere della Corte di giustizia, la corresponsione di un'indennità forfetaria di tutela equivalente rientra tra le misure previste nell'accordo quadro e dirette a proteggere i lavoratori dal licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale.

Tuttavia, se il calcolo del congedo parentale si basasse non sulla retribuzione relativa al suo contratto di lavoro a tempo pieno, ma sulla retribuzione diminuita versatagli durante il congedo parentale a tempo parziale, il beneficio a vantaggio del lavoratore non sarebbe raggiunto. La Corte di giustizia, in proposito, ha richiamato la propria giurisprudenza, in particolare un caso analogo, la sentenza *Meerts* (sentenza del 22 ottobre 2009 in causa n. C-116/08, in *Raccolta*, 2009, I, p. 63, EU:C:2009:645) nella quale è stato precisato che una normativa nazionale che si risolvesse in una riduzione dei diritti che discendono dal rapporto di lavoro in caso di congedo parentale potrebbe dissuadere il lavoratore dal fruire di tale congedo e invitare il datore di lavoro a licenziare i soggetti che si trovano in una simile situazione. La finalità dell'accordo quadro però in questo caso verrebbe posta in discussione in quanto, come sopra precisato, tra gli obiettivi vi è proprio quello di conciliare la vita professionale con quella familiare. La Corte di giustizia ha, infine, precisato che i diritti acquisiti dal lavoratore alla data di inizio del congedo parentale devono rimanere immutati fino alla fine del congedo stesso e che tra tali diritti e vantaggi rientrano anche quelli relativi alle condizioni di lavoro, come il diritto ad ottenere un'indennità forfetaria di tutela in caso di risoluzione unilaterale del contratto senza adeguato motivo. L'indennità da corrispondersi al lavoratore, infatti, viene versata al lavoratore per il lavoro svolto e che egli avrebbe continuato a svolgere senza l'illegittimo licenziamento (cfr. sentenze del 27 giugno 1990 in causa n. C-33/89, *Kowalska*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2591, EU:C:1990:265; del 9 febbraio 1999 in causa n. C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 623, EU:C:1999:60, e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 301).

PARITÀ DI TRATTAMENTO IN MATERIA DI LAVORO PER LE MAMME CHE HANNO AVUTO UN FIGLIO TRAMITE LA MATERNITÀ SURROGATA E PER LE DONNE CHE VENGONO ESCLUSE DA UN CORSO DI FORMAZIONE PERCHÉ STANNO FRUENDO DI UN CONGEDO OBBLIGATORIO DI MATERNITÀ

I

Corte di giustizia

Sentenza del 18 marzo 2014 in causa n. C-167/12

C.D. c. S.T.

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 92/85/Cee – Misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Art. 8 della direttiva - Madre (committente) con un figlio avuto per mezzo di un contratto di maternità surrogata - Mancato riconoscimento di un congedo di maternità - Direttiva n. 2006/54/Ce –

Pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego - Art. 14 della direttiva – Trattamento meno favorevole della madre committente riguardo alla concessione del congedo di maternità - Non riconoscimento del diritto al congedo di maternità.

La direttiva n. 92/85/Cee del Consiglio del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva n. 89/391/Cee), deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità ai sensi dell'art. 8 di tale direttiva a una lavoratrice che, in qualità di madre committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino¹.

Il combinato disposto dell'art. 14 con l'art. 2, par. 1, lett. a. e b., e 2, lett. c., della direttiva n. 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, deve essere interpretato nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il rifiuto di un datore di lavoro di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 18 marzo 2014 in causa n. C-363/12

Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 2006/54/Ce - Pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego - Madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata - Mancato riconoscimento di un congedo di maternità - Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità – Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazione fondata su un *handicap* - Impedimento della madre committente ad avere figli - Presenza di un *handicap* - Va-

Validità delle direttive n. 2006/54 e n. 2000/78 - Mancata concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità.

La direttiva n. 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, in particolare agli artt. 4 e 14 deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente.

La situazione di una simile madre committente in ordine al riconoscimento di un congedo di adozione non rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva³.

La direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata.

La validità di tale direttiva non può essere esaminata in riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ma la stessa direttiva deve essere oggetto, per quanto possibile, di un'interpretazione conforme a detta Convenzione⁴.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 6 marzo 2014 in causa n. C-595/12

Loredana Napoli c. Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2006/54/Ce - Politica sociale - Pari opportunità e parità di trattamento fra lavoratori fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego - Corso di formazione per il conseguimento della nomina come dipendente pubblico di ruolo - Esclusione automatica per assenza prolungata - Assenza dovuta a un congedo obbligatorio di maternità - Effetto diretto del-

la direttiva - Disapplicazione da parte del giudice nazionale delle disposizioni nazionali contrarie alla direttiva - Trattamento contrario al diritto dell'UE - Sussistenza del contrasto.

L'art. 15 della direttiva n. 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che, per motivi di interesse pubblico, esclude una donna in congedo di maternità da un corso di formazione professionale inerente al suo impiego ed obbligatorio per poter ottenere la nomina definitiva in ruolo e beneficiare di condizioni d'impiego migliori, pur garantendole il diritto di partecipare a un corso di formazione successivo, del quale tuttavia resta incerto il periodo di svolgimento⁵.

L'art. 14, par. 2, della direttiva n. 2006/54 non si applica a una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, che non riserva una determinata attività ai soli lavoratori di sesso maschile, ma ritarda l'accesso a tale attività da parte delle lavoratrici che non abbiano potuto giovare di una formazione professionale completa a causa di un congedo di maternità obbligatorio⁶.

Le disposizioni degli artt. 14, par. 1, lett. c., e 15 della direttiva n. 2006/54 sono sufficientemente chiare, precise e incondizionate da poter produrre un effetto diretto⁷.

¹⁻⁷ Il ricorso alle tecniche di maternità surrogata costituisce una forma di riproduzione assistita sempre più frequente ai giorni nostri e pone delicati problemi di ordine politico, sociale ed etico relativamente alla sua regolamentazione. Infatti, le legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea sulla maternità surrogata si diversificano in maniera considerevole. In molti Stati membri la maternità surrogata è vietata, in altri, invece, viene ammessa a talune condizioni. È la prima volta che la Corte di giustizia si pronuncia su un caso di maternità surrogata, vietata nel nostro ordinamento. La Corte si era pronunciata nel caso *Sabine Mayr* (sentenza del 28 febbraio 2008 in causa n. C-506/06, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1017, EU:C:2008:119, e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 352) concernente la fecondazione *in vitro* affermando il divieto di licenziamento delle lavoratrici in attesa di fecondazione assistita.

Le garanzie prestate alle lavoratrici gestanti non vengono riconosciute anche alle ipotesi di maternità surrogata. Le lavoratrici gestanti non sono, dunque, equiparate alle madri (committenti) di bambini frutto di una maternità surrogata. Questo è quanto ha affermato la Corte di giustizia nelle prime due sentenze, sopra massimate (causa n. C-167/2012 e n. C-363/12).

La questione pregiudiziale proposta alla Corte di giustizia dall'Employment Tribunal di Newcastle upon Tyne (Regno Unito) in causa n. C-167/12 e dall'Equality Tribunal (Irlanda) in causa n. C-363/12 è se una donna abbia diritto al congedo di maternità anche quando non abbia partorito personalmente, ma il figlio sia stato dato alla luce da una c.d. madre surrogata o in affitto.

Le donne si sono avvalse di una madre surrogata per avere un figlio e hanno concluso entrambe contratti di maternità surrogata (la prima ai sensi del diritto britannico, la seconda

ai sensi del diritto californiano). Dopo la nascita dei bambini, le donne hanno chiesto ai loro datori di lavoro un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità (o a un congedo di adozione) che è stato loro rifiutato per la ragione che non soddisfacevano i requisiti richiesti dalla normativa in vigore in materia di congedi di maternità o di adozione.

Il giudice del rinvio, nella causa n. C-167/12, ha sollevato la questione se la madre affidataria, che abbia avuto un figlio per effetto di un contratto di maternità surrogata, possa far discendere il beneficio del congedo dalla direttiva n. 92/85/Ce (in *Guce* n. L 348 del 1992, p. 1), mentre, nella causa n. C-363/12 è stato chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se negare un congedo di maternità a una madre committente costituisca una discriminazione fondata sul sesso ai sensi degli artt. 4 e 14 della direttiva n. 2006/54/Ce (in *Gu-Ue* n. L 204 del 2006, p. 23).

La Corte di giustizia ha precisato che lo scopo della direttiva n. 92/85/Ce è quello di promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodi allattamento (cfr. sentenze dell'11 ottobre 2007 in causa n. C-460/06, *Paquay*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 8511, EU:C:2007:601, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 352; dell'11 novembre 2010 in causa n. C-232/09, *Danosa*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 11405, EU:C:2010:674). Tali soggetti vengono considerati come un gruppo esposto a rischi specifici e, pertanto, devono essere adottati provvedimenti *ad hoc* per la loro salute e sicurezza.

Ai sensi dell'art. 8 della direttiva, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le lavoratrici fruiscono di un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, ripartite prima e/o dopo «il parto», conformemente alle legislazioni e/o alle prassi nazionali (sui motivi fondati per sospendere l'esercizio dell'attività lavorativa, cfr. sentenze del 20 settembre 2007 in causa n. C-116/06, *Kiiski*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 7643, EU:C:2007:536; del 19 settembre 2013 in causa n. C-5/12, *Betriu Montull*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:571).

A parere della Corte di giustizia, il congedo di maternità è inteso a garantire, in particolare, la difesa della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza (cfr. sentenze del 27 ottobre 1998 in causa n. C-411/96, *Boyle e a.*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6401, EU:C:1998:506; *Betriu Montull*, cit.). Ne consegue, pertanto, che la protezione che vuole essere data alla donna si riferisce alla situazione particolare derivante dalla gravidanza. Si vuole dunque proteggere la relazione tra la donna e il bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto. La Corte ha affermato che il riconoscimento di un congedo di maternità ai sensi dell'art. 8 della direttiva presuppone che venga accordato alla lavoratrice incinta e che abbia partorito e che gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere, nel caso di specie alla signora D. (che non è mai stata incinta) il diritto ad un congedo di maternità. La Corte di giustizia ha aggiunto, altresì, che il rifiuto di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente non costituisce una discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso ai sensi della direttiva n. 2006/54/Ce. Infatti, una discriminazione indiretta fondata sul sesso sussiste quando l'applicazione di una norma nazionale porti a sfavorire un numero più alto di lavoratori di un sesso che dell'altro (cfr. sentenze del 2 ottobre 1997 in causa n. C-1/95, *Gerster*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 5253, EU:C:1997:452; del 20 ottobre 2011 in causa n. C-123/10, *Brachner*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 10003, EU:C:2011:675 nonché del 20 giugno 2013 in causa n. C-7/12, *Riežniece*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:410).

L'Avvocato Generale Kokott nella causa n. C-167/12, giungendo alla conclusione opposta, aveva statuito che: «una madre affidataria, che abbia avuto un figlio per effetto di un contratto di maternità surrogata, successivamente alla nascita del bambino ha in ogni caso diritto al congedo di maternità ai sensi degli artt. 2 e 8 della direttiva n. 92/85 qualora assuma la custodia del bambino dopo la sua nascita, la maternità surrogata sia lecita nello Stato membro interessato e siano soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa nazionale dello Stato membro medesimo, anche nel caso in cui la madre affidataria non provveda all'allattamento del bambino dopo la nascita, dovendo, da un lato, il congedo durare almeno due settimane e, dall'altro, essere computato il congedo di maternità di cui abbia eventualmente usufruito la madre surrogata».

Nella causa n. C-362/12 la Corte si è soffermata in particolar modo ad esaminare se costituisca una discriminazione fondata sul sesso ai sensi della direttiva n. 2006/54/Ce il fatto di negare un congedo di maternità ad una madre committente. La Corte ha precisato che

sussisterebbe una discriminazione fondata sul sesso se la ragione del rifiuto riguardasse esclusivamente i lavoratori di uno dei due sessi (cfr. sentenze dell'8 novembre 1990 in causa n. C-177/88, *Dekker*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3941, EU:C:1990:383; del 5 maggio 1994 in causa n. C-421/92, *Habermann-Beltermann*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1657, EU:C:1994:187, annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 376; del 26 febbraio 2008 in causa n. C-506/06, *Mayr*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1017, EU:C:2008:119, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 352).

Un padre committente sarebbe trattato, nel caso di specie, esattamente nello stesso modo di una madre committente in una situazione analoga: il diniego non sfavorisce le lavoratrici di sesso femminile rispetto ai lavoratori di sesso maschile. Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che il rifiuto di concedere alla signora Z. un congedo di maternità non costituisce una discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso ai sensi della direttiva n. 2006/54/Cee.

Costituisce una discriminazione ai sensi della direttiva n. 2006/54/Ce qualsiasi trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla sua gravidanza o al congedo di maternità ai sensi della direttiva n. 92/85/Cee.

La Corte è stata chiamata, altresì, a chiarire se il diniego del congedo in questione possa costituire una discriminazione fondata sull'*handicap* ai sensi della direttiva n. 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16). La nozione di *handicap* non è definita nella direttiva. Tuttavia, a parere della Corte, tale nozione deve essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un'impossibilità di esercitare un'attività professionale, ma anche ad un ostacolo a svolgere una simile attività. Tale considerazione è in linea con la finalità della direttiva che è quella di garantire che una persona con disabilità possa accedere ad un lavoro e svolgerlo (cfr. sentenza dell'11 aprile 2013 in causa n. C-335/11 e n. C-337/11, *HK Danmark*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2013:222). Nel caso di specie, la signora Z. non poteva procreare a causa di una rara malattia che le causava certamente una grave sofferenza, ma che non costituiva un ostacolo alla sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale e lavorativa. Anche l'Avvocato Generale Wahl nelle proprie conclusioni presentate il 26 settembre 2013 aveva precisato che «la questione di cosa costituisce un *handicap* ai sensi della direttiva n. 2000/78/Ce deve essere esaminata caso per caso, alla luce della logica che sottende tale atto giuridico».

Di conseguenza, la questione è se la menomazione di cui trattasi – in collegamento con barriere specifiche, che siano fisiche, attitudinali e organizzative – costituisca un ostacolo all'esercizio dell'attività professionale (a parere dell'Avvocato Generale l'esame delle questioni sollevate non ha messo in luce nessun elemento idoneo ad inficiare la validità delle direttive n. 2006/54/Ce e n. 2008/78/Ce).

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che l'incapacità di procreare non costituisce un impedimento della madre committente ad accedere ad un impiego e a svolgerlo normalmente e, pertanto, non può essere considerato un *handicap* ai sensi della direttiva n. 2000/78/Ce.

Nel caso *Napoli* (in causa n. C-595/12) il TAR del Lazio ha sollevato una questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2006/54/Ce nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Napoli e, dall'altro lato, il Ministero della Giustizia (Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria) per aver escluso la ricorrente da un corso di formazione a causa della sua assenza per congedo obbligatorio di maternità. Nel mese di aprile 2009 la ricorrente aveva superato un concorso per la nomina a vice commissario della polizia penitenziaria ed era stata ammessa a partecipare ad un corso di formazione. La ricorrente, avendo partorito, usufruiva del congedo di maternità. Le veniva perciò comunicato che sarebbe stata dimessa dal corso con la conseguente perdita della retribuzione. Il TAR del Lazio, dinanzi al quale la ricorrente si è rivolta, ha chiesto alla Corte di giustizia di precisare se una normativa nazionale che – per motivi di interesse pubblico – esclude una donna in congedo di maternità da un corso di formazione professionale per poter passare di ruolo, con una maggiore retribuzione, con la garanzia di poter partecipare ad un corso di formazione successivo (la cui data è incerta) contrasti con la direttiva n. 2006/54/Ce.

La Corte di giustizia ha subito precisato che, ai sensi della direttiva oggetto di interpretazione, costituisce una discriminazione fondata sul sesso riservare un trattamento meno favorevole ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità. Alla fine del periodo di congedo per maternità la donna deve avere il diritto di riprendere il

proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza (art. 15 della direttiva).

A parere della Corte di giustizia, il corso di formazione dal quale è stata esclusa la ricorrente è tenuto nel contesto del rapporto di lavoro ed ha il precipuo scopo di prepararla per un esame che le permetterebbe di ottenere una promozione. Tale corso deve rientrare nelle condizioni di lavoro di cui all'art. 14, par. 1, lett. c., e dell'art. 15 della direttiva n. 2006/54/Ce (cfr. sentenze *Thibault*, cit., e del 18 novembre 2004 in causa n. C-284/02, *Sass*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11143, EU:C:2004:722).

Si precisa che l'art. 15 di tale direttiva, relativo al rientro dal congedo di maternità, prevede che: «Alla fine del periodo di congedo per maternità, la donna ha diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza».

Nel caso di specie, il congedo di maternità non ha influito sulla qualifica di tale lavoratrice in quanto lo *status* di vice commissario in prova – che garantiva l'iscrizione al corso successivo – è stato mantenuto e la signora Napoli ha ritrovato il suo posto al rientro dal congedo.

Tuttavia, il fatto di essere stata esclusa dal corso di formazione professionale a causa del congedo di maternità ha inciso sulle condizioni di lavoro della ricorrente. La signora Napoli ha perso, infatti, l'opportunità di beneficiare di migliori condizioni di lavoro integrando così un trattamento sfavorevole ai sensi dell'art. 15.

Non è stato rispettato, a parere della Corte di giustizia, il principio di proporzionalità. Tale principio, infatti, riconoscendo solamente alla lavoratrice la possibilità di partecipare al corso in una data successiva non è rispettato perché esclude automaticamente la lavoratrice dal corso di formazione con l'impossibilità di poter sostenere l'esame senza tener conto, né della fase del corso in cui si verifica l'assenza per congedo di maternità, né della formazione già acquisita.

A parere della Corte, per garantire l'uguaglianza tra uomini e donne ai sensi della direttiva gli Stati membri dovrebbero conciliare l'esigenza di formazione completa dei candidati con i diritti della lavoratrice predisponendo, per esempio, per la lavoratrice che rientra da un congedo di maternità corsi di recupero paralleli equivalenti a quelli previsti per consentire alla stessa di accedere il prima possibile a un livello superiore di carriera. Solo così la sua carriera non verrebbe sfavorita rispetto al collega di sesso maschile vincitore dello stesso concorso ed ammesso al medesimo corso di formazione.

Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare il diritto dell'UE ed è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione contraria. I singoli lavoratori possono invocare gli artt. 14 e 15 della direttiva n. 2006/54/Ce nei confronti dello Stato membro e applicati dal giudice nazionale al fine di disapplicare qualunque disposizione nazionale che non sia conforme alle disposizioni comunitarie.

CONTRASTA CON IL DIRITTO DELL'UNIONE L'OBLIGO IMPOSTO DALLA POLONIA E DALLA LITUANIA DI SPOSTARE IL VOLANTE DELLE AUTOVETTURE SULLA PARTE SINISTRA DEL VEICOLO

I

Corte di giustizia

Sentenza del 20 marzo 2014 in causa n. C-639/11

Commissione europea c. Repubblica di Polonia sostenuta da Repubblica di Lituania

Art. 258 TFUE - Inadempimento di uno Stato membro - Immatricolazione dei veicoli a motore - Artt. 34 TFUE e 36 TFUE - Direttiva n. 70/311/Cee sui dispositivi di sterzo dei veicoli a motore e dei loro rimorchi - Direttiva n. 2007/46/Ce che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli - Sostituzione dei sistemi di omologazione degli Stati membri con un'idonea procedura comunitaria basata sul principio dell'armonizzazione totale - Guida a destra in uno Stato membro - Obbligo, ai fini dell'immatricolazione, di spostare sul lato sinistro il dispositivo di sterzo delle autovetture situato sul lato destro - Inadempimento.

La Repubblica di Polonia, subordinando l'immatricolazione sul proprio territorio di autovetture con dispositivo di sterzo collocato a destra, nuove o precedentemente immatricolate in altri Stati membri, allo spostamento del volante sul lato sinistro, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 2 bis della direttiva n. 70/311/Cee del Consiglio dell'8 giugno 1970 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi di sterzo dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, dell'art. 4, par. 3, della direttiva n. 2007/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli (direttiva quadro), e dell'art. 34 TFUE¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 20 marzo 2014 in causa n. C-61/12

Commissione europea c. Repubblica di Lituania sostenuta da: Repubblica di Estonia, Repubblica di Lettonia, Repubblica di Polonia

Art. 258 TFUE - Inadempimento di uno Stato membro - Immatricolazione dei veicoli a motore - Artt. 34 TFUE e 36 TFUE - Direttiva n. 70/311/Cee sui dispositivi di sterzo dei veicoli a motore e dei loro rimorchi - Direttiva n. 2007/46/Ce che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli - Sostituzione dei sistemi di omologazione degli Stati membri con un'idonea procedura

comunitaria basata sul principio dell'armonizzazione totale - Guida a destra in uno Stato membro - Obbligo, ai fini dell'immatricolazione, di spostare sul lato sinistro il dispositivo di sterzo delle autovetture situato sul lato destro - Inadempimento.

La Repubblica di Lituania, vietando l'immatricolazione delle autovetture con volante montato sul lato destro e/o esigendo, ai fini dell'immatricolazione delle autovetture con dispositivo di sterzo collocato a destra, nuove o precedentemente immatricolate in altri Stati membri, che il volante venga spostato sul lato sinistro, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 2 bis della direttiva n. 70/311/Cee del Consiglio dell'8 giugno 1970, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi di sterzo dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, dell'art. 4, par. 3, della direttiva n. 2007/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli (direttiva quadro), e dell'art. 34 TFUE².

¹⁻² La Commissione delle Comunità europee ha chiesto alla Corte di giustizia di dichiarare che la Polonia e la Lituania, nel subordinare l'immatricolazione sul proprio territorio di autovetture con il dispositivo di sterzo collocato a destra, nuove o precedentemente immatricolate in altri Stati membri, allo spostamento del volante sul lato sinistro, hanno violato le direttive n. 70/311/Cee (in *Guce* n. L 133 del 1970, p. 10) e n. 2007/46/Ce (in *Gu-Ue* n. L 263 del 2007, p. 1), nonché l'art. 34 TFUE.

Nella fase precontenziosa (in causa n. C-639/11) alcune persone di origine polacca che esercitavano la propria attività professionale nel Regno Unito e in Irlanda si sono viste costrette, per immatricolare le loro autovetture in Polonia, sulla base della normativa polacca, a spostare il volante del veicolo sul lato sinistro. A parere della Commissione, tale prescrizione equivale a un divieto di immatricolazione in Polonia di veicoli con il volante a destra. Se un veicolo soddisfa i requisiti tecnici contenuti nelle direttive oggetto di interpretazione, uno Stato membro non può rifiutare l'immatricolazione del veicolo a causa del fatto che il volante è collocato a destra. Per contro, la Polonia, nel giustificare la propria normativa, ha precisato che uno Stato membro ha la facoltà di permettere l'immatricolazione di un veicolo sul proprio territorio solamente se tale veicolo sia predisposto per il lato di guida vigente in tale Stato. E comunque, tale divieto non sarebbe una restrizione alla libera circolazione delle merci, ma sarebbe giustificato da motivi imperativi di interesse generale atti a garantire la sicurezza stradale e a tutelare la vita delle persone.

La Corte di giustizia ha precisato, innanzitutto, che la prescrizione richiesta dalla normativa nazionale sarebbe contraria alle direttive n. 70/311/Cee e n. 2007/46/Ce per quanto riguarda i veicoli nuovi e all'art. 34 TFUE con riguardo alle vetture immatricolate in un altro Stato membro.

Con riferimento alle autovetture nuove, la Corte ha chiarito la questione se la collocazione del posto di guida di un veicolo sia compresa nel quadro armonizzato istituito dalle direttive.

L'armonizzazione creata dalle direttive mira all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno garantendo un elevato livello di sicurezza stradale assicurato dall'armonizzazione totale dei requisiti tecnici concernenti, in particolare, la costruzione dei veicoli. Dalla direttiva n. 2007/46/Ce discende che gli Stati membri non possono impedire l'im-

matricolazione dei veicoli per motivi legati ad aspetti della loro costruzione contemplati dalla direttiva se soddisfano i requisiti contemplati da quest'ultima. È pacifico che il dispositivo di sterzo e la collocazione del posto di guida che fa parte di tale dispositivo costituiscono elementi fondamentali dell'architettura costruttiva di un veicolo.

Anche se le direttive nulla specificano riguardo la collocazione del posto di guida di un veicolo, ciò non significa che tale elemento non rientri nel loro ambito di applicazione.

L'art. 2 *bis* della direttiva contenente il divieto di negare l'immatricolazione è categorico e generale e l'espressione «dispositivi di sterzo» comprende anche il posto di guida, ossia la collocazione del volante dei veicoli che è parte integrante del dispositivo di sterzo.

L'argomento secondo cui solamente le motivazioni legate ai requisiti di natura tecnica, e non quelle volte a garantire la sicurezza stradale, rientrerebbero nel divieto di rifiutare l'immatricolazione contenuto all'art. 2 *bis* della direttiva n. 70/311/Ce non può essere accolto. Da un lato, come correttamente rilevato dalla Commissione, le prescrizioni tecniche definite dalle direttive relative all'omologazione di veicoli nuovi mirano a garantire un elevato livello di sicurezza stradale, ragion per cui non sarebbe possibile limitare la portata del divieto di cui all'art. 2 *bis* della direttiva n. 70/311/Cee a motivazioni diverse da quelle legate alla sicurezza stradale.

Gli Stati membri, a parere della Corte, non possono, quindi, esigere che per ragioni di sicurezza il posto di guida venga spostato verso il lato sinistro del veicolo.

Con riguardo alle autovetture che sono state precedentemente immatricolate in un altro Stato membro ed il cui posto di guida è situato sul lato destro, la Corte ha dichiarato che la normativa polacca e quella lituana costituiscono una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione, in quanto hanno ad oggetto o per effetto un trattamento meno favorevole delle merci provenienti da altri Stati membri. Tali normative, infatti, hanno l'effetto di ostacolare l'accesso ai mercati polacco e lituano dei veicoli dotati di posto di guida a destra che sono legalmente prodotti e immatricolati in Stati membri diversi dalla Polonia e dalla Lituania (oltre alle celebri sentenze *Dassonville* e *Rewe-Zentral*, detta «Cassis de Dijon», si richiama la sentenza del 10 febbraio 2009 in causa n. C-110/05, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 519, EU:C:2009:66).

Come è noto, una normativa può essere giustificata da motivi imperativi alla sola condizione che sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non ecceda quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo stesso.

A parere della Corte, nell'ipotesi di immatricolazione in uno Stato membro di veicoli già immatricolati in un altro Stato, è compito degli Stati membri stabilire il livello al quale intendono garantire la sicurezza stradale sul loro territorio temperando nello stesso tempo le esigenze legate alla libera circolazione delle merci. La Corte ha richiamato le argomentazioni dei Governi polacco e lituano in base alle quali la posizione del volante di un veicolo nello stesso lato del senso di marcia riduce notevolmente la visibilità del conducente rendendo i sorpassi e le manovre più difficoltose aumentando conseguentemente il rischio di incidente. Ne deriva, secondo la Corte di giustizia, che le normative controverse, nel vietare l'immatricolazione sul territorio di uno Stato membro di un veicolo il cui dispositivo di sterzo è collocato sullo stesso lato del senso di marcia, ridurrebbe il rischio legato alla circolazione degli stessi. Le normative in questione prevedono eccezioni per l'uso di veicoli dotati di volante a destra da parte di turisti che si recano in tali Paesi per un periodo limitato, tollerando così il rischio di una circolazione siffatta.

La Corte di giustizia ha concluso affermando che ci sono mezzi e misure meno lesivi della libera circolazione delle merci rispetto alla misura di cui trattasi e anche idonei a ridurre il rischio derivante dalla circolazione di veicoli con il volante collocato nello stesso lato del senso di marcia. Gli Stati membri, infatti, hanno un ampio margine discrezionale per imporre misure idonee a garantire una visibilità sufficiente (posteriore e anteriore) al conducente di un veicolo con il volante situato nello stesso lato del senso di marcia. La Polonia e la Lituania hanno, quindi, violato il diritto dell'Unione.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LE LACUNE NELLA DISCIPLINA DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO*

I

**Corte di cassazione, VI sezione penale
Sentenza del 14-19 maggio 2014 n. 20526**

Presidente, *Francesco Ippolito* - Relatore, *Gaetano De Amicis*

Legge n. 69/2005, art. 18, lett. g. e n. sul mandato di arresto europeo in attuazione della Decisione Quadro n. 2002/584 GAI Casi di rifiuto all'esecuzione del mandato di arresto europeo -Prescrizione del reato.

Viene rifiutata l'esecuzione del mandato di arresto europeo (alla luce dell'art. 4 n. 4 della Decisione Quadro n. 2002/584 GAI) qualora nello Stato membro di esecuzione si sia verificata la prescrizione per reati relativi a fatti sui quali lo Stato membro di esecuzione poteva giudicare in base alla propria legislazione interna.

* In argomento v. *infra*, p. 211 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

II

Corte di appello di Bologna
Sentenza del 15 aprile 2014 n. 86

Decisione Quadro n. 2002/584 GAI sul mandato di arresto europeo - La disciplina europea non presenta problemi di interpretazione - Art. 267 TFUE relativo alla rimessione degli atti di causa alla Corte di giustizia dell'Unione europea - Mancanza dei presupposti per la rimessione con riferimento alla Decisione Quadro n. 2002/584 GAI.

Non sussistendo, nella fattispecie di causa, alcun problema interpretativo relativamente alla Decisione Quadro n. 2002/584 GAI sul mandato di arresto europeo, viene rigettata la richiesta di rimessione degli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea

I

(Omissis) In diritto

3. Inammissibile, in quanto genericamente formulato, deve ritenersi il primo motivo di doglianza, che omette di articolare precise censure in merito alle argomentazioni al riguardo espresse nell'impugnata pronunzia, che ha rigettato, con congrua ed esaustiva motivazione, la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ex art. 267 T.F.U.E., mostrando di aver esaminato, sulla base di plausibili ragioni giustificative, tutte le deduzioni ed i rilievi difensivi, con riferimento ad ipotizzate violazioni dei diritti di difesa nell'ambito del processo estero, al preteso diritto del destinatario di un m.a.e. di introdurre un ricorso sospensivo dinanzi all'Autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, ed alla pretesa necessità che quest'ultima disponga di una copia autentica della sentenza definitiva tradotta.

Profili, questi, espressamente esaminati e risolti nella motivazione dell'impugnato provvedimento, senza che il ricorrente vi abbia opposto specifici ed argomentati rilievi in senso contrario.

Sul punto, peraltro, occorre considerare, in linea generale, le implicazioni riconnesse al consolidato insegnamento giurisprudenziale di questa Suprema Corte, secondo cui, in tema di mandato di arresto europeo, non è richiesto, ai fini della decisione sulla consegna, che l'ordinamento dello Stato emittente presenti le stesse garanzie dell'ordinamento italiano in tema di "giusto processo", ma è necessario che esso rispetti i relativi principi garantiti dalle Carte sovranazionali, ed in particolare dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, cui si

richiama l'art. 111 Cost. (Sez. 6, n. 4528 del 27/01/2012, dep. 02/02/2012, Rv. 251959).

È noto, del resto, che esula dai poteri conferiti al giudice nazionale qualsiasi valutazione in ordine all'adeguatezza del materiale indiziario posto alla base del provvedimento cautelare e degli elementi di prova addotti a discarico dal ricorrente, i quali trovano la loro normale sede di prospettazione e disamina dinanzi all'Autorità giudiziaria dello Stato di emissione (Sez. 6, n. 16362 del 16/04/2008, dep. 19/04/2008, Rv. 239649).

4. Manifestamente infondato deve altresì ritenersi il secondo motivo di ricorso, avendo la Corte territoriale già posto in rilievo l'irrelevanza della questione, per essere stata disposta ed ottenuta l'acquisizione delle sentenze di primo e secondo grado all'origine del m.a.e., entrambe tradotte in lingua italiana.

Costituisce, del resto, frutto di un pacifico insegnamento giurisprudenziale l'affermazione del principio secondo cui deve ritenersi legittima la decisione di consegna in forza di un m.a.e. esecutivo anche nell'ipotesi in cui non sia stata allegata o acquisita in via integrativa la copia della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta, qualora la documentazione in atti contenga tutti gli elementi conoscitivi necessari e sufficienti per la decisione stessa (da ultimo, Sez. F., n. 33389 del 13/08/2009, dep. 14/08/2009, Rv. 244754; Sez. 6, n. 15223 del 03/04/2009, dep. 08/04/2009, Rv. 243081).

5. Fondata, di contro, deve ritenersi, sia pure per ragioni solo in parte coincidenti con quelle in ricorso illustrate, la terza doglianza difensiva, ove si consideri, sulla base di quanto emerso dal m.a.e. e dalla relativa documentazione trasmessa dallo Stato emittente, oltre che dagli elementi di prova documentale al riguardo allegati dalla difesa, che i reati oggetto della sentenza di condanna alla base del m.a.e. riguardano condotte di truffa in danno dell'Unione europea (*ex art. 640-bis c.p.*), dal ricorrente poste in essere quale rappresentante legale di una società rumena (...).

Per gli stessi fatti oggetto della sentenza di condanna rumena posta alla base del m.a.e., in parte realizzati anche sul territorio italiano, risulta aver proceduto la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Mantova, che ha formulato, come posto in evidenza dalla stessa Corte d'appello, una richiesta di archiviazione per "prescrizione ed insufficienza di elementi indiziari necessari per sostenere l'accusa in dibattimento". Tali fatti di reato, invero, erano da ritenere consumati con l'ultima erogazione avvenuta il 18 ottobre 2004, e per essi, pertanto, risultava già decorso il relativo termine prescrizione in data 18 aprile 2012 - tenuto conto del più ampio termine di prescrizione a norma del combinato disposto di cui agli artt. 157, 158 e 161 c.p. - ossia in epoca antecedente non solo rispetto alla data di emissione del m.a.e. (13 maggio 2013) ma anche rispetto alla data di pronuncia delle su menzionate sentenze di condanna da parte delle Autorità giudiziarie rumene (rispettivamente, il 2 novembre 2012 ed il 10 maggio 2013).

Ne discende che la Corte d'appello avrebbe dovuto ravvisare la presenza dello specifico motivo ostativo delineato nell'art. 18, comma 1, lett. n), della L. n. 69/2005, così come interpretato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte

(Sez. 6, n. 28995 del 20/07/2010, dep. 22/07/2010, Rv. 247832), secondo cui, in tema di mandato di arresto europeo, ai fini della valutazione del motivo di rifiuto della consegna basato sull'intervenuta prescrizione del reato o della pena, deve ritenersi decisivo, a norma della disposizione ora menzionata, il momento di emissione del mandato di arresto europeo, dovendo la Corte d'appello rifiutare, pertanto, la consegna se a tale data i fatti per i quali il provvedimento è stato emesso presentino i due requisiti ivi indicati, ossia di essere giudicabili in Italia e di essere già prescritti, senza che rilevi la prescrizione eventualmente maturata dopo l'emissione del mandato.

Si è in tal senso specificato, infatti, che la disciplina contenuta nell'art. 9 c.p., in merito alla punibilità dei delitti comuni commessi all'estero dal cittadino italiano, è derogata, per gli Stati membri dell'U.E., dall'intero micro-sistema introdotto dalla L. 22 aprile 2005, n. 69, le cui pertinenti disposizioni prevedono e segnano i limiti di efficacia della potestà punitiva dello Stato membro di emissione del mandato. Ne consegue che, con riferimento al su indicato motivo ostativo, una volta intervenuto il mandato di arresto europeo, cessa la possibile giurisdizione italiana sul delitto compiuto dal cittadino all'estero e si interrompe il periodo valutabile ai fini della prescrizione (Sez. 6, n. 15004 del 08/04/2008, dep. 10/04/2008, Rv. 239426).

Sulla base di un'attenta lettura del disposto di cui all'art. 18, comma 1, lett n), della L. n. 69/2005 («La Corte di Appello rifiuta la consegna ... se i fatti per i quali il mandato di arresto è stato emesso potevano essere giudicati in Italia e si sia già verificata la prescrizione del reato o della pena»), questa Suprema Corte ha ritenuto decisivo, ai fini della valutazione della prescrizione, il momento di emissione del mandato di arresto europeo: quel che rileva, dunque, ai fini del rifiuto della consegna, è che alla data del mandato di arresto europeo, come verificatosi nel caso in esame, i fatti per il [*rectius*: i *n.d.r.*] quali il provvedimento è stato emesso presentino i due concorrenti requisiti ivi espressamente previsti, e cioè quello (dal legislatore formulato in termini generali) di essere giudicabili in Italia e quello (specificamente articolato per il reato o, in alternativa, per la pena) di essere già prescritti.

Al riguardo, invero, deve rilevarsi come la Corte d'appello, contrariamente a quanto evidenziato in ricorso, abbia correttamente richiamato gli effetti della tradizionale linea di demarcazione in questa Sede tracciata, nell'ambito dell'affine materia estradizionale, fra la consegna di natura processuale e quella di natura esecutiva (da ultimo, v. Sez. 6, n. 45051 del 20/12/2010, dep. 23/12/2010, Rv. 249218; v., inoltre, Sez. 6, n. 42905 del 15/11/2011, dep. 21/11/2011).

Da tale premessa, tuttavia, essa ha automaticamente tratto la conclusione che, versandosi in un'ipotesi di mandato esecutivo, non la prescrizione del reato, ma solo quella della pena, così come regolata nello Stato di esecuzione, avrebbe potuto rilevare ai fini considerati. Epilogo decisivo, questo, la cui finale statuizione, secondo quel che si è avuto modo di osservare poc'anzi, non tiene conto di tutte le implicazioni riconnesse alla formulazione letterale del su citato testo normativo, il cui contenuto imponeva di riconoscere la presenza di quella condi-

zione ostativa poiché gli stessi fatti di reato oggetto del m.a.e., non solo astrattamente "giudicabili" in Italia, ma addirittura valutati nel merito dalla competente Autorità giudiziaria del nostro Paese (arg. ex art. 4, n. 3, della Decisione quadro 2002/584/GAI; Corte giust. U.E., 10 marzo 2005, Miraglia, C-469/03) e nel territorio italiano almeno in parte realizzati, risultavano già prescritti ancor prima che si manifestasse il limite di rilevanza temporale oggettivamente riconnesso alla formulazione della richiesta di consegna, senza che alcuna concreta incidenza potesse ormai assumere il rilievo incentrato sulla connotazione in senso processuale o esecutivo del mandato.

6. Invero, la condizione di giudicabilità interna dei fatti oggetto del m.a.e., così come delineata dalla lett. n) del su menzionato art. 18, è stata dal legislatore formulata in termini generali ed onnicomprensivi, potenzialmente idonei, dunque, ad accogliere nel perimetro della sua vasta area semantica il verificarsi di entrambe le alternative legate alla intervenuta decorrenza dei termini di prescrizione del reato o della pena, secondo un modulo definitorio che risulta essere tuttora incentrato, fatto salvo il su indicato limite di rilevanza temporale fissato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte, sugli effetti della tradizionale linea di demarcazione tra la consegna di tipo processuale e quella di tipo esecutivo (arg. ex artt. 1, comma 2, della L. n. 69/2005 e 1, par. 1, della Decisione quadro 2002/584/GAI [*rectius*: 2002/584/GAI *n.d.r.*] del 13 giugno 2002).

Una distinzione, quest'ultima, la cui *ratio*, pur nella perdurante attualità delle implicazioni riconnesse all'applicazione del consolidato insegnamento giurisprudenziale da questa Suprema Corte elaborato, in tema di prescrizione, con riguardo alle affini procedure estradizionali (v. le pronunzie da ultimo citate), deve opportunamente declinarsi all'interno dei nuovi meccanismi di funzionamento e secondo le finalità proprie della nuova procedura di consegna basata sull'istituto del mandato di arresto europeo.

Entro tale prospettiva, l'assetto normativo emergente dal nuovo sistema di consegna non solo tende a valorizzare la legislazione del Paese richiesto (in ciò differenziandosi dal disposto di cui all'art. 10 della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, secondo cui l'extradizione non può accordarsi se l'azione penale o la pena siano prescritte «secondo la legislazione della parte richiedente o della parte richiesta»), ma impone la ricerca di una soluzione ermeneutica necessariamente orientata in conformità con la corrispondente previsione (solo in parte sovrapponibile) contenuta nell'art. 4, n. 4, della Decisione quadro su menzionata - che invece consente di rifiutare l'esecuzione del m.a.e. «se l'azione penale o la pena è caduta in prescrizione secondo la legislazione dello Stato membro di esecuzione e i fatti rientrano nella competenza di tale Stato membro in virtù del proprio diritto penale» - e con la stessa regola poco prima delineata dall'art. 4, n. 3, della su citata Decisione quadro, che contempla un ulteriore motivo ostativo quando, fra l'altro, le autorità giudiziarie dello Stato membro di esecuzione hanno deciso di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del m.a.e. oppure di porvi fine.

Nel sistema, dunque, si introducono, in tal modo, possibili correttivi a tutte quelle evenienze, in concreto riconducibili al rischio di un'eventuale duplicazio-

ne dei procedimenti, ovvero produttive di irragionevoli disparità di trattamento dovute alla diversità dei tempi di svolgimento e definizione del procedimento estero, in cui la prescrizione del reato si sia ormai già verificata per gli stessi fatti, secondo l'ordinamento interno, ancor prima dell'esecutività di una sentenza pronunciata dalle Autorità giudiziarie dello Stato di emissione.

7. Sulla base delle su esposte considerazioni, conclusivamente, l'impugnata sentenza deve essere annullata senza rinvio.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*) **In diritto**

La Corte d'Appello di Bologna,

sulla richiesta ex art. 267 *TFUE* di rinvio pregiudiziale alla *Corte di Giustizia* per sollevare le questioni interpretative delle norme comunitarie (...) così osserva:

1. non risultano sussistere i sollevati problemi interpretativi delle citate norme della decisione quadro 2002/584 GAI con riferimento al diritto del destinatario di MAE di introdurre un ricorso sospensivo davanti all'A.G. dello Stato di esecuzione, atteso che la stessa sentenza citata dalla Difesa (Corte di Giustizia - causa C 168/13 Jaremy/ Premier Ministre) evidenzia che la decisione quadro non disciplina la possibilità per gli Stati membri di prevedere un ricorso giurisdizionale sospensivo avverso le decisioni relative al mandato d'arresto europeo. Peraltro, tale assenza di regolamentazione non significa che la decisione quadro impedisca di prevedere un siffatto ricorso o imponga ai medesimi di istituirlo. Il riferimento, dunque, è pur sempre allo Stato membro, non già al destinatario del MAE, quale soggetto titolare di autonomo diritto a sospensiva;

2. non risultano sussistere problemi interpretativi delle citate norme della decisione quadro 2002/584 GAI con riferimento alla necessità che l'A.G. del paese membro di esecuzione disponga di copia autentica della sentenza definitiva tradotta. Non solo l'istante non sviluppa alcuna argomentazione sul punto, ma le norme citate e la normativa interna consentono l'acquisizione del provvedimento dello Stato membro di emissione. Nella specie la questione è anche irrilevante, avendo questa Corte disposto e ottenuto l'acquisizione delle sentenze all'origine del MAE tradotte in lingua italiana

3. non risultano sussistere i sollevati problemi interpretativi delle citate norme della decisione quadro 2002/584 GAI con riferimento alla possibilità di rifiuto dal parte dello Stato membro di dare esecuzione al mandato laddove verifichi violazione di diritti di difesa nell'ambito del processo conclusosi con il provvedimento per la cui esecuzione è stato emesso il MAE. La sentenza citata dalla Difesa (Corte di giustizia 29 gennaio 2013 RADU) fa luce sulla tematica, in quanto

nel richiamare al punto 37 l'art. 4 bis della citata decisione quadro 2002/584 (come introdotto dall'art. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI) fa chiaro riferimento al diritto di difesa connesso all'avvenuta citazione in giudizio ed alla difesa tecnica del soggetto interessato («37 È pur vero che, in forza dell'articolo 4 bis della decisione quadro 2002/584, la violazione dei diritti della difesa nel corso del processo che ha portato alla pronuncia della condanna in contumacia può, a talune condizioni, costituire un motivo di non esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà») questioni che non sono messe in discussione nel caso in esame;

(Omissis)

4. la questione è irrilevante non risultando allo stato alcuna pronuncia di rifiuto alla consegna con riferimento all'esecuzione della sentenza per cui è in corso la presente procedura

rilevato che, pertanto, non si pongono nella specie i problemi interpretativi o di validità degli atti compiuti dalle istituzioni o dagli organi dell'Unione di cui all'art. 267 *TFUE*

Rigetta

La richiesta di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea.

(Omissis)

LE ANOMALIE NELLA DISCIPLINA DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO CONTENUTE NELLA DECISIONE QUADRO N. 2002/584 GAI

Sommario: **I.** Osservazioni preliminari - **II.** Questioni in fatto - **III.** Valutazioni in diritto - **1.** Analisi del primo e del secondo motivo di ricorso - **2.** Rilievi critici - **IV.** Conclusioni.

I. Osservazioni preliminari

Nel presente commento verranno brevemente presi in considerazione i primi due motivi del ricorso, introdotto dinanzi alla Corte di cassazione da X, riferiti a problematiche di diritto comunitario, che sono stati dalla stessa Corte rigettati nella sentenza del 14-19 maggio 2014 n. 20526. Il terzo motivo del ricorso, che invece è stato accolto, non sarà commentato perché attinente ad aspetti di diritto penale interno.

Per consentire di cogliere il senso delle critiche che si intendono muovere alla disciplina sul mandato di arresto europeo, contenuta nella Decisione Quadro n. 2002/584 GAI, alla quale la legge n. 69/2005 ha dato attuazione in Italia, occorre descrivere succintamente i fatti della causa di cui i giudici hanno dovuto occuparsi.

II. Questioni in fatto

I fatti di causa riguardano un imprenditore italiano che, agli inizi dell'anno 2000, ha effettuato investimenti in Romania in vista della costruzione di un impianto nel settore agroindustriale.

Gli investimenti di cui sopra sono stati integrati da una sovvenzione, pari a un milione di euro circa, erogata con l'apporto di fondi europei sulla base della normativa comunitaria allora applicabile.

Secondo le Autorità romene, avendo l'imprenditore italiano ottenuto in modo indebito la sovvenzione predetta, è stato necessario avviare nei suoi confronti sia un'azione giudiziaria in sede civile, per recuperare la sovvenzione, sia un procedimento penale per ottenere una condanna in sede penale.

Secondo l'imprenditore italiano, l'azione civile e quella penale introdotte dalle Autorità romene intendevano invece mascherare un obiettivo ben preciso: quello di impedirgli l'esercizio dell'attività imprenditoriale sul mercato romeno, costringendolo ad abbandonare la Romania.

A suo avviso, infatti, le azioni avviate dalle Autorità romene erano state in verità sollecitate e provocate dagli operatori locali romeni che si erano sentiti danneggiati dalla concorrenza esercitata con successo dalle sue attività imprenditoriali in Romania.

Al termine delle procedure avviate in sede civile, l'imprenditore italiano è stato condannato a rimborsare la sovvenzione europea a suo tempo erogata.

In esito ai procedimenti penali a suo carico ha subito una condanna.

Nel corso dei procedimenti penali l'imprenditore italiano ha denunciato la violazione dei principi fondamentali sull'equo processo e sull'uguaglianza delle armi contenuti sia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹ sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea² per non aver potuto esaminare, in contraddittorio con la pubblica accusa romena, la documentazione ufficiale che lo scagionava e per essere stato impedito di sentire nel processo, come testimone, un teste chiave a suo discarico.

I giudici penali romeni, come risulta dalle sentenze emesse, non hanno tenuto conto delle denunce dell'imprenditore italiano e, dopo averlo condannato, hanno emesso nei suoi confronti un mandato di arresto europeo³.

Il mandato di arresto europeo è stato impugnato dall'imprenditore italiano con ricorso davanti alla competente Corte di appello di Bologna che però l'ha parzialmente rigettato.

¹ Cfr. art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

² Cfr. artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³ Sul mandato di arresto europeo, in generale, v. M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo, Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005; A. DI STASI, *Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato di arresto e "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 657 ss.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Assago, Cedam, 2010; L. DANIELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo*, in *Studi integr. eur.*, 2011, p. 433 ss.; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, in L. KALB (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano: adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, Giappichelli, 2012; M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, Utet giuridica, 2013.

Contro la sentenza della Corte d'appello di Bologna è stato pertanto proposto il ricorso davanti alla Corte di cassazione, la quale lo ha accolto con la sentenza qui commentata limitatamente agli aspetti sopra richiamati.

III. Valutazioni in diritto

Come sopra accennato, la Corte di cassazione ha accolto unicamente il terzo motivo del ricorso, fondato sull'art. 18, lett. n., della legge n. 69/2005 che, in conformità all'art. 4, punto n. 4, della Decisione Quadro n. 2002/584 GAI sul mandato di arresto europeo, consente al giudice dello Stato membro di esecuzione di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto in caso di intervenuta prescrizione dell'azione penale o del reato secondo la legislazione dello stesso Stato membro di esecuzione, qualora i fatti da valutare rientrino nella competenza di tale Stato membro.

Nel caso di specie era stato, in effetti, adottato in Italia un provvedimento dell'Autorità giudiziaria che aveva preso atto dell'intervenuta prescrizione del reato riferito agli stessi fatti contestati in Romania, per cui la Corte di cassazione ha rifiutato l'esecuzione del mandato di arresto chiesto dai giudici romeni.

La Corte di cassazione, come sopra ricordato, non ha invece accolto i primi due motivi del ricorso, considerando il primo di essi *inammissibile* e, il secondo, *infondato*.

Agli argomenti svolti dalla Corte di cassazione per rigettare i due primi motivi di ricorso è dedicato il presente commento.

1. *Analisi del primo e del secondo motivo di ricorso*

Come già indicato nella parte dedicata alla descrizione dei fatti, l'imprenditore italiano ha denunciato, sia davanti ai giudici romeni, sia davanti alla Corte d'appello di Bologna, la violazione dei principi fondamentali sull'equo processo e sull'uguaglianza delle armi da parte dei giudici romeni che avevano emesso la sentenza di condanna.

Per quanto riguarda l'Italia, il diritto del cittadino di denunciare la predetta violazione, nel corso di un processo di opposizione all'esecuzione di un mandato di arresto europeo, è espressamente previsto dall'art. 18, lett. g., della legge n. 69/2005, secondo cui il giudice italiano (Corte d'appello competente) è tenuto a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo «se dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato di arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo».

2. *Rilievi critici*

Orbene, poiché il giudice italiano è tenuto a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo «se dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile» di condanna è stata pronunciata in violazione dei principi fondamentali sull'equo processo, appare indispensabile che il giudice italiano, per essere in grado di accertare l'esistenza di tale violazione, debba esaminare almeno la sentenza irrevocabile di condanna. Ma come può il giudice italiano esaminare la sentenza irrevocabile di condanna se non dispone di una traduzione ufficiale autentica di tale sentenza redatta in modo comprensibile in lingua italiana? Purtroppo nessuna disposizione della Decisione Quadro n. 2002/584 GAI prevede la traduzione della sentenza di condanna.

Nel caso di specie, l'Autorità romena aveva inviato la sentenza, ma la traduzione ufficiale in lingua italiana della sentenza che la Corte di cassazione, nel valutare il secondo motivo di ricorso, ha considerato acquisita agli atti, risultava assolutamente incomprensibile.

Ma a parte questo, la competente Corte d'appello, come risulta dalla motivazione della sentenza sopra riportata, non ha in alcun modo proceduto all'esame della sentenza di condanna.

La Corte d'appello di Bologna ha, in definitiva, trascurato di esaminare la sentenza di condanna dell'Autorità giudiziaria romena e non ha valutato le denunce relative alla violazione dei principi fondamentali sull'equo processo⁴.

Poiché la disposizione dell'art. 18, lett. g., della legge n. 69/2005, sopra riportata, non figura nella Decisione Quadro n. 2002/584 GAI, l'imprenditore italiano, ha chiesto sia nel processo davanti alla Corte di appello di Bologna, sia in quello davanti alla Cassazione, che gli atti della causa fossero rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla base dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Anche questa richiesta è stata ignorata tanto dalla Corte di appello quanto dalla Corte di cassazione senza fornire una precisa motivazione⁵.

⁴ La Corte di giustizia nella sentenza emessa il 29 gennaio 2013 nella causa n. C-396/2011, *Radu*, ha ammesso che tra i casi nei quali l'esecuzione del mandato di arresto europeo può essere rifiutata rientra anche quello relativo alla «violazione dei diritti della difesa». Sul punto vedi R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht (verso nuove regole)*, XVII Convegno SIDI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 404 ss., spec. p. 426, nota 45.

⁵ Come risulta in particolare dalla motivazione della sentenza della Corte di appello di Bologna, si è evitato di prendere in esame la sentenza irrevocabile di condanna romena per verificare se da essa era possibile dedurre la violazione dei principi sull'equo processo. La Corte d'appello di Bologna si è limitata ad interpretare, essa stessa, la sentenza della Corte di giustizia emessa nella causa *Radu*, cit. *supra*, nota 4, per concludere che non sussistevano i presupposti per disporre la remissione degli atti di causa alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

A questo proposito, occorre ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha recentemente condannato l'Italia (sentenza dell'8 aprile 2014, ricorso n. 17120/09) per aver omesso, in una causa specifica, di rimettere gli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea di Lussemburgo, senza fornire un'adeguata motivazione.

IV. Conclusioni

Dalle considerazioni in precedenza esposte si può dedurre che la disciplina del mandato di arresto europeo presenta alcune anomalie alle quali occorrerà cercare di porre rimedio⁶.

In effetti, in una materia così delicata, dove spesso si devono affrontare problemi riguardanti la privazione della libertà personale dei cittadini, occorrerebbe introdurre alcune regole più precise a salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini.

Le sentenze emesse in materia penale, soprattutto quando limitano la libertà dei cittadini, non possono essere prese a scatola chiusa sulla base del principio del mutuo riconoscimento come se si trattasse di riconoscere un attestato di qualifica professionale. Questo aspetto è stato giustamente sottolineato dall'Avvocato Generale *Mengozzi* nelle sue conclusioni presentate nella causa *Lopes* (n. C-42/11) il 20 marzo 2012.

Secondo il Prof. Mengozzi, infatti, (cfr. punto 28 delle conclusioni) «non è concepibile applicare il principio del riconoscimento reciproco, che è al centro del mandato di arresto europeo, alla stessa stregua del riconoscimento di un diploma universitario, o della patente di guida rilasciata da un altro Stato membro».

A noi sembra che l'osservazione del Prof. Mengozzi contenga un invito a riconsiderare, con ragionevole attenzione, gli aspetti sopra esaminati e discussi.

In realtà la Corte d'appello di Bologna, pur avendo compreso che la Corte di giustizia aveva riconosciuto, nella sentenza *Radu*, la possibilità di invocare la violazione dei diritti fondamentali, non ha accolto la richiesta di remissione degli atti alla Corte di giustizia, sull'erroneo presupposto che la fattispecie della causa *Radu* fosse diversa da quella della (presente) causa sottoposta al suo giudizio. A rigor di logica, la Corte d'appello di Bologna avrebbe, a maggior ragione, dovuto rimettere gli atti alla Corte di giustizia, proprio per verificare se la Corte di giustizia medesima avesse ritenuto di dover estendere alla fattispecie della presente causa la conclusione alla quale era pervenuta nella sentenza *Radu*.

⁶ Il Parlamento europeo ha avuto modo di mettere in evidenza alcune anomalie riguardanti la disciplina del mandato di arresto europeo, cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109/(INL)), reperibile sul sito internet www.europarl.europa.eu.

E tale riconsiderazione appare ancor più giustificata se si prendono in esame altre anomalie che possono presentarsi dopo il processo conclusosi davanti al giudice dello Stato membro di esecuzione.

Una specifica anomalia può subito essere rilevata verificando la situazione conseguente alla pronuncia intervenuta nella fattispecie qui esaminata.

L'Autorità giudiziaria romena, nella fattispecie qui considerata, ha condannato l'imprenditore italiano ed ha emesso il mandato di arresto europeo che, sulla base della regolamentazione comunitaria, è stato registrato in tutti gli Stati membri dell'Unione europea nei quali lo stesso avrebbe potuto essere eseguito.

Con la sentenza della Corte di cassazione, sopra riportata, e qui commentata, l'esecuzione del mandato di arresto europeo è stata invece rifiutata per quanto riguarda il territorio italiano.

Se, però, l'Autorità giudiziaria romena, che ha emesso il mandato di arresto europeo, non provvede a revocarlo, lo stesso rimane operante in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ad eccezione dell'Italia che ne ha rifiutato l'esecuzione.

Ciò comporta, per l'imprenditore italiano, il rischio di essere colpito dal mandato di arresto europeo, se esce dai confini italiani.

Orbene, pur costituendo questa situazione un'evidente limitazione del principio della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea, la Decisione Quadro n. 2002/584 GAI non la prende in considerazione.

Anche questa anomalia richiede di essere studiata e tempestivamente disciplinata⁷.

In effetti, si tratta di un'anomalia che rende i rapporti tra gli Stati membri più complessi e difficili di quanto essi non fossero nel periodo in

⁷ Nella Risoluzione del Parlamento europeo, *cit. supra*, nota 6, si sottolinea l'anomalia denunciata nel testo (cfr., *ivi*, lett. F, punto iii., secondo cui: «l'assenza di un riesame periodico delle segnalazioni del sistema d'informazione Schengen (SIS II) e di Interpol, nonché la mancanza di un collegamento automatico tra il ritiro di un mandato d'arresto europeo e la cancellazione di tali segnalazioni, e l'incertezza riguardo agli effetti del rifiuto di eseguire un mandato d'arresto europeo sulla validità di un mandato e delle segnalazioni connesse, con la conseguenza che le persone soggette a mandati d'arresto europei non sono in grado di spostarsi liberamente nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza il rischio di arresto e consegna futuri;» nonché punto 10 in base al quale viene chiesto «(...) un riesame periodico dei mandati d'arresto europei non eseguiti e una valutazione che consenta di stabilire se è opportuno ritirarli, insieme alle segnalazioni SIS II e Interpol corrispondenti; chiede altresì il ritiro dei mandati d'arresto europei e delle relative segnalazioni SIS II e Interpol laddove il mandato è stato respinto per motivi obbligatori quali il principio del *ne bis in idem* o per il mancato rispetto degli obblighi in materia di diritti umani; chiede di prevedere l'aggiornamento obbligatorio delle segnalazioni SIS II e Interpol con le informazioni relative ai motivi della non esecuzione del mandato d'arresto europeo corrispondente alla segnalazione e l'aggiornamento adeguato degli archivi di Europol;»).

cui erano in vigore i trattati bilaterali di estradizione che coinvolgevano soltanto i due Stati interessati e non i ventotto Stati membri dell'Unione europea contemporaneamente.

Enrica Adobati*

SINTESI

Nel presente articolo, l'Autore mette in rilievo un'evidente lacuna contenuta nella Decisione Quadro n. 2002/584 GAI sul mandato di arresto europeo. In effetti, tale Decisione Quadro non disciplina in alcun modo il conflitto che può nascere a seguito del rifiuto di dare esecuzione a un mandato di arresto europeo da parte del giudice del Paese membro di esecuzione.

Nel caso concreto, esaminato nel presente articolo, ad una persona condannata con una sentenza emessa in uno Stato membro viene impedito di circolare all'interno dell'Unione europea nonostante che il giudice del Paese membro di esecuzione del mandato di arresto europeo abbia rifiutato l'esecuzione del mandato d'arresto medesimo.

ABSTRACT

In this article, the author highlights an obvious gap in the Framework Decision no. 2002/584 JHA on the European arrest warrant. In fact, this Framework Decision does not regulate in any way the conflict that may arise as a result of the refusal to execute an European arrest warrant by the Court of the Member State of enforcement.

In the case examined in the present Article, a person convicted by a judgment given in a Member State is prevented to move within the European Union despite the fact that the national Member State of enforcement of the European Arrest Warrant has refused the execution of the same arrest warrant.

* Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA RELATIVA ALLE INFORMAZIONI DESTINATE AI CONSUMATORI DI PRODOTTI ALIMENTARI: RESPONSABILITÀ DEGLI OPERATORI DEL SETTORE E DISCIPLINA DELL'ORIGINE DEI PRODOTTI ALIMENTARI E DEI LORO INGREDIENTI

Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 87/250/Cee della Commissione, la direttiva 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva 1999/10/Ce della Commissione, la direttiva 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/67/Ce e 2008/5/Ce della Commissione e il regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 114,
vista la proposta della Commissione europea,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo¹,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria²,
considerando quanto segue:

(*Omissis*)

* In *Gu-Ue* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss. Il testo integrale del Regolamento è disponibile sul sito internet eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it. In argomento v. *infra*, p. 225 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

¹ *Gu-Ue* n. C 77 del 31 marzo 2009, p. 81.

² Posizione del Parlamento europeo del 16 giugno 2010, in *Gu-Ue* n. C 236 E del 12 agosto 2011, p. 187, e posizione del Consiglio in prima lettura del 21 febbraio 2011, in *Gu-Ue* n. C 102 E del 2 aprile 2011, p. 1. Posizione del Parlamento europeo del 6 luglio 2011 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 29 settembre 2011.

21. Per evitare la frammentazione delle norme relative alla responsabilità degli operatori del settore alimentare in relazione alle informazioni sugli alimenti, è opportuno chiarire le responsabilità di tali operatori in questo ambito. Tale chiarimento dovrebbe essere conforme agli obblighi nei confronti del consumatore di cui all'art. 17 del regolamento (Ce) n. 178/2002. *(Omissis)*

hanno adottato il presente regolamento:

Capo I - Disposizioni generali

(Omissis)

Articolo 2 - Definizioni

(Omissis)

2. Si applicano inoltre le seguenti definizioni: *(Omissis)*

g. «luogo di provenienza»: qualunque luogo indicato come quello da cui proviene l'alimento, ma che non è il «paese d'origine» come individuato ai sensi degli articoli da 23 a 26 del regolamento (Cee) n. 2913/92; il nome, la ragione sociale o l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare apposto sull'etichetta non costituisce un'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare ai sensi del presente regolamento; *(Omissis)*

q. «ingrediente primario»: l'ingrediente o gli ingredienti di un alimento che rappresentano più del 50% di tale alimento o che sono associati abitualmente alla denominazione di tale alimento dal consumatore e per i quali nella maggior parte dei casi è richiesta un'indicazione quantitativa; *(Omissis)*

Capo II - Principi generali delle informazioni sugli alimenti *(Omissis)*

Capo III - Requisiti generali relativi all'informazione sugli alimenti e responsabilità degli operatori del settore alimentare

(Omissis)

Articolo 8 - Responsabilità

1. L'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni sugli alimenti è l'operatore con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto o, se tale operatore non è stabilito nell'Unione, l'importatore nel mercato dell'Unione.

2. L'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni sugli alimenti assicura la presenza e l'esattezza delle informazioni sugli alimenti, conformemente alla normativa applicabile in materia di informazioni sugli alimenti e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali.

3. Gli operatori del settore alimentare che non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti non forniscono alimenti di cui conoscono o presumono, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti, la non conformità alla normativa in materia di informazioni sugli alimenti applicabile e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali.

4. Gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che control-

lano, non modificano le informazioni che accompagnano un alimento se tale modifica può indurre in errore il consumatore finale o ridurre in qualunque altro modo il livello di protezione dei consumatori e le possibilità del consumatore finale di effettuare scelte consapevoli. Gli operatori del settore alimentare sono responsabili delle eventuali modifiche da essi apportate alle informazioni sugli alimenti che accompagnano il prodotto stesso.

5. Fatti salvi i paragrafi da 2 a 4, gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, assicurano e verificano la conformità ai requisiti previsti dalla normativa in materia di informazioni sugli alimenti e dalle pertinenti disposizioni nazionali attinenti alle loro attività.

6. Gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, assicurano che le informazioni sugli alimenti non preimballati destinati al consumatore finale o alle collettività siano trasmesse all'operatore del settore alimentare che riceve tali prodotti, in modo che le informazioni obbligatorie sugli alimenti siano fornite, ove richiesto, al consumatore finale.

7. Nei seguenti casi gli operatori del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controllano, assicurano che le indicazioni obbligatorie richieste in virtù degli artt. 9 e 10 appaiano sul preimballaggio o su un'etichetta a esso apposta oppure sui documenti commerciali che si riferiscono a tale prodotto se si può garantire che tali documenti accompagnano l'alimento cui si riferiscono o sono stati inviati prima o contemporaneamente alla consegna:

a. quando l'alimento preimballato è destinato al consumatore finale, ma commercializzato in una fase precedente alla vendita al consumatore finale e quando in questa fase non vi è vendita a una collettività;

b. quando l'alimento preimballato è destinato a essere fornito a collettività per esservi preparato, trasformato, frazionato o tagliato.

In deroga al primo comma, gli operatori del settore alimentare assicurano che le indicazioni di cui all'art. 9, par. 1, lett. *a.*, *f.*, *g.* e *h.*, figurino anche sull'imballaggio esterno nel quale gli alimenti preimballati sono presentati al momento della commercializzazione.

8. Gli operatori del settore alimentare che forniscono ad altri operatori del settore alimentare alimenti non destinati al consumatore finale o alle collettività assicurano che a tali altri operatori del settore alimentare siano fornite sufficienti informazioni che consentano loro, se del caso, di adempiere agli obblighi di cui al par. 2.

Capo IV - Informazioni obbligatorie sugli alimenti

Sezione 1 - Contenuto e presentazione

Articolo 9 - Elenco delle indicazioni obbligatorie

1. Conformemente agli articoli da 10 a 35 e fatte salve le eccezioni previste nel presente capo, sono obbligatorie le seguenti indicazioni:

a. la denominazione dell'alimento;

c. qualsiasi ingrediente o coadiuvante tecnologico elencato nell'allegato II o derivato da una sostanza o un prodotto elencato in detto allegato che provochi al-

lergie o intolleranze usato nella fabbricazione o nella preparazione di un alimento e ancora presente nel prodotto finito, anche se in forma alterata;

- d. la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti;
- e. la quantità netta dell'alimento;
- f. il termine minimo di conservazione o la data di scadenza;
- g. le condizioni particolari di conservazione e/o le condizioni d'impiego;
- h. il nome o la ragione sociale e l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare di cui all'art. 8, par. 1;
- i. il paese d'origine o il luogo di provenienza ove previsto all'art. 26;
- j. le istruzioni per l'uso, per i casi in cui la loro omissione renderebbe difficile un uso adeguato dell'alimento;
- k. per le bevande che contengono più di 1,2% di alcol in volume, il titolo alcolometrico volumico effettivo;
- l. una dichiarazione nutrizionale.

2. Le indicazioni di cui al par. 1 sono espresse mediante parole e numeri. Fatto salvo l'art. 35, esse possono in aggiunta essere espresse attraverso pittogrammi o simboli.

3. Se la Commissione adotta atti delegati e di esecuzione di cui al presente articolo, segnatamente quelli di cui al par. 1, esse possono essere in alternativa espresse attraverso pittogrammi o simboli invece che parole e numeri.

Al fine di assicurare che il consumatore benefici di mezzi di presentazione delle informazioni obbligatorie sui prodotti alimentari diversi da parole e numeri, e purché sia assicurato lo stesso livello di informazione garantito da parole e numeri, tenendo conto della prova di una comprensione uniforme da parte dei consumatori, la Commissione può stabilire, mediante atti delegati a norma dell'art. 51, i criteri cui è subordinata l'espressione di uno o più determinati dati specifici attraverso pittogrammi o simboli invece che parole o numeri.

4. Per assicurare l'attuazione uniforme del par. 3 del presente articolo, la Commissione può adottare atti di esecuzione sulle modalità di applicazione dei criteri definiti a norma del par. 3 per esprimere uno o più determinati dati specifici attraverso pittogrammi e simboli invece che parole o numeri. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'art. 48, par. 2.

(*Omissis*)

Articolo 26 - Paese d'origine o luogo di provenienza

1. Il presente articolo si applica fatti salvi i requisiti di etichettatura stabiliti da specifiche disposizioni dell'Unione, in particolare il regolamento (Ce) n. 509/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alle specialità tradizionali garantite dei prodotti agricoli e alimentari³³, e il regolamento (Ce) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari³⁴.

³³ *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 1.

³⁴ *Gu-Ue* n. L 93 del 31 marzo 2006, p. 12.

2. L'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza è obbligatoria:

a. nel caso in cui l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore in merito al paese d'origine o al luogo di provenienza reali dell'alimento, in particolare se le informazioni che accompagnano l'alimento o contenute nell'etichetta nel loro insieme potrebbero altrimenti far pensare che l'alimento abbia un differente paese d'origine o luogo di provenienza;

b. per le carni dei codici della nomenclatura combinata (NC) elencati all'allegato XI. L'applicazione della presente lettera è soggetta all'adozione degli atti di esecuzione di cui al par. 8.

3. Quando il paese d'origine o il luogo di provenienza di un alimento è indicato e non è lo stesso di quello del suo ingrediente primario:

a. è indicato anche il paese d'origine o il luogo di provenienza di tale ingrediente primario; oppure

b. il paese d'origine o il luogo di provenienza dell'ingrediente primario è indicato come diverso da quello dell'alimento.

L'applicazione del presente paragrafo è soggetta all'adozione degli atti di esecuzione di cui al par. 8.

4. Entro cinque anni dalla data di applicazione del par. 2, lett. *b.*, la Commissione presenta una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio per valutare l'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza per i prodotti ivi indicati.

5. Entro il 13 dicembre 2014, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio relazioni sull'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza per i seguenti alimenti:

a. i tipi di carni diverse dalle carni bovine e da quelle di cui al par. 2, lett. *b.*;

b. il latte;

c. il latte usato quale ingrediente di prodotti lattiero-caseari;

d. gli alimenti non trasformati;

e. i prodotti a base di un unico ingrediente;

f. gli ingredienti che rappresentano più del 50 % di un alimento.

6. Entro il 13 dicembre 2013, la Commissione presenta una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza per le carni utilizzate come ingrediente.

7. Le relazioni di cui ai par. 5 e 6 prendono in considerazione l'esigenza del consumatore di essere informato, la fattibilità della fornitura dell'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza e un'analisi dei relativi costi e benefici, compreso l'impatto giuridico sul mercato interno e l'impatto sugli scambi internazionali.

La Commissione può corredare tali relazioni di proposte di modifica delle pertinenti disposizioni dell'Unione.

8. Entro il 13 dicembre 2013, e a seguito di valutazioni d'impatto, la Commissione adotta atti di esecuzione relativi all'applicazione del par. 2, lett. *b.*, del presente articolo e all'applicazione del par. 3 del presente articolo. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'art. 48, par. 2.

9. Per gli alimenti di cui al par. 2, lett. *b.*, al par. 5, lett. *a.*, e al par. 6, le rela-

zioni e le valutazioni d'impatto ai sensi del presente articolo prendono in considerazione, tra l'altro, le opzioni sulle modalità di espressione del paese d'origine o del luogo di provenienza di detti alimenti, in particolare per quanto riguarda ciascuno dei seguenti momenti determinanti nella vita di un animale:

- a. luogo di nascita;
- b. luogo di allevamento;
- c. luogo di macellazione.

(*Omissis*)

Capo V - Informazioni volontarie sugli alimenti

(*Omissis*)

Capo VI - Disposizioni nazionali

Articolo 38 - Disposizioni nazionali

1. Quanto alle materie espressamente armonizzate dal presente regolamento, gli Stati membri non possono adottare né mantenere disposizioni nazionali salvo se il diritto dell'Unione lo autorizza. Tali disposizioni nazionali non creano ostacoli alla libera circolazione delle merci, ivi compresa la discriminazione nei confronti degli alimenti provenienti da altri Stati membri.

2. Fatto salvo l'art. 39, gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali concernenti materie non specificamente armonizzate dal presente regolamento purché non vietino, ostacolino o limitino la libera circolazione delle merci conformi al presente regolamento.

Articolo 39 - Disposizioni nazionali sulle indicazioni obbligatorie complementari

1. Oltre alle indicazioni obbligatorie di cui all'art. 9, par. 1, e all'art. 10, gli Stati membri possono adottare, secondo la procedura di cui all'art. 45, disposizioni che richiedono ulteriori indicazioni obbligatorie per tipi o categorie specifici di alimenti per almeno uno dei seguenti motivi:

- a. protezione della salute pubblica;
- b. protezione dei consumatori;
- c. prevenzione delle frodi;
- d. protezione dei diritti di proprietà industriale e commerciale, delle indicazioni di provenienza, delle denominazioni d'origine controllata e repressione della concorrenza sleale.

2. In base al par. 1, gli Stati membri possono introdurre disposizioni concernenti l'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza degli alimenti solo ove esista un nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza. Al momento di notificare tali disposizioni alla Commissione, gli Stati membri forniscono elementi a prova del fatto che la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo alla fornitura di tali informazioni.

(*Omissis*)

IL REGOLAMENTO (UE) N. 1169/2011 E LE SUE GUIDE SPIRITUALI

Sommario: **I.** Osservazioni preliminari e introduttive - **II.** La responsabilità degli operatori in materia di etichettatura dei prodotti alimentari - **1.** Premesse - La sentenza della Corte di giustizia emessa nella causa Lidl Italia - **2.** La posizione della Commissione europea - **a.** L'analisi della normativa applicabile e la soluzione individuata - **b.** I riferimenti alle disposizioni del Regolamento (Ce) n. 178/2002 - **3.** La nuova disciplina introdotta dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011 - **4.** Valutazioni critiche finali - **III.** L'origine e la provenienza dei prodotti alimentari e degli ingredienti - **1.** In generale - **2.** La disciplina attualmente in vigore - **3.** La normativa sull'origine e sulla provenienza dei prodotti alimentari secondo il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 - **a.** Con riferimento ai prodotti alimentari in generale - **b.** Con riferimento a prodotti alimentari specifici - **c.** Con riferimento agli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari - **IV.** Conclusioni.

I. Osservazioni preliminari e introduttive

Come sappiamo, il 13 dicembre 2014 troverà effettiva applicazione in tutti i Paesi europei il Regolamento (Ue) n. 1169/2011¹, concernente le informazioni sui prodotti alimentari destinati ai consumatori.

¹ In *Gu-Ue* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss. In base all'art. 55 del Regolamento (Ue) 1169/2011, l'applicazione obbligatoria della disciplina sulla dichiarazione nutrizionale (art. 9, par. 1, lett. l.) è stata fissata al 13 dicembre 2016. Sul Regolamento (Ue) n. 1169/2011 cfr. i commenti di V. MAGLIO, *Il nuovo regolamento sull'informazione al consumatore relativa ai prodotti alimentari*, in *Contr. e impr./Europa*, 2011, p. 743 ss.; S. MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso «personalista» del consumatore (Osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura di alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 576 ss.; V. PULLINI, *Prodotti nutraceutici, integratori alimentari, prodotti a base di estratti vegetali in rapporto al nuovo regolamento (UE) n. 1169/2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori*, in *Alimenta*, 2011, n. 11/12, p. 236 ss.; F. ALBISINNI, *La comunicazione al consumatore di alimenti, le disposizioni nazionali e l'origine dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 68 ss.; ID., *The new EU Regulation on the provision of food information to consumers*, in *Riv. dir. alim.*, 2011, fasc. 2, p. 32 ss.; L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 658 ss.; G. DE GIOVANNI, *La nuova regolamentazione comunitaria sull'etichettatura dei prodotti alimentari*, in *Alimenta*, 2011, n. 6, p. 123 ss.; S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer*

Il presente articolo prenderà unicamente in esame, commentandole in modo specifico: *a.* la disciplina sulla responsabilità degli operatori in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, *b.* le disposizioni applicabili in materia di origine con riferimento ai prodotti alimentari e ai loro ingredienti.

Riteniamo utile procedere ad una trattazione specifica delle disposizioni indicate, con un certo anticipo sul termine di applicazione del Regolamento sopra menzionato, per metterne in evidenza le particolarità, cercando di approfondire tutti gli aspetti che, a nostro avviso, occorrerebbe conoscere e tener presenti per rendere possibile la corretta applicazione, nel nostro ordinamento, delle predette disposizioni.

Questo, anche allo scopo di evitare, per quanto possibile, che, come spesso avviene in occasione di un cambio di legislazione, zelanti Autorità di controllo, in cerca di visibilità mediatica, si apprestino a segnalare le mete e i traguardi della nuova disciplina da applicare, in ciò stimulate da organizzazioni politicizzate che amano operare in veste di guide spirituali.

Già si sono manifestati, d'altra parte, pesanti inconvenienti che ancora si manifestano con una certa frequenza, provocando le reazioni scomposte dei consumatori che vengono sapientemente ed accortamente sfruttate dai *mass-media* internazionali, così da offrire insperati appoggi ai produttori stranieri, concorrenti di quelli italiani, con risultati non certo vantaggiosi per i nostri prodotti.

I produttori italiani, in effetti, che sui mercati internazionali devono già subire le imitazioni, le contraffazioni e le deleterie operazioni di *Italian Sounding*² ai danni dei loro prodotti, si trovano così esposti anche agli attacchi dei concorrenti esteri che traggono profitto dalle notizie, spesso superficiali e scorrette, diffuse dai *mass-media* italiani.

nel mercato agro-alimentare europeo, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*; P. BORGHI, *Diritto d'informazione nel recente regolamento sull'etichettatura*, in C. RICCI (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 271-290; A. DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovo alfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, fasc. 2, p. 4 ss.; A. JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l'onnicomprendività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 38 ss.; L. RUSSO, *Deleghe normative e atti di esecuzione nel reg. (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 47 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *The new European Regulation on Food Labelling: are we ready for the "D" day on 13 December 2014?*, in *European Food and Feed Law Review*, 2013, n. 3, p. 158 ss.

² Cfr. A. NERI, *Italian sounding o agro pirateria?*, in *Alimenta*, 2009, n. 5, editoriale; F. CAPELLI, *Italian Sounding o Agropirateria? La tutela delle denominazioni celebri dei prodotti alimentari italiani*, in *Alimenta*, 2009, n. 6, p. 123 ss.; A. NERI, *Sicurezza, qualità, frode, contraffazione, pirateria. I professionisti dell'allarmismo "alimentare"*, in *Alimenta*, 2012, n. 3, editoriale; ID., *Frodi alimentari e frodi mediatiche. Niente di nuovo sotto il sole*, in *Alimenta*, 2013, n. 6, editoriale.

Senza contare che quando queste notizie, diffuse con clamore in modo violento, si riferiscono a frodi alimentari genericamente qualificate, che vengono percepite come attacchi alla salute dei consumatori, anche se nella realtà riguardano violazioni di carattere meramente commerciale, i concorrenti esteri, soprattutto extraeuropei, cercano di trarne vantaggio premendo sui loro governi allo scopo di ottenere l'adozione di provvedimenti intesi a frenare le importazioni dei prodotti agroalimentari provenienti dall'Italia.

A conferma della fondatezza di quanto appena riferito, riportiamo il passo di un recente articolo apparso il 17 maggio 2014 sulla prima pagina de *Il Sole 24 Ore*, a firma di *Mario Platero*, che lamenta l'assenza di ogni preoccupata attenzione e di ogni adeguata reazione da parte italiana.

Riferisce, infatti, *Mario Platero* nel suo articolo che:

«La questione, insomma, non è solo commerciale, è ormai soprattutto politica. Quando i media americani pubblicano il simbolo della morte sull'olio di oliva italiano, quando si attacca la qualità del Pinot grigio, uno dei vini italiani più venduti in America, quando si descrive con ironia una visita agli impianti modello della Barilla per concludere che "la pasta è scotta", quando, dal novembre 2013 le ispezioni sul prosciutto importato dall'Italia sono diventate impossibili, la posta in gioco diventa altissima: si offre alla nostra concorrenza l'occasione per costruire nuovi attacchi, magari attraverso gruppi di attivisti che non si sa bene a quali referenti rispondano».

Non abbiamo bisogno di sottolineare la gravità della denuncia di *Mario Platero*.

Vorremmo soltanto auspicare che i *gruppi di attivisti*, di incerta matrice, di cui parla *Platero*, non siano messi in condizione di motivare i loro attacchi ai prodotti agroalimentari italiani, fondandoli sui risultati degli interventi di alcune Autorità di controllo italiane, nelle quali operano, purtroppo, aspiranti talebani portati a seguire le linee direttrici delle guide spirituali alle quali più sopra ci siamo riferiti.

Linee direttrici che facilmente arrivano a far presa anche sui rappresentanti della nostra classe politica, come il clamoroso caso del «*grano saraceno*» può documentare³.

Urge pertanto affrontare per tempo i problemi che abbiamo appena evocato, approfondendone tutti gli aspetti rilevanti, così da portare alla luce anche gli eccessi dovuti a discrezionalità fantasiose o ideologicamente

³ Dai resoconti riportati sui giornali del 4 giugno 2014, si desume però che il parlamentare autore della *gaffe* sul *grano saraceno*, intendeva sostenere qualcosa di ancora più grave. Secondo lui occorreva mettere in guardia i consumatori perché la pasta italiana è prodotta con il 30% di grano straniero, seguendo, quindi, la *fatwā* integralista diffusa dalle guide spirituali di cui si parla nel testo.

condizionate, se non a vere e proprie carenze conoscitive di natura professionale.

Tali problemi potrebbero essere affrontati nel modo migliore e più completo in un convegno, con l'obiettivo di mettere a fuoco gli aspetti di maggior rilievo che interessano.

In un convegno, più precisamente, in grado di render possibili sia l'analisi delle competenze assegnate alle varie Autorità di controllo, sia il confronto fra gli effetti prodotti nell'esercizio di tali competenze, sia, infine, la valutazione dei risultati conseguiti e la stima del loro possibile impatto per quanto riguarda il futuro.

Un convegno nel quale vengano trattate tali tematiche, dovrebbe essere organizzato in tempi relativamente brevi, in modo da essere tenuto nel periodo in cui sono ancora in corso i dibattiti sulla riforma della disciplina in materia di sicurezza alimentare, da poco avviati sia in sede europea⁴ sia in sede nazionale⁵.

Un convegno del genere potrebbe rivelarsi oltretutto opportuno alla vigilia di EXPO 2015, una manifestazione, come da più parti auspicato, che dovrebbe diventare una specie di vetrina internazionale dei prodotti agroalimentari italiani.

Due delle tematiche, che potrebbero essere affrontate in tale convegno, vengono analizzate nel presente articolo e riguardano, come sopra ricordato, i controlli relativi alla responsabilità degli operatori del settore alimentare e quelli sull'origine dei prodotti alimentari e degli ingredienti.

II. La responsabilità degli operatori in materia di etichettatura dei prodotti alimentari

1. PREMESSE – LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EMESSA NELLA CAUSA *LIDL ITALIA*

Per affrontare compiutamente il problema della responsabilità degli operatori in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, occorre necessariamente partire dalla sentenza della Corte di giustizia emessa nel 2006 nella causa *Lidl (Amaro alle erbe)*⁶.

Come sappiamo, i fatti di causa erano molto semplici. Avendo un'Autorità di controllo accertato che un liquore (*Amaro alle erbe*), proveniente da

⁴ Doc. Com(2013)264 del 6 maggio 2013.

⁵ Disegno di legge delega n. 1324 presentato il 21 febbraio 2014 al Senato.

⁶ Sentenza del 23 novembre 2006 in causa n. C-315/05, *Lidl Italia c. Comune di Arcole*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11181, EU:C:2006:736.

un produttore tedesco e commercializzato in Italia in un punto vendita della catena Lidl, raggiungeva una gradazione alcolica inferiore a quella indicata nell'etichetta riportata sulla confezione, la stessa Autorità irrogava una sanzione amministrativa alla società distributrice Lidl con sede in Italia⁷.

Nel corso della causa di opposizione alla sanzione amministrativa, il giudice nazionale competente rimetteva gli atti alla Corte di giustizia per far accertare se, nella fattispecie, la società distributrice di una bevanda alcolica preconfezionata ed ermeticamente sigillata dal produttore-fornitore, potesse essere considerata responsabile per l'esistenza di una lieve difformità tra la gradazione alcolica effettiva della bevanda, accertata dall'Autorità di controllo, e quella dichiarata in etichetta⁸.

Sulla base della normativa applicabile all'epoca dei fatti di causa (anno 2003), la Corte di giustizia poteva riferirsi unicamente alle disposizioni della Direttiva (Ce) n. 2000/13⁹ sull'etichettatura dei prodotti alimentari, in quanto le disposizioni rilevanti del Regolamento (Ce) n. 178/2002, sui principi generali della legislazione alimentare, sarebbero divenute applicabili soltanto a partire dal 2005¹⁰.

Facendo riferimento alla Direttiva (Ce) n. 2000/13, la Corte di giustizia ha pertanto accertato (cfr. punto n. 40, *in fine*, della sentenza) che la

⁷ Sulla sentenza *Lidl* cfr.: D. PISANELLO, *La disciplina in materia di etichettatura dei prodotti alimentari à la croisée des chemins*, in questa *Rivista*, 2006, p. 677 ss.; A. ALEMANN, *Protection des consommateurs et droit alimentaire (arrêt "Lidl Italia")*, *RDUE*, 2006, n. 4, p. 895 ss.; M.-E. ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*, in *Danno e Resp.*, 2007, n. 10, p. 989 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Responsabilidad del distribuidor sobre la veracidad del etiquetado*, in *Revista electronica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, 2007, n. 8, p. 31 ss.; S. MASINI, *Sulla responsabilità dell'impresa commerciale di distribuzione*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2007, p. 233 ss.; A. NERI, *La sentenza LIDL ovvero la Grande Distribuzione non è più la Grande Esente*, in *Alimenta*, 2007, n. 5, editoriale.

⁸ In etichetta era indicato un contenuto in alcol del 35%, mentre l'Autorità di controllo aveva rilevato un contenuto del 33,91% a fronte di una tolleranza ammessa dello 0,3%. Come risulta indicato al punto 20 delle conclusioni dell'Avvocato Generale, l'analisi effettuata da un laboratorio incaricato dalla società *Lidl* aveva confermato la regolarità del contenuto in alcol, mentre la revisione ufficiale dell'analisi aveva rilevato un dato ancora diverso, anche se inferiore a quello indicato in etichetta.

⁹ Direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29. Cfr. G. DE GIOVANNI, *Le etichette dei prodotti alimentari*, Bologna, Edagricole, 2004; D. DONGO, *Etichette e pubblicità, principi e regole*, Bologna, Edagricole, 2004; G. FUGARO - F. G. LUCCHESI, *L'etichettatura dei prodotti agroalimentari - Norme, sanzioni e giurisprudenza*, Milano, Edizioni Agricole de Il Sole 24 ore, 2011.

¹⁰ Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Gu-Ue* n. L 31 dell'1 febbraio 2002, p. 1 ss. Cfr. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare e autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006.

stessa «non contiene alcuna norma ai fini della designazione dell'operatore che può essere considerato responsabile» delle eventuali violazioni in materia di etichettatura.

La Corte di giustizia mantiene tale sua posizione anche dopo aver esaminato tanto l'art. 17 del citato Regolamento (Ce) n. 178/2002 (cfr. punto 53 della sentenza), quanto alcune disposizioni della Direttiva (Cee) n. 85/374 sulla responsabilità del produttore di prodotti difettosi¹¹.

Conseguentemente la Corte di giustizia giunge alla seguente constatazione che è riportata al punto 59 della sentenza:

«Nei limiti così posti dal diritto comunitario, spetta in linea di principio al diritto nazionale fissare le modalità secondo le quali un distributore può essere considerato responsabile della violazione dell'obbligo in materia di etichettatura imposto dagli articoli 2, 3 e 12 della Direttiva Ce n. 2000/13 e, in particolare, disciplinare la ripartizione delle responsabilità rispettive dei vari operatori che intervengono nell'immissione in commercio del prodotto alimentare considerato».

Basandosi su tale constatazione, la Corte di giustizia ha quindi formulato il dispositivo della sentenza affermando che ogni Stato membro (nel caso di specie: l'Italia) poteva adottare (o mantenere) una disposizione interna che considerasse come responsabile della violazione delle norme sull'etichettatura¹², assoggettandolo ad una sanzione amministrativa, il distributore di una bevanda alcolica preconfezionata ed ermeticamente sigillata dal produttore, in caso di accertata difformità tra la gradazione alcolica effettiva della bevanda e quella indicata dal produttore sull'etichetta del prodotto¹³.

¹¹ Direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss. Cfr. F. CAPELLI (a cura di), *Raccolta degli atti dei convegni di Parma* (maggio e novembre 1985) e *Milano* (maggio 1986), *La responsabilità del produttore*, Parma, Edizioni Zara, 1988; G. ALPA - M. BESSONE (a cura di F. TORIELLO), *La responsabilità del produttore*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1999.

¹² Sulle teorie relative alla responsabilità degli operatori del settore alimentare prima dell'adozione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 cfr. C. BANET, *Une responsabilité accrue pour les opérateurs du secteur alimentaire: le nouveau cadre réglementaire européen entré en vigueur le 1er janvier 2006*, in *La gazette du Palais*, 2006, n. 4, p. 2333 ss.; D. PISANELLO, *Obblighi di sicurezza alimentare nel mercato unico europeo tra gestione del rischio e responsabilità d'impresa*, in questa *Rivista*, 2008, p. 695 ss.; A. M. PALMIERI, *La responsabilità dell'impresa alimentare*, in *Alimenti, danno e responsabilità*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 91 ss.; I. TRAPÈ, *La responsabilità del distributore di alimenti*, *ivi*, p. 119 ss.; M. D'ADDEZIO, *La responsabilità civile dell'«impresa agroalimentare»*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 41 ss.

¹³ Il dispositivo della sentenza *Lidl* è così redatto: «Gli artt. 2, 3 e 12 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000, 2000/13/CE, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, devono essere interpretati nel senso che non ostano

Se ora si mettono a confronto il punto 59 della sentenza, sopra riportato, e il dispositivo della sentenza medesima, si comprende subito che la Corte di giustizia non ha fornito al giudice nazionale alcun aiuto per risolvere il caso sul quale lo stesso era chiamato a pronunciarsi.

Dopo aver riconosciuto, al punto 59 della sentenza che, data la complessità della materia, spetta al diritto nazionale «disciplinare la ripartizione delle responsabilità rispettive dei vari operatori che intervengono nell'immissione in commercio del prodotto nazionale considerato», la Corte di giustizia, nel dispositivo della stessa sentenza, invece di fornire al giudice interno, incaricato di applicare il diritto nazionale, utili indicazioni sui principi da osservare proprio per evitare che la normativa uniforme europea sull'etichettatura potesse trovare un'applicazione divergente nei vari Stati membri, a causa delle diversità delle legislazioni nazionali applicabili, gli ha complicato ulteriormente il lavoro di ricerca, confondendo tra loro proprio quelle figure destinate ad «intervenire nell'immissione in commercio del prodotto nazionale considerato», che invece dovevano (e devono) essere tenute rigorosamente distinte.

Se si considera, in particolare, la disciplina italiana in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, in essa vengono generalmente in rilievo almeno tre figure che devono essere tenute tra loro distinte. La prima figura è quella del *responsabile dell'etichettatura*, la seconda è quella del *responsabile della violazione* e, la terza, è quella del *destinatario della sanzione*¹⁴.

La diversa rilevanza e la diversa incidenza di tali figure possono risultare evidenti da un esempio concreto.

Se appone correttamente la data di scadenza sull'etichetta del proprio prodotto alimentare deperibile (ad esempio, un formaggio fresco), il produttore, quale *responsabile dell'etichettatura*, rispetta pienamente la normativa applicabile.

Se il distributore (ad esempio: il punto vendita di una catena di supermercati) pone in vendita tale prodotto deperibile dopo la data di sca-

ad una normativa di uno Stato membro, come quella controversa nella causa principale, che prevede la possibilità per un operatore, stabilito in tale Stato membro, che distribuisce una bevanda alcolica destinata ad essere consegnata come tale, ai sensi dell'art. 1 di detta direttiva, e prodotta da un operatore stabilito in un altro Stato membro, di essere considerato responsabile di una violazione di detta normativa, constatata da una pubblica autorità, derivante dall'inesattezza del titolo alcolometrico volumico indicato dal produttore sull'etichetta di detto prodotto, e di subire conseguentemente una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre esso si limita, nella sua qualità di semplice distributore, a commercializzare tale prodotto così come a lui consegnato da detto produttore».

¹⁴ Su questi aspetti v. F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, in questa Rivista, 2006, p. 391 ss.

denza indicata in etichetta, diventa *responsabile della violazione* senza essere *responsabile dell'etichettatura*.

Se, infine, l'Autorità di controllo, dopo l'accertamento della violazione commessa nel punto vendita, sanziona il Presidente della società proprietaria della catena di supermercati, identificandolo come destinatario della sanzione, si arriva ad avere un quadro completo delle figure intervenute nell'immissione in commercio del prodotto considerato e della ripartizione delle relative responsabilità in materia di etichettatura dei prodotti alimentari.

In un'ipotesi siffatta, all'interno dell'ordinamento italiano, il destinatario della sanzione, identificato dall'Autorità di controllo, sarebbe una figura diversa da quella del responsabile della violazione.

Infatti, l'Autorità di controllo che identifica, come *destinatario della sanzione*¹⁵ il Presidente di una società proprietaria di una catena di distribuzione, considerandolo come *responsabile della violazione*, disattende la normativa applicabile perché, nel nostro ordinamento (per giurisprudenza costante della Corte di cassazione), il destinatario della sanzione quale responsabile della violazione nell'ipotesi qui considerata, deve essere ritenuto il rappresentante del punto vendita della società di distribuzione che ha concretamente commesso la violazione (o che ha omesso di vigilare per impedire che la violazione venisse commessa)¹⁶.

L'esempio sopra descritto aiuta a comprendere le particolari problematiche derivanti dall'applicazione della normativa sull'etichettatura.

Le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nel dispositivo della sentenza *Lidl* non sono utili, come già segnalato, per risolvere in modo corretto né il caso sottoposto alla decisione del giudice nazionale che ad essa si era rivolto per ottenere assistenza e chiarimenti, né altri casi simili in materia di etichettatura.

¹⁵ Bisogna tenere presente che l'Autorità di controllo a volte identifica il *destinatario della sanzione* in base a motivi pratici anche banali. Proprio nel caso *Lidl*, non è difficile immaginare che l'Autorità di controllo abbia identificato come *destinatario della sanzione* la società *Lidl* unicamente perché la sua sede si trovava in Italia. Se, infatti, l'Autorità di controllo avesse voluto sanzionare il produttore tedesco, con sede in Germania, avrebbe incontrato alcune difficoltà che una piccola autorità provinciale avrebbe potuto superare con fatica e notevole dispendio di energie. Pensiamo soltanto alla necessità di notificare gli atti in Germania e di tradurli in lingua tedesca. È apparso quindi molto più semplice notificare l'intera documentazione a un destinatario con sede in Italia.

¹⁶ Cfr. Corte di cassazione, sez. III penale, sentenza del 6 marzo 2003, n.19462, *Rossetto* (legale rappresentante della società *Autogrill*), in *Foro it.*, 2003, I, c. 610 ss., nonché ordinanza della Corte di cassazione, VI sez. civile, del 29 aprile-25 maggio 2011 n. 11481/11, *Kasch Rudiger e Lidl Italia*. Cfr., in dottrina, l'articolo di F. CENTONZE, favorevole all'indirizzo seguito dalla Corte di cassazione: *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza e organizzazione aziendale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 369 ss.

Manca, in tale dispositivo, innanzitutto il segnale rivolto al giudice nazionale perché tenga conto dell'incidenza delle figure che hanno seguito l'immissione in commercio del prodotto contestato per poterne valutare le responsabilità rispettive, come invece sarebbe stato logico attendersi sulla base di quanto dichiarato al punto n. 59 della sentenza sopra riportata.

In secondo luogo il dispositivo della sentenza non ha fornito alcun parametro ragionevole in grado di orientare l'attività delle Autorità di controllo. A questo proposito abbiamo già avuto modo, nel commentare la sentenza *Pontini*, di criticare le sentenze interpretative della Corte di giustizia¹⁷ che, limitandosi a svolgere una mera attività ricognitiva della normativa comunitaria applicabile, si sono rivelate del tutto inutili per i giudici nazionali che le hanno sollecitate¹⁸.

Nel caso *Lidl*, il problema dell'identificazione del responsabile della violazione commessa è stato alla fine risolto in modo ragionevole dal giudice nazionale¹⁹, che ha dato applicazione, in sostanza, ad una norma di diritto interno in base alla quale viene esclusa, in determinate circostanze, la responsabilità del distributore²⁰.

La disposizione alla quale si è sostanzialmente riferito il giudice nazionale per decidere il caso sottoposto al suo esame, è contenuta nell'art. 19 della l. n. 283/1962, tuttora vigente, il quale è così formulato:

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010 in causa n. C-375/08, *Pontini*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 5767 ss., EU:C:2010:365. Per le critiche a tale sentenza cfr. F. CAPELLI, *Quando la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia mette in difficoltà i giudici nazionali - Sanzioni penali applicate in base al diritto nazionale per violazioni non previste dal diritto comunitario: le conseguenze di una sentenza della Corte di giustizia incompleta e contraddittoria*, in *Alimenta*, 2010, n. 9, p. 192.

¹⁸ Per segnalare l'inutilità della sentenza della Corte di giustizia emessa nella causa *Pontini* è stato precisato che: «La Corte fornisce, infatti, un'interpretazione indubbiamente corretta della normativa applicabile, ma poi inserisce nella sentenza alcuni distinguo che, a loro volta, rendono problematica, per il giudice nazionale, l'applicazione, alla fattispecie concreta, della normativa comunitaria anche se correttamente interpretata», così F. CAPELLI, *Quando la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia mette in difficoltà i giudici nazionali*, cit. *supra*, nota 17, p. 192.

¹⁹ Cfr. sentenza del Giudice di pace di Monselice n. 280 del 24 maggio-5 luglio 2007, in questa *Rivista*, 2007, p. 529 con commento di D. PISANELLO, *Applicazione della sentenza Lidl Italia all'interno degli Stati membri: legislazione interna e normativa comunitaria a confronto*, ivi, p. 533 ss.; B. KLAUS - A. H. MEYER, *The Liability of the Distributors in the Event on Infringements of Food Law - Case involving Lidl Italia: the Judgments of the European Court of Justice and the Giudice di Pace of Monselice, Italy*, in *European Food and Feed Law Review*, 2008, n. 6, p. 407 ss.

²⁰ Sentenza del Giudice di pace di Monselice n. 280 del 24 maggio-5 luglio 2007: «In assenza di detta preventiva verifica si porrebbe all'assurdo per il quale il rivenditore, anche in presenza di confezioni indiscutibilmente provenienti da produttori riconosciuti (come nel caso di specie) dovrebbe testare (magari a proprie spese) a campione o, per scrupolo, tutte le confezioni al fine di accertare la corrispondenza tra quanto indicato in etichetta e quanto effettivamente contenuto», cit. *supra*, nota 19, p. 530.

«Le sanzioni previste dalla presente legge non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione».

La predetta disposizione contiene precetti in linea con le disposizioni sanzionatorie previste dal dlgs n. 109/1992 attuativo delle Direttive europee in materia di etichettatura dei prodotti alimentari nonché con quelle della l. n. 689/81 in materia di sanzioni amministrative²¹.

La mancanza di chiarezza riscontrata nella normativa applicabile in materia di responsabilità degli operatori, che non è stata attenuata dall'applicazione del Regolamento (Ce) n. 178/2002 ed è stata accentuata dalla sentenza della Corte di giustizia emessa nel caso *Lidl*, ha convinto la Commissione europea a prendere posizione tentando un nuovo approccio al problema.

2. LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA

a. *L'analisi della normativa applicabile e la soluzione individuata*

La Commissione europea, già nel corso della causa *Lidl*, portata davanti alla Corte di giustizia, aveva manifestato le proprie perplessità e le proprie incertezze.

Come risulta infatti riportato al punto 32 delle conclusioni dell'Avvocato Generale²² presentate nella causa *Lidl*: *«La Commissione parte dalla considerazione che la direttiva n. 2000/13 non contiene una disciplina espressa della responsabilità. In base ad essa, l'obbligo di apporre le indicazioni sull'etichetta incomberebbe al solo produttore della bevanda alcolica oppure si sarebbe di fronte ad una responsabilità indistinta di tutti coloro che operano nel settore dei prodotti alimentari. Tenendo conto delle considerazioni relative alla tutela dei consumatori e dell'art. 17, n. 1, del regolamento n. 178/2002 si dovrebbe dare la preferenza a questa seconda interpretazione».*

Tali perplessità e tali incertezze hanno condotto la Commissione europea, come risulta dal successivo punto 33 delle conclusioni dell'Avvocato

²¹ Le due disposizioni citate fanno riferimento alla colpa e richiedono, per l'applicazione delle sanzioni amministrative in esse previste, la presenza dell'elemento psicologico (cfr. anche l'art. 19 della l. n. 283/1962, riportato nel testo). V., sul punto, D. PISANELLO, *Applicazione della sentenza Lidl Italia all'interno degli Stati membri*, cit. *supra*, nota 19.

²² In *Raccolta*, 2006, I, p. 11191, EU:C:2006:553.

Generale²³, a ritenere che «*La responsabilità del commerciante distributore sarebbe tuttavia subordinata alla condizione che costui sia in grado di verificare se il tenore alcolometrico effettivo corrisponda a quello menzionato sull'etichetta. Ciò deve essere accertato dal giudice nazionale. Si potrebbe senz'altro pensare che anche il distributore di un prodotto disponga, in certi casi, di una corrispondente possibilità di controllo*»²⁴.

Come si può comprendere, la Commissione europea si era resa conto delle problematiche concrete derivanti dall'applicazione della normativa sull'etichettatura in seguito alle contestazioni discusse nella causa *Lidl* e le ha affrontate direttamente al momento in cui ha dovuto predisporre la proposta del Regolamento che sarebbe divenuto il Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Nella relazione che ha accompagnato la proposta di tale Regolamento, la Commissione ha precisato infatti che nel Regolamento medesimo: «*in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, sono chiarite le responsabilità dei vari operatori del settore alimentare lungo la catena di approvvigionamento*».

A sua volta, il considerando n. 21 dello stesso Regolamento (Ue) n. 1169/2011 così recita: «*Per evitare la frammentazione delle norme relative alla responsabilità degli operatori del settore alimentare in relazione alle informazioni sugli alimenti, è opportuno chiarire le responsabilità di tali operatori in questo ambito. Tale chiarimento dovrebbe essere conforme agli obblighi nei confronti del consumatore di cui all'articolo 17 del regolamento (CE) n. 178/2002*».

Come si comprende, pertanto, sulla base di tali indicazioni, la Commissione europea ha inteso disciplinare in modo completo il problema del-

²³ In *Raccolta*, 2006, I, p. 11192, EU:C:2006:553.

²⁴ È evidente che l'affermazione della Commissione, riferita al punto 33 delle conclusioni dell'Avvocato Generale riportato nel testo, non appare pertinente con riferimento alla fattispecie decisa dalla Corte di giustizia. Anche ammesso che una grande catena di distribuzione possa disporre di mezzi adeguati per controllare tutti i prodotti da essa commercializzati, è evidente che un controllo siffatto, che richiede la manipolazione di confezioni sigillate, si rivelerebbe impraticabile e assolutamente sproporzionato in rapporto agli obiettivi da raggiungere. Per di più, come è stato già segnalato (cfr. *supra*, nota 8), sul prodotto contestato (*Amaro alle erbe*) erano stati eseguiti tre differenti controlli che avevano rilevato tre gradazioni alcoliche diverse. Ma la tesi della Commissione, che ritiene legittimo imporre al distributore un controllo sistematico sui prodotti da esso commercializzati, non può in alcun modo essere condivisa, se si pensa alla miriade di piccoli distributori che non dispongono dei mezzi necessari per effettuare i controlli. Da qui deriva l'impossibilità di imporre l'esecuzione dei controlli soltanto ai distributori che dispongono dei mezzi per farlo. Al di là di quanto esposto, appare in ogni caso evidente l'assurdità di ritenere responsabile della violazione delle prescrizioni applicabili, in materia di etichettatura, un distributore che, senza colpa, abbia messo in vendita un prodotto con una gradazione alcolica inferiore a quella indicata in etichetta, che poteva essere rilevata unicamente mediante la manipolazione della confezione, ermeticamente sigillata, contenente il prodotto contestato.

la responsabilità degli operatori del settore alimentare, in modo da garantire la tutela degli interessi dei consumatori imposta dal Regolamento (Ce) n. 178/2002.

b. I riferimenti alle disposizioni del Regolamento (Ce) n. 178/2002

In effetti, come sappiamo, prima dell'adozione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, le sole disposizioni specifiche della normativa comunitaria applicabile in materia di responsabilità degli operatori del settore alimentare, risultano contenute nel Regolamento (Ce) n. 178/2002 che costituisce, come già ricordato, il regolamento di base disciplinante il settore alimentare con particolare riferimento agli aspetti sanitari.

Il primo comma dell'art. 17 del Regolamento (Ce) n. 178/2002, così stabilisce: «*1. Spetta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o i mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte*».

Il par. 1 dell'art. 17 del Regolamento (Ce) n. 178/2002, sopra riportato, contiene dunque una disposizione, concernente gli operatori del settore alimentare (e dei mangimi), secondo la quale gli operatori debbono garantire l'osservanza di tutte le prescrizioni della legislazione alimentare ad essi imposte nelle varie fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione degli alimenti (e dei mangimi).

A sua volta, l'ultimo comma del par. 2 dello stesso art. 17, riconosce agli Stati membri il potere di adottare sanzioni in caso di violazione delle norme comunitarie contenute nel Regolamento (Ce) n. 178/2002.

Sulla base dell'art. 17 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 è da ritenere, pertanto, che sugli operatori del settore alimentare incomba una responsabilità generalizzata, per quanto riguarda gli aspetti di carattere sanitario, strettamente intesi.

Per quanto riguarda, invece, gli aspetti attinenti al commercio, all'etichettatura dei prodotti e alla loro pubblicità e, quindi, agli aspetti non strettamente sanitari, l'art. 16 dello stesso Regolamento (Ce) n. 178/2002 riconosce la prevalenza delle disposizioni più specifiche applicabili in base alla normativa comunitaria.

La disciplina normativa prescelta, però, non può dirsi, nel suo complesso, del tutto chiara e avrebbe potuto portare ad interpretazioni equivocate come in effetti è avvenuto.

Soprattutto non avrebbe consentito di risolvere, con sicurezza, il problema della ripartizione delle responsabilità tra gli operatori, nei casi dubbi.

In particolare tale normativa non consentiva di operare una sicura distinzione tra il responsabile dell'etichettatura e il responsabile della violazione specie quando la violazione non riguardava aspetti sanitari, ma unicamente aspetti commerciali, concernenti, ad esempio, l'etichettatura, la pubblicità, etc.²⁵

Per questo la Commissione europea ha cercato di riordinare in modo adeguato la materia della responsabilità.

3. LA NUOVA DISCIPLINA INTRODOTTA DAL REGOLAMENTO (UE) N. 1169/2011

La Commissione europea, pertanto, che, come si è già osservato, ha avuto modo di accorgersi delle imprecisioni e delle carenze contenute nella normativa precedentemente applicabile, come risulta dal *considerando* n. 21 dello stesso Regolamento (Ue) n. 1169/2011 (sopra riportato), ha proposto di inserire, nello stesso Regolamento, un articolo specifico dedicato alla «Responsabilità»²⁶.

Secondo il par. 1 dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, infatti, per quanto riguarda la responsabilità in materia di etichettatura, con riferimento alle informazioni destinate ai consumatori:

«1. L'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni sugli alimenti è l'operatore con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto o, se tale operatore non è stabilito nell'Unione, l'importatore nel mercato dell'Unione».

Come si vede, si è voluto risolvere la questione di principio, relativa all'individuazione dell'operatore responsabile dell'etichettatura, ricorrendo ad una soluzione "convenzionale", nel senso di lasciare la scelta alle parti, ad eccezione dei casi di importazione dei prodotti alimentari dai Paesi terzi, perché in questi casi è il Regolamento stesso che individua il re-

²⁵ Sulla responsabilità degli operatori del settore alimentare cfr. i contributi degli Autori indicati *supra*, nota 12.

²⁶ Cfr. S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, cit. *supra*, nota 1, p. 127 ss.; F. BRUSA - S. GONZAGA, *Le responsabilità del distributore di sostanze alimentari e nuove norme sulle informazioni ai consumatori: superamento della sentenza LIDL*, in *Alimenta*, 2012, n. 4, p. 81 ss.; I. CANFORA, *La responsabilità degli operatori alimentari per le informazioni sugli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 114 ss.; V. RUBINO, *La responsabilità degli operatori del settore alimentare per violazione degli obblighi informativi del consumatore dopo il Regolamento (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 668 ss.; M. GRUBE, *Zum Maßstab der Verantwortlichkeit und der Sorgfaltspflichten des Lebensmittelhandels*, in *Zeitschrift für das Gesamte Lebensmittelrecht*, 2013, n. 4, p. 415 ss.; E. TREUIL, *La responsabilité des fabricants et des distributeurs dans le cadre du règlement (UE) n° 1169/2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2013, n. 1, p. 37 ss.; L. RUSSO, *La responsabilità del produttore e del distributore*, in *Riv. dir. alim.*, 2014, n. 1, p. 34 ss.

sponsabile dell'etichettatura, identificandolo nell'operatore *«importatore nel mercato dell'Unione»*.

In tutti gli altri casi, il responsabile dell'etichettatura è *«l'operatore con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto»*. Saranno dunque gli operatori interessati a stabilire con quale nome o con quale ragione sociale dovrà essere commercializzato il prodotto.

Sotto questo profilo, pertanto, con la sola eccezione riguardante le importazioni dai Paesi terzi, come già accennato, la nuova disciplina non si discosta da quella precedente, che è ancora in vigore in base alla Direttiva (Ce) n. 2000/13.

Infatti, in base all'art. 3, par. 1, punto 7, della Direttiva (Ce) n. 2000/13, possono apparire sull'etichetta i nomi o le ragioni sociali *«del fabbricante o del condizionatore o di un venditore stabilito nella Comunità»*²⁷.

L'identificazione dell'operatore da riportare sull'etichetta è la conseguenza di una scelta delle parti e il soggetto che appare sull'etichetta con il suo nome o con la sua ragione sociale è, anche in base all'attuale Direttiva (Ce) n. 2000/13, l'operatore *«responsabile dell'etichettatura»*.

Una soluzione analoga è stata adottata nel settore dei cosmetici. Infatti, in base all'art. 4, par. 3, del Regolamento (Ce) 1223/2009 (*Gu-Ue* n. L 342 del 22 dicembre 2009, p. 59 ss.) che disciplina il settore dei cosmetici: *«Per i prodotti cosmetici fabbricati all'interno della Comunità e successivamente non esportati e reimportati nella Comunità, il fabbricante stabilito all'interno della Comunità è la persona responsabile»*.

Il fabbricante può designare tramite mandato scritto una persona stabilita all'interno della Comunità quale persona responsabile, che accetta per iscritto».

Come si vede, per quanto riguarda i prodotti cosmetici, per i quali il Regolamento (Ce) n. 1223/2009 prevede che la responsabilità dell'etichettatura deve essere attribuita al «fabbricante», è stabilito espressamente che tale responsabilità possa essere delegata ad un'altra persona, se questa accetta per iscritto.

È quindi evidente che la soluzione convenzionale, alla quale abbiamo fatto sopra riferimento, è quella più conforme anche alle regole commerciali.

In ogni caso, la novità apportata dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011, a parte l'imposizione, prima inesistente, di indicare come responsabile

²⁷ Nella sentenza *Lidl*, la Corte di giustizia (cfr. punto 46) ha precisato che l'indicazione degli operatori sull'etichetta del prodotto *«ha come obiettivo principale quello di consentire che i responsabili del prodotto, tra i quali oltre ai produttori e ai condizionatori, si trovano anche i venditori, siano facilmente identificabili dal consumatore finale affinché quest'ultimo possa, se del caso, comunicare loro le sue critiche positive o negative relative al prodotto acquistato»*.

dell'etichettatura l'importatore da Paesi terzi, consiste nel fatto che in base al par. 3 dello stesso art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, è ora possibile identificare una figura che in precedenza non era mai stata presa in considerazione e che la Corte di giustizia, nella sentenza *Lidl*, non aveva adeguatamente individuato, vale a dire la figura del *responsabile della violazione*.

Recita, infatti, il predetto par. 3 dell'art. 8 che: «*Gli operatori del settore alimentare che non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti non forniscono [rectius: si astengono dal fornire] alimenti di cui conoscono o presumono, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti, la non conformità alla normativa in materia di informazioni sugli alimenti applicabile e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali*».

Orbene, la disposizione appena riportata, che va letta insieme a quella contenuta nel par. 5 dello stesso art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011²⁸, consente di arrivare alle conclusioni, sopra riferite, alle quali è pervenuto il giudice nazionale che ha deciso la controversia interna dopo la sentenza emessa dalla Corte di giustizia nella causa *Lidl*.

Infatti, in base al par. 3 del citato art. 8, gli operatori che intervengono nella commercializzazione dei prodotti alimentari, ma che non svolgono alcuna funzione, per quanto riguarda l'elaborazione delle informazioni da riportare nelle relative etichette, hanno l'obbligo di impedire la commercializzazione dei prodotti sul mercato «*di cui conoscono o presumono, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti, la non conformità alla normativa in materia di informazioni sugli alimenti applicabile e ai requisiti delle pertinenti disposizioni nazionali*».

Se fosse stata applicabile la nuova disciplina, pertanto, sarebbe stato possibile risolvere il caso *Lidl*, sottoposto al giudizio della Corte di giustizia, mediante l'identificazione, come «*responsabile della violazione*», del produttore tedesco del liquore *Amaro alle erbe*, che aveva riportato sull'etichetta della confezione una gradazione alcolica diversa da quella effettivamente accertata.

È ovvio, infatti, che nella fattispecie della causa *Lidl* il distributore non poteva essere considerato responsabile né dell'etichettatura né della

²⁸ Il par. 5 dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, nel far salve le disposizioni dei precedenti paragrafi dello stesso art. 8, si riferisce ai soli controlli che gli operatori, diversi dal produttore, devono eseguire per verificare la conformità delle informazioni alla normativa applicabile, limitatamente, però, all'attività che essi svolgono nell'ambito delle imprese che controllano. Di conseguenza, per portare un esempio concreto, il distributore dovrà controllare se l'etichetta riporta l'elenco degli ingredienti come pure il termine minimo di conservazione etc. perché tale tipo di controllo senz'altro gli compete.

violazione perché non poteva ragionevolmente conoscere e non poteva presumere, in presenza di un prodotto preconfezionato ed ermeticamente sigillato, che vi fossero differenze tra la gradazione alcolica dichiarata in etichetta e quella effettivamente accertata²⁹.

Al contrario, applicando la nuova normativa al caso ipotizzato nell'esempio in precedenza descritto, riferito alla vendita del prodotto alimentare (formaggio fresco) deperibile, si arriverebbe all'identificazione di un *responsabile dell'etichettatura* (produttore) diverso dal *responsabile della violazione* (distributore).

In tal caso, infatti, appare perfettamente corretto identificare il «*responsabile della violazione*» nel distributore che, in base alle sue conoscenze professionali avrebbe dovuto sapere che il prodotto non poteva essere venduto oltre la data di scadenza e avrebbe quindi dovuto impedire la immissione in consumo del prodotto medesimo sulla base del par. 3 dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

La nuova disciplina consente dunque di risolvere i casi concreti in modo ragionevole, fornendo anche all'Autorità di controllo utili elementi per consentirle di identificare, a sua volta, in ogni singola fattispecie, anche il «*destinatario della sanzione*».

Qualche dubbio potrebbe sorgere qualora il produttore fosse un'impresa incaricata di produrre i prodotti alimentari per conto di un'altra impresa che li immette sul mercato distribuendoli con il proprio marchio (*Private Label*).

A questo riguardo la Commissione europea sta elaborando un documento interpretativo, in accordo con gli Stati membri, che intende proporre una soluzione ai dubbi esistenti.

Anche in questi casi, se c'è l'accordo delle parti, il «*responsabile dell'etichettatura*» sarà l'operatore che accetta di apporre il proprio nome o la propria ragione sociale (con l'indirizzo) sull'etichetta del prodotto.

Per evitare problemi i due operatori potrebbero entrambi apporre i loro nomi o le loro ragioni sociali e i loro indirizzi sulle etichette dei prodotti posti in vendita.

Né la disciplina attuale contenuta nella Direttiva (Ce) n. 2000/13, né quella futura prevista dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011 impediscono infatti di indicare, ad esempio, sull'etichetta di una confezione di pasta alimentare: «*pasta prodotta dall'impresa X, con sede in Y per conto dell'impresa W con sede in Z*».

A questo proposito occorrerà soltanto evitare che tale precisazione possa indurre in errore il consumatore o le Autorità di controllo, come, per

²⁹ Cfr. le argomentazioni svolte *supra*, nota 24.

altri versi, richiede il par. 4 dello stesso art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

In ogni caso, quale che sia l'operatore da considerare «*responsabile dell'etichettatura*», individuato sull'accordo delle parti, ciò che soprattutto rileva per l'Autorità di controllo è il risultato della verifica che essa effettuerà sulla base del par. 3 dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, per identificare il *responsabile della violazione*.

Soltanto al termine di tale verifica, l'Autorità di controllo sarà infatti in grado di identificare l'eventuale «*responsabile della violazione*» e, di conseguenza, il «*destinatario della sanzione*».

Nello stesso senso si muove la già citata disciplina introdotta dal Regolamento (Ce) n. 1223/2009 nel settore dei cosmetici.

Stabilisce infatti l'art. 25 del predetto Regolamento che l'Autorità di controllo dovrà prendere tutti i necessari provvedimenti nei confronti del soggetto individuato come responsabile della violazione.

Qualche possibile variante, rispetto alle conclusioni alle quali siamo appena pervenuti, potrebbe ipotizzarsi nel caso in cui il distributore, titolare di una "*private label*", dovesse far produrre il prodotto in un Paese terzo.

In tal caso, se il distributore importa direttamente il prodotto dal Paese terzo per poterlo, in seguito, distribuire nell'Unione europea, diventa, automaticamente, sia «*responsabile dell'etichettatura*», ai sensi dell'art. 8, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, sia «*responsabile della violazione*», qualora fosse accertata un'infrazione della norma sull'etichettatura, dato che il distributore è l'unico operatore che si occupa dell'immissione in commercio del prodotto all'interno dell'Unione europea.

Qualora il predetto distributore facesse, invece, produrre il prodotto in un Paese terzo, ma non lo importasse direttamente, bensì tramite un'azienda importatrice, in tal caso il responsabile dell'etichettatura sarebbe l'importatore, ai sensi del par. 1 dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, mentre il distributore potrebbe eventualmente essere individuato come responsabile dell'infrazione a seconda del tipo di infrazione accertata dall'Autorità di controllo.

In sostanza, in caso di infrazione alle regole sull'etichettatura, per identificare il responsabile della violazione occorre pur sempre far riferimento al par. 3 dell'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, applicato in collegamento con il par. 5 dello stesso Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

4. VALUTAZIONI CRITICHE FINALI

Le considerazioni in precedenza svolte consentono di formulare alcune critiche che riteniamo pertinenti.

Le difficoltà di natura concettuale che hanno reso difficile l'approccio al problema della responsabilità degli operatori del settore alimentare, con riferimento all'etichettatura dei prodotti, sono state probabilmente generate da un equivoco di fondo.

Poiché l'etichettatura ha la funzione di informare il consumatore sulle caratteristiche dei prodotti alimentari da acquistare e consumare, il problema della responsabilità degli operatori del settore alimentare è stato affrontato come se gli stessi operatori dovessero assumere, cumulativamente, ogni tipo di responsabilità nei diretti confronti del consumatore, per garantirgli la massima tutela, evitandogli il dilemma di dover identificare, in caso di violazione delle norme sull'etichettatura, il vero responsabile da perseguire.

La realtà non è questa. Ma tale convinzione ha generato, purtroppo, a nostro avviso, l'equivoco. Al consumatore che acquista un prodotto alimentare, l'ordinamento giuridico accorda, di regola, la massima tutela, indipendentemente da quella che gli viene accordata grazie all'applicazione della disciplina sull'etichettatura.

In primo luogo, se un consumatore acquista un prodotto alimentare che presenta difformità rispetto alle indicazioni riportate in etichetta, lo stesso può senz'altro chiederne la sostituzione in base alle norme applicabili disciplinanti il rapporto contrattuale che lo lega al venditore-distributore³⁰.

In secondo luogo, se il prodotto acquistato presenta, per di più, in difformità da quanto indicato in etichetta, peculiarità che lo danneggiano, il consumatore può chiedere il risarcimento del danno sempre al venditore-distributore.

Senza contare che, a tale proposito, se il danno subito è di natura fisica, il consumatore, come è noto, può agire direttamente contro il produttore del prodotto acquistato in base alla Direttiva (Cee) n. 85/374 sulla responsabilità del produttore³¹.

Il consumatore, pertanto, quando risulta danneggiato in seguito all'acquisto di un prodotto alimentare, non incontra ostacoli di natura giuridica per far valere i suoi diritti, innanzitutto nei confronti del venditore-di-

³⁰ Cfr. F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, cit. supra, nota 14, spec. nota 11.

³¹ Cfr. supra, nota 11.

istributore e, nei casi consentiti, anche direttamente nei confronti del produttore del prodotto.

Al contrario, quando il consumatore non subisce alcun danno per effetto dell'acquisto di un prodotto alimentare, l'ordinamento giuridico non ha motivo di attribuirgli altri strumenti specifici di tutela, perché la tutela accordata in generale a favore dei consumatori e di chi opera sul mercato dei prodotti alimentari viene affidata alle competenti Autorità di controllo³². Ed è proprio questa la forma di tutela che trova applicazione in materia di etichettatura dei prodotti alimentari.

Di conseguenza, se il consumatore che ha acquistato una confezione di pasta alimentare, scopre la presenza di muffa all'interno della confezione trasparente, può senz'altro ottenere la sostituzione della confezione dal suo venditore-distributore, perché sussiste una chiara violazione delle regole contrattuali. Ma oltre a questa forma di tutela, il consumatore, se intende agire contro il venditore-distributore, potrà unicamente denunciare l'infrazione all'Autorità di controllo, che, dopo avere effettuato le verifiche descritte nei precedenti paragrafi, deciderà quale operatore dovrà essere considerato *responsabile della violazione* e, quindi, *destinatario della sanzione*³³.

Allo stesso modo il consumatore dovrà procedere se scopre, ad esempio, che l'etichetta della confezione del prodotto alimentare da esso acquistato non è in regola con le norme sull'etichettatura. Anche in questo caso ha il diritto di denunciare la violazione all'Autorità di controllo e l'Autorità di controllo ha i poteri per intervenire.

Così operando, l'Autorità di controllo è in grado di affrontare ogni problema, in materia di etichettatura, seguendo i criteri in precedenza esaminati e discussi, nell'interesse tanto dei consumatori quanto del mercato.

Allo stesso modo l'Autorità di controllo ha il potere di intervenire in caso di violazioni delle norme in materia sanitaria³⁴.

Come si vede, pertanto, è stato il timore di non poter consentire una completa tutela a favore del consumatore e la preoccupazione di dover ri-

³² Si prescinde, in questo caso, dal diritto del consumatore di inviare messaggi di critica o di consenso agli operatori del settore alimentare, come si deduce dalla precisazione della Corte di giustizia riportata *supra*, nota 27.

³³ In caso di controversie, sarà eventualmente il giudice investito della causa che deciderà chi deve essere considerato responsabile della violazione. Cfr. F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, cit. *supra*, nota 14.

³⁴ Cfr. a tale proposito la normativa italiana che sanziona le violazioni commesse in materia sanitaria: dlgs n. 190 del 5 aprile 2006 sulle violazioni in materia di rintracciabilità dei prodotti, in *Guri* n. 118 del 23 maggio 2006 e dlgs n. 193 del 6 novembre 2007 sulle violazioni nel settore della sicurezza alimentare, in *Guri* n. 261 del 9 novembre 2007, *suppl. ord.*

correre a strumenti specifici per assicurarla, che hanno fatto perdere di vista il funzionamento dei meccanismi già normalmente operanti nell'ordinamento giuridico degli Stati membri (e sicuramente di quelli operanti nell'ordinamento giuridico italiano).

Di conseguenza, in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, dopo l'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 il quadro giuridico appare chiaro: 1. il legislatore comunitario ha stabilito chi è il *responsabile dell'etichettatura* (da identificare, a nostro avviso, secondo i criteri in precedenza indicati); 2. l'Autorità di controllo, a sua volta, dovrà ricercare, di volta in volta, il *responsabile della violazione* delle norme sull'etichettatura per poter individuare il *destinatario della sanzione* al fine di irrogare le prescritte sanzioni (ancora una volta sulla base dei criteri in precedenza esposti)³⁵; 3. l'Autorità giudiziaria, infine, dovrà stabilire, in caso di controversia, chi sia l'effettivo *responsabile della violazione* al quale dovrà essere inflitta la sanzione ed al quale, se del caso, potrà essere anche chiesto il risarcimento dei danni³⁶.

A sua volta, il consumatore potrà sempre agire, nel caso in cui subisca danni, per tutelare i propri diritti ed interessi, nei confronti del venditore-distributore e, nei casi consentiti, anche nei confronti del produttore del prodotto acquistato (come più sopra precisato).

Il consumatore, inoltre, per quanto riguarda, ad esempio, l'Italia, avrà tutto il diritto di denunciare all'Autorità di controllo (Autorità sanitaria, Carabinieri del NAS, del NAC, Autorità garante della concorrenza e del mercato etc.) ogni caso di violazione che ritenga di aver individuato.

Sulla base di tutto quanto precede riteniamo senz'altro di poter concludere che il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 consente di affrontare e di risolvere, con ragionevole sicurezza, tutte le problematiche relative alla responsabilità per le violazioni in materia di etichettatura dei prodotti alimentari.

III. L'origine e la provenienza dei prodotti alimentari e degli ingredienti

1. IN GENERALE

Quando si affrontano, sotto il profilo giuridico, i problemi relativi all'origine e alla provenienza dei prodotti agroalimentari, bisogna procedere

³⁵ Ovviamente, anche l'Autorità di controllo sarà, a sua volta, esposta ai necessari controlli, cfr. F. CAPELLI, *I controlli dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo e la responsabilità dei controllori (funzionari pubblici, certificatori, imprenditori, analisti)*, in questa Rivista, 1995, p. 387 ss.

³⁶ Cfr. F. CAPELLI, *Responsabilità degli operatori del settore alimentare*, cit. supra, nota 14, spec. p. 401.

con molta cautela, perché ad essi generalmente si accompagnano interessi e rivendicazioni di carattere economico che pesantemente li condizionano, offuscandone i confini e rendendone difficile la comprensione.

I problemi concernenti l'origine e la provenienza dei prodotti agroalimentari sono in effetti frequentemente oggetto di polemiche e di controversie non disinteressate, innescate di solito da *guide spirituali*, questa volta di diversa estrazione, in quanto operanti non solo in sede nazionale, ma anche in sede europea³⁷.

Volendo pertanto evitare il coinvolgimento in polemiche sterili e inutili, affrontiamo il problema dell'origine e della provenienza dei prodotti alimentari facendo riferimento al solo diritto positivo europeo che lo ha finora regolato e che legittimamente dovrà regolarlo in futuro.

2. LA DISCIPLINA ATTUALMENTE IN VIGORE

Come è noto, la disciplina comunitaria in materia di pubblicità e presentazione dei prodotti alimentari contenuta nella Direttiva (Ce) n. 2000/13, attualmente ancora in vigore, contiene due disposizioni che fanno riferimento all'origine e alla provenienza dei prodotti alimentari.

L'art. 2, par. 1, lett. *a*, punto *i*. della citata Direttiva stabilisce che l'etichettatura non deve indurre in errore l'acquirente, specialmente per quanto riguarda «*l'origine o la provenienza*» dei prodotti. A sua volta l'art. 3, par. 1, n. 8, della medesima Direttiva, fa rientrare tra le indicazioni obbligatorie da riportare sull'etichetta dei prodotti alimentari «*il luogo di origine o di provenienza, qualora l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore circa l'origine o la provenienza effettiva del prodotto alimentare*».

Come si può comprendere, le uniche due disposizioni riferite all'origine e alla provenienza dei prodotti alimentari, contenute nella Direttiva (Ce) n. 2000/13, non prescrivono l'osservanza di alcuna indicazione specifica agli operatori del settore, in quanto impongono loro unicamente il divieto di trarre in inganno il consumatore relativamente all'origine o alla provenienza del prodotto alimentare.

Le disposizioni adottate in sede comunitaria che impongono agli operatori l'osservanza di indicazioni specifiche, con riferimento all'origine

³⁷ Per quanto riguarda le "guide spirituali" in sede nazionale cfr. A. NERI, *Coldiretti. I danni della retorica patriottarda*, in *Alimenta*, 2012, n. 2, editoriale; per quanto riguarda le "guide spirituali" in sede europea cfr. F. ALBISINNI, *Continuiamo a farci del male: la Corte costituzionale e il Made in Lazio*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2012, fasc. 9, p. 526 ss.

dei prodotti o alla loro provenienza, sono, invece, contenute in normative particolari, disciplinanti prodotti determinati.

Alcune di tali normative sono state adottate per far fronte a necessità di natura sanitaria, con l'obiettivo di tutelare la salute dei consumatori. Tra le normative che prevedono l'obbligo di indicare in etichetta l'origine dei prodotti possiamo ricordare quelle sul miele³⁸, sui prodotti ortofrutticoli³⁹, sul pesce⁴⁰, sulle carni bovine e sui prodotti a base di carni bovine⁴¹ nonché sull'olio d'oliva⁴².

Per i prodotti alimentari diversi da quelli appena indicati (con l'eccezione ovviamente, dei prodotti con DOP e IGP di cui al Regolamento (Ue) n. 1151/2012⁴³) non esistono normative europee che prevedano obblighi particolari a carico degli operatori in materia di indicazioni relative all'origine o alla provenienza dei prodotti. Per tali prodotti valgono, invero, le regole generali sull'origine contenute nel Codice doganale comunitario.

In base al Codice doganale comunitario, attualmente in vigore, l'origine di un prodotto viene in effetti stabilita secondo i seguenti criteri: «1. *Le merci interamente ottenute in un unico paese o territorio sono considerate originarie di tale paese o territorio.* 2. *Le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale*»⁴⁴.

³⁸ Direttiva n. 2001/110/Ce del Consiglio, del 20 dicembre 2001, concernente il miele, in *Gu-Ue* n. L 10 del 12 gennaio 2002, p. 47.

³⁹ Regolamento (Ce) n. 1580/2007 della Commissione, del 21 dicembre 2007, recante modalità di applicazione dei regolamenti (Ce) n. 2200/96, (Ce) n. 2201/96 e (Ce) n. 1182/2007 nel settore degli ortofrutticoli, in *Gu-Ue* n. L 350 del 31 dicembre 2007, p. 1 ss.

⁴⁰ Regolamento (Ce) n. 104/2000 del Consiglio, del 17 dicembre 1999, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura, in *Guce* n. L 17 del 21 gennaio 2000, p. 22 ss.

⁴¹ Regolamento (Ce) n. 1760/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, che istituisce un sistema di identificazione e di registrazione dei bovini e relativo all'etichettatura delle carni bovine e dei prodotti a base di carni bovine, in *Guce* n. L 204 dell'11 agosto 2000, p. 1 ss.

⁴² Regolamento (Ce) n. 1019/2002 della Commissione, del 13 giugno 2002, relativo alle norme di commercializzazione dell'olio di oliva, in *Guce* n. L 155 del 14 giugno 2002, p. 27 ss.

⁴³ Cfr. F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre*, in questa *Rivista*, 2013, p. 515 ss.

⁴⁴ Art. 36 del Regolamento (Ce) n. 450/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, che istituisce il codice doganale comunitario (Codice doganale aggiornato), in *Guce* n. L 145 del 4 giugno 2008, p. 1 ss. Occorre comunque notare che la definizione di Paese di origine cambierà nuovamente con l'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 952/2013 che contiene l'ultima versione del Codice doganale comunitario. A partire infatti dal 1° giugno 2016 la definizione di Paese di origine prevista dall'art. 60 sarà la seguente: «1. *Le merci interamente ottenute in un unico paese o territorio sono considerate originarie di tale paese o territorio.* 2. *Le merci alla cui produzione contribuiscono due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale ed economicamente giustificata, effettuata presso un'impresa*

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate dell'origine delle merci sono copiose e ad esse si fa rinvio per i necessari approfondimenti.

3. LA NORMATIVA SULL'ORIGINE E SULLA PROVENIENZA DEI PRODOTTI ALIMENTARI SECONDO IL REGOLAMENTO (UE) N. 1169/2011

a. *Con riferimento ai prodotti alimentari in generale*

Delle due disposizioni sopra esaminate, relative all'origine e alla provenienza dei prodotti alimentari presenti nella Direttiva (Ce) n. 2000/13, tuttora in vigore, soltanto la prima, vale a dire quella dell'art. 2, par. 1, lett. a., punto i., è stata ripresa, senza sostanziali modifiche, nell'art. 7, par. 1, lett. a., del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Ne consegue che, nel Regolamento (Ue) n. 1169/2011, rimane sostanzialmente inalterato il divieto imposto agli operatori del settore alimentare di indurre in errore i consumatori per quanto riguarda, tra l'altro «*il Paese di origine o il luogo di provenienza*» del prodotto alimentare.

Occorre notare però, a questo proposito, che nella nuova formulazione della disposizione introdotta dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011, viene usata l'espressione «Paese di origine», al posto del semplice termine «origine» e l'espressione «luogo di provenienza», al posto del semplice termine «provenienza».

Sulla portata dell'espressione «luogo di provenienza» torneremo più avanti quando esamineremo l'art. 2, par. 2, lett. g., del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Diversamente dalla prima delle due disposizioni che, come abbiamo visto, non ha subito alcuna sostanziale modifica, la seconda disposizione, quella dell'art. 3, par. 1, punto n. 8, della Direttiva (Ce) 2000/13, che obbliga l'operatore ad indicare *il luogo di origine o di provenienza del prodotto alimentare*, qualora l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore circa il Paese d'origine o il luogo di provenienza effettiva del prodotto, è stata invece completata con una frase finale che ne ha significativamente precisato e potenziato la portata e l'efficacia.

Questa integrazione richiede qualche chiarimento.

Secondo l'art. 9, par. 1, lett. i., del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, l'indicazione del Paese di origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare diventa obbligatoria nei casi previsti dall'art. 26 dello stesso Regolamento.

attrezzata a tale scopo, che si sia conclusa con la fabbricazione di un prodotto nuovo o abbia rappresentato una fase importante del processo di fabbricazione».

Se prendiamo ora in esame l'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, notiamo subito la rilevanza del cambiamento introdotto, perché l'obbligo di indicare il Paese di origine o il luogo di provenienza, che nelle disposizioni della Direttiva (Ce) n. 2000/13 attualmente in vigore, come abbiamo sopra segnalato, era previsto in modo generico, senza precise prescrizioni, nel testo del par. 2, lett. a., del citato art. 26 viene ora precisato nel senso che tale obbligo deve essere osservato *«in particolare se le informazioni che accompagnano l'alimento o contenute nell'etichettatura nel loro insieme potrebbero altrimenti far pensare che l'alimento abbia un differente Paese di origine o luogo di provenienza»*.

Come si può comprendere, la nuova formulazione mira a combattere i tentativi di trarre in inganno i consumatori attraverso figure, fotografie o immagini di varia natura, opportunamente presentate con i colori della bandiera nazionale del Paese nel quale si vuol far credere che il prodotto ha avuto origine o dal cui territorio si vuole insinuare che il prodotto è pervenuto.

A parte questa integrazione innovativa, il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 non apporta modifiche particolari alle nozioni di *Paese di origine* e di *luogo di provenienza*.

Occorre però rilevare, come in precedenza abbiamo anticipato, che il legislatore europeo ha ritenuto di sottolineare un aspetto particolare relativo alla nozione di *luogo di provenienza*.

L'art. 2, par. 2, lett. g., del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, che fornisce la definizione di luogo di provenienza, precisa infatti che il *luogo di provenienza* di un prodotto alimentare è *«qualunque luogo indicato come quello da cui proviene l'alimento, ma che non è il "Paese di origine" come individuato ai sensi degli artt. da 23 a 26 del Regolamento Cee n. 2913/92 [Codice doganale comunitario]»*.

Ciò significa, pertanto, come abbiamo in precedenza ricordato, che la definizione di Paese di origine di un prodotto alimentare rimane quella sopra riportata e contenuta negli artt. da 33 a 36 del Regolamento (Ce) n. 450/2008 che ha sostituito il Regolamento (Cee) n. 2913/92⁴⁵.

A questo proposito occorre anche considerare che la seconda parte dell'art. 2, par. 2, lett. g., del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, contiene una precisazione molto importante che dovrà essere tenuta presente, soprattutto dalle Autorità di controllo italiane, quando saranno chiamate ad applicare le normative nazionali adottate a tutela dei prodotti *Made in Italy*⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. le precisazioni riportate *supra*, nota 43.

⁴⁶ Cfr. F. BRUSA, *Il made in Italy a confronto con l'eterogenesi dei fini. Ipotesi di un nuovo ordinamento*, in *Alimenta*, 2013, n. 11/12, p. 223; ID., *Il made in Italy a confronto con l'eterogenesi dei fini. Il settore agroalimentare*, in *Alimenta*, 2014, n. 1, p. 5 ss. nonché ID.,

La richiamata disposizione precisa, infatti, che: «il nome, la ragione sociale o l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare apposto sull'etichetta non costituisce un'indicazione del Paese di origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare ai sensi del presente regolamento».

Tale precisazione contribuirà sicuramente a ridimensionare le azioni di alcune Autorità di controllo nei casi nei quali le stesse hanno dovuto dare applicazione alle disposizioni nazionali adottate a tutela del *Made in Italy* e, in particolare, quelle della l. n. 350 del 24 dicembre 2003⁴⁷.

b. Con riferimento a prodotti alimentari specifici

Se, come abbiamo visto, le nozioni di Paese di origine e di luogo di provenienza non subiscono modifiche sostanziali nel Regolamento (Ue) n. 1169/2011, in quanto rimangono collegate a quelle del Codice doganale comunitario, lo stesso Regolamento (Ue) n. 1169/2011 prevede però l'introduzione di disposizioni specifiche per quanto riguarda l'indicazione del Paese di origine o del luogo di provenienza di determinati prodotti.

L'art. 26, par. 2, lett. *b.*, prevede, infatti, l'indicazione obbligatoria del Paese di origine o del luogo di provenienza per determinati tipi di carni. Sull'attuazione di tale disposizione deve provvedere la Commissione europea mediante l'adozione di appositi atti di esecuzione.

In effetti, conformemente al par. 8 dello stesso art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, la Commissione ha provveduto ad adottare il Regolamento (Ue) n. 1337/2013⁴⁸ che prevede l'indicazione obbligatoria del Paese di origine o del luogo di provenienza per le carni ovine, caprine, suine e per quelle dei volatili⁴⁹.

Made in Italy ed eterogenesi dei fini: la trasformazione sostanziale nel settore alimentare tra norma nazionale ed ordinamento comunitario, in *Alimenta*, 2014, n. 4, p. 77 ss.

⁴⁷ Legge finanziaria 2004 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2003, *suppl. ord.*

⁴⁸ Regolamento di esecuzione (Ue) n. 1337/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, che fissa le modalità di applicazione del regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza delle carni fresche, refrigerate o congelate di animali della specie suina, ovina, caprina e di volatili, in *Gu-Ue* n. L 335 del 14 dicembre 2013, p. 19 ss. La sua applicazione è prevista a partire dal 1° aprile 2015.

⁴⁹ A tale proposito cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 febbraio 2014 sul Regolamento di esecuzione (Ue) n. 1337/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013, che fissa le modalità di applicazione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza delle carni fresche, refrigerate o congelate di animali della specie suina, ovina, caprina e di volatili. In tale Risoluzione, il Parlamento europeo «1. ritiene che il regolamento di esecuzione della Commissione ecceda le competenze di esecuzione conferite alla medesima a norma del regolamento (UE) n. 1169/2011; 2. invita la Commissione a ritirare il regolamento di esecuzione; 3. chiede alla Commissione di redigere una versione riveduta del regolamento di esecuzione, che

Per altri prodotti alimentari come, ad esempio, per le carni diverse da quelle in precedenza elencate, per il latte e per altri alimenti non trasformati, il par. 5 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 prevede che la Commissione europea presenti al Parlamento europeo e al Consiglio, entro il 14 dicembre 2014, specifiche relazioni sull'indicazione obbligatoria del Paese di origine o del luogo di provenienza.

Come previsto dal par. 6 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, la Commissione europea ha pure presentato al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'indicazione obbligatoria del Paese di origine o del luogo di provenienza per le carni utilizzate come ingredienti.

c. Con riferimento agli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari

Di contro, il par. 3 dell'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 introduce una disciplina del tutto nuova per quanto riguarda l'indicazione del Paese di origine o del luogo di provenienza di un prodotto alimentare nel caso in cui il Paese di origine o il luogo di provenienza del prodotto medesimo sia diverso da quello del suo ingrediente primario⁵⁰.

In tal caso, secondo la disposizione citata, deve essere indicato anche il Paese di origine o il luogo di provenienza dell'ingrediente primario (par. 3, lett. *a.*, dell'art. 26). In alternativa si deve segnalare che il Paese di origine o il luogo di provenienza dell'ingrediente primario è diverso da quello del prodotto alimentare (par. 3, lett. *b.*, dell'art. 26).

Anche queste disposizioni avrebbero dovuto essere attuate dalla Commissione mediante l'adozione di atti di esecuzione entro il 13 dicembre 2013, in base al par. 8 dell'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Purtroppo la Commissione non ha adottato alcun provvedimento con riferimento ai prodotti di cui al par. 3 dell'art. 26 appena esaminato.

Per quanto riguarda il latte usato come ingrediente di prodotti lattiero-caseari, i prodotti a base di un unico ingrediente e gli ingredienti che rappresentano più del 50% del prodotto alimentare, il par. 5 dell'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 prevede che la Commissione presenti, en-

preveda l'indicazione obbligatoria sull'etichetta del luogo di nascita nonché dei luoghi di allevamento e di macellazione dell'animale per le carni non trasformate di animali della specie suina, ovina, caprina e di volatili, in conformità della legislazione vigente in materia di etichettatura di origine delle carni bovine; 4. invita la Commissione a sopprimere le deroghe al regolamento di esecuzione previste per le carni macinate e le rifilature; (...).

⁵⁰ La definizione di ingrediente primario è riportata all'art. 2, par. 2, lett. *q.*, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011: «l'ingrediente o gli ingredienti di un alimento che rappresentano più del 50% di tale alimento o che sono associati abitualmente alla denominazione di tale alimento dal consumatore e per i quali nella maggior parte dei casi è richiesta un'indicazione quantitativa;».

tro il 14 dicembre 2014, al Parlamento europeo e al Consiglio, una relazione sull'indicazione del Paese di origine o del luogo di provenienza.

Come si può comprendere, leggendo i vari paragrafi dell'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, per la Commissione europea non sarà facile risolvere il problema dell'indicazione del Paese di origine e del luogo di provenienza relativamente ai prodotti alimentari.

Una prova delle difficoltà che la Commissione deve superare, è fornita dalla mancata osservanza del termine del 13 dicembre 2013 previsto dal par. 8 dell'art. 26, per l'adozione degli atti esecutivi concernenti l'indicazione del Paese di origine e del luogo di provenienza dei prodotti alimentari contemplati dal par. 3 dell'art. 26.

A tale proposito è certo che i provvedimenti di attuazione che la Commissione europea è stata autorizzata ad adottare sono indispensabili per regolare questa materia, senza i quali il contenzioso fra gli Stati membri potrebbe aumentare notevolmente.

Difficoltà potranno comunque sorgere nel caso in cui gli Stati membri, sulla base dell'art. 39, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, introducano disposizioni nazionali relative all'indicazione obbligatoria del Paese di origine o del luogo di provenienza per determinati prodotti alimentari.

IV. Conclusioni

Volendo trarre le conclusioni dall'esame della disciplina introdotta dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011 relativamente, da un lato, al problema della responsabilità degli operatori del settore alimentare e, dall'altro lato, al problema dell'indicazione del Paese di origine e del luogo di provenienza dei prodotti alimentari, possiamo sostenere che, in linea di massima, le soluzioni adottate appaiono ragionevoli e vanno condivise.

Occorrerà, come accennato nel testo, che la ragionevolezza delle norme adottate trovi corrispondenza in un'analogia ragionevolezza negli interventi delle Autorità di controllo.

Fausto Capelli

SINTESI

Nel presente articolo, l'Autore analizza due argomenti importanti disciplinati dal Regolamento (Ue) n. 1169/2011 sulle informazioni ai consumatori dei prodotti alimentari. Il primo riguarda la responsabilità degli operatori del settore alimentare e, il secondo, la disciplina dell'origine dei prodotti alimentari e dei loro ingredienti. L'analisi della normativa applicabile consente all'Autore di giungere ad alcune conclusioni che sarà possibile sottoporre ad ulteriori approfondimenti sia sotto il profilo dottrinale sia sotto quello giurisprudenziale.

ABSTRACT

In this article, the author analyzes two major topics covered by Regulation (EU) No. 1169/2011 on food information to consumers. The first concerns the responsibility of food business operators and, second, the discipline of the origin of food products and their ingredients. The analysis of the applicable law allows the author to come to some conclusions that can be subjected to further study both in terms of doctrine and in terms of case law.

**UN ULTERIORE PASSO AVANTI NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE
EUROPEA: SI PROPONE L'ISTITUZIONE DELLA PROCURA
EUROPEA PER LE FRODI A DANNO DEGLI INTERESSI FINANZIARI
DELL'UNIONE**

I

Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*

Il Consiglio dell'Unione europea,
visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 86,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
vista l'approvazione del Parlamento europeo,
sentito il garante europeo della protezione dei dati,
deliberando secondo una procedura legislativa speciale,
considerando quanto segue:

(Omissis)

ha adottato il presente regolamento:

Capo I - Oggetto e definizioni

Articolo 1 - Oggetto

Il presente regolamento istituisce la Procura europea e stabilisce le norme relative al suo funzionamento.

Articolo 2 - Definizioni

Ai fini del presente regolamento si intende per:

- a. «persona», qualsiasi persona fisica o giuridica;
- b. «reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione», i reati previsti dalla direttiva n. 2013/xx/UE, quale attuata dalla legislazione nazionale;
- c. «interessi finanziari dell'Unione», tutte le entrate e le spese e i beni

* Doc Com(2013)534 del 17 luglio 2013. In argomento v. *infra*, p. 259 ss., il commento di ENRICO TRAVERSA.

coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù del bilancio dell'Unione e dei bilanci delle istituzioni, organi e organismi stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti e controllati;

d. «dati personali amministrativi», tutti i dati personali trattati dalla Procura europea, esclusi i dati personali operativi;

e. «dati personali operativi», tutti i dati personali trattati dalla Procura europea per le finalità di cui all'art. 37.

Capo II - Statuto

Sezione 1 - Status, organizzazione e struttura della Procura europea

Articolo 3 - Istituzione

1. La Procura europea è istituita come organismo dell'Unione a struttura decentrata.

2. La Procura europea ha personalità giuridica.

3. La Procura europea coopera con Eurojust e si avvale del suo sostegno amministrativo in conformità dell'art. 57.

Articolo 4 - Compiti

1. La Procura europea combatte i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui al par. 1, e i loro complici. A tal fine la Procura europea dirige e controlla le indagini ed esercita l'azione penale, comprensiva dell'archiviazione del caso.

3. La Procura europea esercita l'azione penale per i reati di cui al par. 1 dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri, comprensiva dell'imputazione e dell'eventuale impugnazione fino a pronuncia del provvedimento definitivo.

Articolo 5 - Indipendenza e obbligo di rendere conto

1. La Procura europea è indipendente.

2. Nell'esercizio delle sue funzioni la Procura europea, nella persona del procuratore europeo, dei suoi sostituti e del suo personale, dei procuratori europei delegati e del personale nazionale, non sollecita né accetta istruzioni da nessuna persona, Stato membro, istituzione, organo o organismo dell'Unione. Le istituzioni, gli organi o gli organismi dell'Unione e gli Stati membri rispettano l'indipendenza della Procura europea e non cercano di influenzarla nell'assolvimento dei suoi compiti.

3. Il procuratore europeo risponde al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea delle attività generali della Procura europea, in particolare con la relazione annuale di cui all'art. 70.

(*Omissis*)

Sezione 2 - Nomina e revoca dei membri della Procura europea

(*Omissis*)

Sezione 3 - Principi fondamentali

Articolo 11 - Principi fondamentali delle attività della Procura europea

1. La Procura europea garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

2. Le azioni della Procura europea si informano al principio di proporzionalità di cui all'art. 26, par. 3.

3. Le indagini e le azioni penali della Procura europea sono disciplinate dal presente regolamento. Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento. Il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine o l'azione penale. Qualora un aspetto sia disciplinato dal diritto nazionale e dal presente regolamento, prevale quest'ultimo.

4. La Procura europea ha competenza esclusiva per individuare e perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

5. La Procura europea svolge le indagini in maniera imparziale e raccoglie tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico.

6. La Procura europea avvia le indagini senza indebito ritardo e veglia al pronto svolgimento delle indagini e dell'azione penale.

7. Le autorità competenti degli Stati membri assistono attivamente e prestano sostegno alle indagini e alle azioni penali della Procura europea su sua richiesta, e si astengono da qualsiasi intervento, politica o procedura che ne possa ritardare o ostacolare l'avanzamento.

Sezione 4 - Competenza della Procura europea

Articolo 12 - Reati di competenza della Procura europea

La Procura europea è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, di cui alla direttiva n. 2013/xx/UE quale attuata dal diritto nazionale.

Articolo 13 - Competenza accessoria

1. Qualora i reati di cui all'art. 12 siano indissolubilmente collegati ad altri reati e sia nell'interesse della buona amministrazione della giustizia svolgere le indagini e le azioni penali congiuntamente, la Procura europea è competente anche per questi altri reati, a condizione che i reati di cui all'art. 12 siano prevalenti e gli altri reati si basino su fatti identici.

Se tali condizioni non sono soddisfatte, lo Stato membro competente per gli altri reati è competente anche per i reati di cui all'art. 12.

2. La Procura europea e le procure nazionali si consultano per determinare l'autorità competente ai sensi del par. 1. Ove opportuno per agevolare la determi-

nazione della competenza, Eurojust può essere associato a norma dell'art. 57.

3. In caso di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali quanto alla competenza di cui al par. 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.

4. La determinazione della competenza a norma del presente articolo non è soggetta a riesame.

Articolo 14 - Esercizio della competenza della Procura europea

La Procura europea esercita la sua competenza esclusiva a individuare e perseguire i reati di cui agli artt. 12 e 13 che siano stati commessi in tutto o in parte:

- a.* sul territorio di uno o più Stati membri, oppure
- b.* da un loro cittadino, da un membro del personale dell'Unione o da un membro delle istituzioni.

ALLEGATO (*Omissis*)

II

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 325, par. 4,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
visto il parere della Corte dei conti europea¹,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria,
considerando quanto segue:

(*Omissis*)

hanno adottato la presente direttiva:

Titolo I - Oggetto e definizione

Articolo 1 - Oggetto

La presente direttiva stabilisce misure necessarie nel campo della preven-

* Doc. Com(2012)363 dell'11 luglio 2012.

¹ *Gu-UE* n. C [...] del [...], p. [...].

zione e della lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, mediante la definizione di reati e sanzioni.

Articolo 2 - Definizione degli interessi finanziari dell'Unione

Ai fini della presente direttiva, per «interessi finanziari dell'Unione» si intendono tutte le entrate e le spese che sono coperte o acquisite oppure dovute in virtù:

- a. del bilancio dell'Unione;
- b. dei bilanci delle istituzioni, organi e organismi stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti e controllati.

Titolo II - Reati nel campo della prevenzione e della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione

Articolo 3 - Frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione

Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la seguente condotta, se intenzionale, configuri reato:

in materia di spese, l'azione od omissione relativa

i. all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto,

ii. alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto, oppure

iii. alla distrazione delle spese o passività per fini diversi da quelli per cui erano state autorizzate;

in materia di entrate, l'azione od omissione relativa

i. all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio dell'Unione o dei bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto,

ii. alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto, oppure

iii. alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto.

Articolo 4 - Reati connessi alla frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché configuri reato la comunicazione o l'omessa comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione, imputabile a candidati o offerenti, oppure a incaricati, o persone altrimenti coinvolte, a predisporre le risposte ai

bandi di gara o le domande di sovvenzione dei partecipanti, quando tale azione od omissione sia intenzionale e abbia lo scopo di aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione.

2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché configuri reato il riciclaggio di denaro, quale definito all'art. 1, par. 2, della direttiva n. 2005/60/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio², che riguarda beni procurati con i reati rientranti nel campo di applicazione della presente direttiva.

3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché la seguente condotta, se intenzionale, configuri reato:

a. l'azione del funzionario pubblico che, direttamente o tramite un intermediario, solleciti o riceva vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetti la promessa per compiere o omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, che lede o potrebbe ledere gli interessi finanziari dell'Unione (corruzione passiva);

b. l'azione di chiunque prometta o procuri a un funzionario pubblico, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsiasi natura per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, che lede o potrebbe ledere gli interessi finanziari dell'Unione (corruzione attiva).

4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché configuri reato l'azione intenzionale del funzionario pubblico di impegnare o erogare fondi o di appropriarsi di beni o utilizzarli, per uno scopo diverso da quello per essi previsto e nell'intento di ledere gli interessi finanziari dell'Unione (ritenzione illecita).

5. Ai fini del presente articolo, si intende per «funzionario pubblico»:

a. chiunque eserciti funzioni di pubblico servizio per l'Unione o negli Stati membri o in Paesi terzi, svolgendo mansioni legislative, amministrative o giudiziarie;

b. chiunque eserciti funzioni di pubblico servizio per l'Unione o negli Stati membri o in Paesi terzi, senza svolgere tali mansioni, e partecipi alla gestione degli interessi finanziari dell'Unione o alle decisioni che li riguardano.

(Omissis)

² *Gu-Ue* n. L 309 del 25 novembre 2005, p. 15.

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO UE AVENTE AD OGGETTO L'ISTITUZIONE DI UNA PROCURA EUROPEA, NEL CONTESTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI DELL'UNIONE EUROPEA*

Sommario: **I. Introduzione** - **a.** *I tre temi della presentazione* - **b.** *Le tre principali linee direttrici del processo di integrazione europea* - **c.** *Rapporti tra ordinamento giuridico dell'Unione europea e ordinamenti giuridici degli Stati membri* - **II.** *Conseguenze del principio di supremazia del diritto dell'Unione in caso di trasferimento di competenze da organi degli Stati membri a Istituzioni dell'Unione europea* - **III.** *L'art. 86 TFUE quale deroga sostanziale al principio di supremazia del diritto europeo ed alla competenza esclusiva della Corte di giustizia* - **IV.** *Le norme specifiche della proposta di Regolamento che disciplinano il regime della legge applicabile ed il regime delle impugnazioni degli atti del Procuratore europeo* - **a.** *La legge applicabile (art. 11 della proposta di Regolamento)* - **b.** *Il regime delle impugnazioni degli atti del Procuratore europeo (art. 36 della proposta di Regolamento)* - **c.** *Ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* - **1.** *Il rinvio pregiudiziale per questioni di validità* - **2.** *Il rinvio pregiudiziale per questioni di interpretazione* - **V.** *Le norme della proposta di Regolamento riguardanti la competenza esclusiva e la competenza accessoria della Procura europea* - **a.** *I reati di competenza esclusiva del Procuratore europeo (art. 12 della proposta di Regolamento)* - **b.** *La competenza accessoria del Procuratore europeo (art. 13 della proposta di Regolamento).*

I. Introduzione

a. I tre temi della presentazione

La proposta di Regolamento UE che la Commissione europea ha presentato al Parlamento europeo e al Consiglio dei ministri dell'Unione europea il 17 luglio 2013 (doc. COM (2013) 534 fin.) ha per oggetto, come risulta dal suo stesso titolo, l'istituzione di una Procura europea.

* Le opinioni espresse nel presente scritto impegnano solo l'Autore e non riflettono necessariamente la posizione dell'Istituzione di appartenenza.

Il presente scritto è la rielaborazione della conferenza tenuta dall'A. in occasione di una giornata di studio organizzata dalla Scuola superiore della Magistratura e dalla Corte d'Appello di Genova, in collaborazione con la Camera penale regionale ligure, a Genova il 14 marzo 2014.

Ci si concentrerà su tre principali aspetti, che attengono ai delicati profili costituzionali della proposta medesima e che riguardano: *a.* la legge penale processuale applicabile; *b.* i rimedi giurisdizionali, ovvero il regime delle impugnazioni degli atti del futuro Procuratore europeo; *c.* il procedimento di risoluzione dei conflitti di competenza fra Procuratore europeo e Procure degli Stati membri.

b. Le tre principali linee direttrici del processo di integrazione europea

Al fine di inquadrare la proposta nel suo contesto storico-istituzionale, appare utile ricordare le tre principali linee direttrici di sviluppo del processo di integrazione europea. La prima è rappresentata dall'allargamento dell'Unione europea a nuovi Stati membri. La seconda è rappresentata da quella che si potrebbe definire come democratizzazione e razionalizzazione del procedimento decisionale europeo e che si è tradotta, nel corso delle successive riforme del Trattato di Roma, ad esempio in un ruolo accresciuto del Parlamento europeo, con l'estensione della procedura di codecisione alla maggior parte delle competenze legislative dell'Unione e, d'altra parte, in un'ampia delega di poteri legislativi e regolamentari conferita alla Commissione sulla base dei nuovi artt. 290 e 291 TFUE.

La terza linea direttrice del processo di integrazione europea è costituita dal trasferimento di competenze dagli Stati membri alle Istituzioni dell'Unione. Si tratta di nuove competenze soprattutto legislative (ad esempio le competenze in materia di cooperazione penale e di polizia di cui al Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE). Gli Stati membri possono inoltre conferire, ed hanno effettivamente trasferito, alle Istituzioni o altri organi dell'Unione europea anche nuove competenze di natura amministrativa, oltre a quelle originariamente attribuite dal Trattato alla Commissione europea ed aventi ad oggetto l'applicazione delle regole di concorrenza e l'esecuzione del bilancio UE. Tali nuove competenze di natura amministrativa sono ad esempio quelle conferite nel 2013 alla Banca centrale europea in materia di vigilanza bancaria (Regolamento (UE) n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013), cui vanno aggiunte altre competenze attribuite nel corso del tempo da vari regolamenti europei ad alcune agenzie esecutive dell'Unione.

La grande novità della proposta di Regolamento sull'istituzione del Procuratore europeo consiste nel conferimento ad un Ufficio dell'Unione europea di competenze di natura giurisdizionale, quali in primo luogo, lo svolgimento di indagini e l'esercizio dell'azione penale in rapporto ad un certo numero di ipotesi di reato. Queste funzioni di natura giurisdizionale

del Procuratore europeo si aggiungeranno pertanto, quando il Regolamento sarà adottato dal Consiglio e dal Parlamento europeo, alle competenze giurisdizionali originariamente attribuite dal Trattato alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

c. Rapporti tra ordinamento giuridico dell'Unione europea e ordinamenti giuridici degli Stati membri

Sempre al fine di inquadrare la proposta di Regolamento istitutivo della Procura europea in un più ampio contesto istituzionale, appare opportuno ricordare i tre fondamentali principi che regolano i complessi rapporti fra ordinamento giuridico dell'Unione europea e ordinamenti giuridici degli Stati membri. Questi sono: *a.* il principio di supremazia del diritto dell'Unione sui diritti degli Stati membri; *b.* il principio della diretta applicabilità delle norme giuridiche dell'Unione nel territorio degli Stati membri (art. 288 TFUE); *c.* il principio della leale collaborazione fra le Istituzioni dell'UE e gli organi degli Stati membri, in particolare fra la Corte di giustizia e i giudici nazionali (art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea - TUE).

Ai fini della presente analisi, particolarmente importante si presenta il primo di tali principi, vale a dire il principio di supremazia del diritto dell'Unione sui diritti degli Stati membri. Esso è una creazione della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza *Costa c. Enel*, causa n. 6/64 del 1964). Il principio di supremazia è ora riconosciuto dalla Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona («Dichiarazione relativa al primato»).

Gli effetti del principio di supremazia del diritto dell'Unione in caso di conflitto tra norme degli Stati membri e norme europee sono stati poi precisati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Simmenthal*, causa n. 106/77, confermata in decine di successive sentenze: la norma di legge nazionale incompatibile deve essere disapplicata dal giudice e da qualsiasi altra autorità pubblica, giudiziaria o amministrativa, di ogni Stato membro.

II. Conseguenze del principio di supremazia del diritto dell'Unione in caso di trasferimento di competenze da organi degli Stati membri a Istituzioni dell'Unione europea

Sulla base dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione sopra descritti, il trasferimento di competenze, disposto da un atto legislativo europeo, da organi nazionali ad Istituzioni o organi dell'Unione comporta, da un punto di vista giuridico-costituzionale, due principali conseguenze.

L'Istituzione dell'Unione europea può applicare solo il diritto europeo, il che implica, in termini molto concreti, che gli atti regolamentari (ge-

nerali) o amministrativi (individuali) dell'Istituzione europea possono essere adottati validamente solo sulla base di un conferimento di poteri contenuto in un atto legislativo dell'Unione.

Se, infatti, un atto di un'Istituzione europea, in particolare un atto individuale, fosse basato su una norma di legge nazionale, tale legge nazionale, di rango inferiore, assurgerebbe a parametro di legittimità dell'atto di un'Istituzione europea, che è un atto di un ordinamento giuridico sovraordinato all'ordinamento di tutti gli Stati membri.

In altri termini, se la norma di legge nazionale, di rango inferiore, diventasse il parametro di legittimità dell'atto di un'Istituzione europea, atto di rango superiore, ne risulterebbe sovvertito il principio di supremazia del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri, principio riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come *«insito nella natura specifica della Comunità europea»* (v. parere del Servizio giuridico del Consiglio allegato alla Dichiarazione n. 17 summenzionata) e quindi in ultima analisi ne risulterebbe sovvertita la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sul primato del diritto dell'Unione, giurisprudenza inaugurata con le due note e precitate sentenze *Costa c. Enel* e *Simmenthal*.

La seconda conseguenza derivante dal trasferimento di competenze da organi degli Stati membri ad un'Istituzione dell'Unione è rappresentata dallo spostamento della competenza giurisdizionale in materia di impugnazioni degli atti di tale medesima Istituzione europea. Tale competenza giurisdizionale passa, infatti, *ex lege* dai giudici degli Stati membri, alla Corte di giustizia dell'Unione. In base all'art. 263 del Trattato, solo la Corte di giustizia è competente a giudicare in via esclusiva della legittimità degli atti delle Istituzioni UE per violazione del Trattato e *«per violazione di norme relative alla sua applicazione»*, vale a dire per violazione di disposizioni normative contenute in regolamenti o direttive o decisioni dell'Unione europea.

Quest'ultima risulta pertanto una seconda e importante ragione per la quale, di regola, un'Istituzione europea non può basare i propri atti sul diritto nazionale. Se, infatti, così fosse, non vi sarebbe più un giudice competente per decidere sulle impugnazioni degli atti dell'Istituzione UE emanati per ipotesi sulla base di norme di uno Stato membro. Non sarebbero competenti i giudici nazionali, a causa della competenza esclusiva della Corte di giustizia, né sarebbe competente la Corte di giustizia, la quale non può giudicare sulla base del diritto degli Stati membri.

Da questi due principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione (primato del diritto europeo e competenza esclusiva della Corte di giustizia in materia di impugnazioni degli atti delle Istituzioni europee) deriva poi l'ul-

teriore conseguenza che, in caso di trasferimento di competenze da autorità degli Stati membri ad un'Istituzione europea, è necessario sostituire preventivamente tutte le ventotto legislazioni nazionali disciplinanti una data materia, con un unico Regolamento dell'Unione, come tale direttamente applicabile, che diventa in tal modo la legislazione uniforme europea sulla base della quale l'Istituzione dell'Unione destinataria del trasferimento di competenze emanerà i suoi atti applicativi, regolamentari e/o individuali.

Questo è esattamente ciò che il legislatore europeo ha disposto quando ha trasferito dalle Banche centrali degli Stati membri alla Banca centrale europea una vastissima serie di competenze in materia di vigilanza sulle banche dei diciotto Stati della zona euro (Regolamento (UE) n. 575/2013 del 26 giugno 2013, contenente le norme «*materiali*» relative ai «*requisiti prudenziali*» che le banche devono rispettare, e il successivo precitato Regolamento n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013, che ha disposto il trasferimento alla Banca centrale europea delle funzioni di controllo sul rispetto, da parte delle banche stesse, di tali medesime regole prudenziali).

III. L'art. 86 TFUE quale deroga sostanziale al principio di supremazia del diritto europeo ed alla competenza esclusiva della Corte di giustizia

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 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 alla 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. 82.2). Inoltre, gli atti legislativi che Parlamento europeo e Consiglio possono adottare sulla base del medesimo art. 82.2 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 il futuro Procuratore europeo 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 contenuto fortemente derogatorio – e del tutto eccezionale – dell'art. 86 del Trattato, sul quale si basa la proposta della Commissione.

L'art. 86, par. 2, TFUE prevede infatti, in primo luogo, che il Procuratore europeo 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 ad una sezione penale della 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 del Procuratore europeo 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 le deroghe previste dai Protocolli n. 21 e n. 22 allegati al Trattato, riguardanti l'applicazione degli atti legislativi di attuazione del Titolo V del Trattato rispettivamente al Regno Unito e all'Irlanda, e alla Danimarca.

Sempre secondo l'art. 86 TFUE, par. 3, il Regolamento istitutivo del Procuratore europeo può disciplinare settori della procedura penale preclusi alle direttive generali di armonizzazione minima del diritto processuale penale degli Stati membri. Tali settori sono precisamente: le norme processuali applicabili alle attività del Procuratore europeo, le regole di ammissibilità delle prove e le norme applicabili al controllo giurisdizionale degli atti processuali che il Procuratore europeo avrà il potere di emanare nell'esercizio delle funzioni.

In sostanza, 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 giudici penali nazionali dovranno decidere sulle impugnazioni proposte contro gli atti adottati dal Procuratore europeo ed in particolare contro le «*misure investigative*» previste all'art. 26 della proposta di Regolamento.

IV. Le norme specifiche della proposta di Regolamento che disciplinano il regime della legge applicabile ed il regime delle impugnazioni degli atti del Procuratore europeo

a. La legge applicabile (art. 11 della proposta di Regolamento)

I principi giuridici fondamentali che disciplineranno l'attività della futura Procura europea sono previsti all'art. 11 della proposta di Regolamento. In particolare, il par. 3 dell'art. 11 disciplina la delicata materia della legge applicabile da parte del Procuratore europeo, formulando a questo proposito tre norme di principio.

La prima prevede che le indagini e le azioni penali della Procura europea sono disciplinate in primo luogo dal futuro Regolamento dell'Unione e soltanto in secondo luogo dal diritto nazionale «*per tutti gli aspetti non disciplinati dal presente regolamento*». La seconda disposizione di principio precisa che il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro nel quale si svolge l'indagine o viene esercitata l'azione penale. E infine, nel caso in cui una materia sia disciplinata tanto da disposizioni del futuro Regolamento UE, che da disposizioni di diritto processuale penale di uno Stato membro, e in particolare nell'ipotesi di conflitto di norme, saranno le norme del Regolamento dell'Unione europea a prevalere sulle corrispondenti disposizioni di diritto processuale nazionale, in applicazione del principio di supremazia del diritto dell'Unione, più volte sopra ricordato.

Esempi significativi di quest'applicazione concorrente del futuro Regolamento europeo e del diritto processuale nazionale si trovano all'art. 26, par. 2, della proposta, che disciplina le «*misure investigative*» e all'art. 32, avente ad oggetto le «*garanzie processuali*» delle persone coinvolte nel procedimento penale.

b. Il regime delle impugnazioni degli atti del Procuratore europeo (art. 36 della proposta di Regolamento)

Altrettanto importante è l'art. 36 della proposta di Regolamento istitutivo della Procura europea che, con una formulazione alquanto ellittica e

succinta, si limita a prevedere che «Quando adotta atti procedurali nell'esercizio delle sue funzioni, la Procura europea è considerata un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale».

Per comprendere appieno il significato di tale disposizione è necessario leggere anche i corrispondenti punti della motivazione del Regolamento, e soprattutto inquadrare l'art. 36 del futuro Regolamento nel contesto del sistema di tutela giurisdizionale previsto dal Trattato e imperniato sulla giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia in materia di controllo della legittimità degli atti delle Istituzioni europee.

Secondo l'art. 36 del futuro Regolamento, che – va sempre ricordato – trova la sua base giuridica nell'art. 86 del Trattato, il controllo giurisdizionale sugli atti del Procuratore europeo sarà affidato ai giudici degli Stati membri e non alla Corte di giustizia. Come già sopra rilevato, si tratta di una deroga del tutto eccezionale al principio generale dell'ordinamento europeo consistente nella giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia in materia di controllo di legittimità degli atti delle Istituzioni dell'Unione.

I parametri del giudizio di legittimità degli atti del Procuratore europeo saranno, in primo luogo, le norme del Regolamento UE che ne disciplinerà l'attività e, in secondo luogo, per tutti gli aspetti non disciplinati dal futuro Regolamento UE, i giudici degli Stati membri applicheranno il loro diritto processuale penale nazionale. Giova ricordare a questo riguardo che i giudici degli Stati membri sono competenti anche per l'applicazione del diritto dell'Unione, oltre che per l'applicazione del loro diritto nazionale, mentre, come sopra rilevato, non è vero il contrario per quanto riguarda il diritto applicabile da parte della Corte di giustizia.

È evidente che il legislatore costituente europeo, spostando dalla Corte di giustizia ai giudici degli Stati membri la competenza ad esercitare il controllo giurisdizionale sugli atti del Procuratore europeo, ha accettato di correre un grave rischio, quello di vedere gli atti del Procuratore europeo soggetti a giurisprudenze divergenti a seconda degli Stati in cui egli svolgerà le proprie indagini o in cui eserciterà l'azione penale. Questo rischio di giurisprudenze nazionali divergenti appare comunque un rischio inevitabile nella misura in cui, come sopra osservato, nell'ambito dell'Unione europea le legislazioni penali e di procedura penale rimarranno in larga parte nazionali e solo in piccola parte saranno armonizzate a livello europeo.

c. Ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

A questo pericolo di giurisprudenze nazionali divergenti esiste tuttavia un parziale rimedio rappresentato dal rinvio pregiudiziale da parte dei giu-

dici penali nazionali alla Corte di giustizia. Va a questo proposito ricordato che il rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato può avere ad oggetto sia questioni di validità degli atti di un'Istituzione dell'Unione sia l'interpretazione di norme dell'ordinamento europeo.

1. *Il rinvio pregiudiziale per questioni di validità*

Nel caso degli atti del Procuratore europeo, il rinvio pregiudiziale per questioni di validità degli atti è da escludere, come espressamente chiarito al punto 38 della motivazione della proposta di Regolamento in esame. La Procura europea è stata infatti assimilata dall'art 36 del Regolamento ad un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale. Orbene, tale assimilazione, vale a dire tale equiparazione ad un'autorità giudiziaria nazionale, esclude la giurisdizione della Corte di giustizia non solo in sede di ricorso diretto contro gli atti del Procuratore europeo, ma anche in sede di controllo incidentale della validità degli atti del Procuratore europeo, controllo incidentale che quindi rientrerà, se necessario, nelle competenze dei giudici penali degli Stati membri.

Tale preclusione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per questioni di validità riguarda esclusivamente gli atti investigativi o di chiusura delle indagini emanati dal Procuratore europeo e non riguarda, invece, né le norme del futuro Regolamento istitutivo della Procura europea né gli atti regolamentari di attuazione che il Procuratore europeo o il Collegio dei Procuratori europei adotteranno sulla base del medesimo futuro Regolamento, quali ad esempio il regolamento interno della Procura europea (art. 7 della proposta) o le norme sullo «status, criteri di rendimento, diritti ed obblighi dei sostituti procuratori e procuratori delegati» (art. 72 della proposta stessa).

Ne consegue che, nel caso in cui un tribunale penale nazionale, abbia dubbi sulla compatibilità delle norme del Regolamento istitutivo della Procura europea o delle norme attuative emanate dal Procuratore europeo, con norme o principi di rango superiore, in particolare con disposizioni del Trattato o della Carta dei diritti fondamentali, questo stesso giudice penale nazionale avrà, secondo la regola generale enunciata nella sentenza *Foto Frost*, causa n. 314/85, l'obbligo di deferire una questione pregiudiziale di validità alla Corte di giustizia.

2. *Il rinvio pregiudiziale per questioni di interpretazione*

L'art. 36, par. 2, della proposta di Regolamento istitutivo della Procura europea, contiene una norma di principio la cui comprensione immediata è anch'essa poco agevole: «Le disposizioni di diritto nazionale applicabili in

virtù del presente regolamento non sono considerate disposizioni del diritto dell'Unione ai fini dell'articolo 267 del Trattato» (si tratta dell'articolo del Trattato disciplinante il rinvio pregiudiziale per interpretazione). La comprensione di tale norma dell'art. 36 della proposta è poco agevole perché essa sembra affermare una cosa ovvia, ovvero che la Corte di giustizia non è competente per interpretare norme di diritto nazionale. Il punto 39 della motivazione della proposta di Regolamento in esame chiarisce poi che la finalità dell'art. 36, par. 2, è quella di evitare che i giudici penali degli Stati membri siano indotti a chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del diritto processuale penale nazionale, a motivo del fatto che il futuro Regolamento europeo rinvia espressamente e in più punti al diritto processuale nazionale per tutti gli aspetti del procedimento penale non regolati espressamente dallo stesso Regolamento europeo.

Resta la competenza piena della Corte di giustizia qualora un giudice nazionale chieda l'interpretazione di una qualsiasi disposizione del futuro Regolamento sulla Procura europea o l'interpretazione di una delle direttive di armonizzazione della procedura penale cui rinviano gli articoli del Regolamento stesso, in particolare l'art. 32 avente ad oggetto le «garanzie processuali», nonché l'interpretazione di tutte le norme del Trattato TFUE, ivi inclusi gli articoli da 47 a 50 della Carta dei diritti fondamentali aventi a specifico oggetto le garanzie dell'imputato.

Tale possibilità di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale per questioni d'interpretazione, sarà particolarmente utile ai giudici penali degli Stati membri per applicare correttamente il principio di supremazia del diritto dell'Unione in una materia particolarmente delicata nella quale sono in gioco i diritti fondamentali della persona. Una volta ottenuta la sentenza interpretativa della Corte di giustizia, il giudice penale nazionale sarà pienamente in grado di trarre dal principio di supremazia tutte le conseguenze relative ai rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale, in particolare la disapplicazione della norma processuale penale nazionale in contrasto con una norma del Trattato, o con una norma del Regolamento istitutivo della Procura europea o con una disposizione di una direttiva di armonizzazione del diritto penale o del diritto processuale penale degli Stati membri. Oppure, qualora siano possibili più interpretazioni della norma processuale penale nazionale, il giudice dovrà optare per quell'interpretazione della norma nazionale che risulta conforme al contenuto e alle finalità della corrispondente norma di diritto europeo (principio c.d. dell'interpretazione conforme). E infine il giudice penale di uno Stato membro dovrà avere ben presente anche il principio dell'autonomia delle definizioni e dei concetti di diritto europeo, compreso il diritto processuale penale, rispetto ad analoghi od omologhi concetti di diritto processuale penale nazionale.

V. Le norme della proposta di Regolamento riguardanti la competenza esclusiva e la competenza accessoria della Procura europea

a. I reati di competenza esclusiva del Procuratore europeo (art. 12 della proposta di Regolamento)

L'art. 12 della proposta di Regolamento prevede che il Procuratore europeo avrà competenza esclusiva «per individuare e perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE» (art. 11, par. 4). Tali reati sono definiti in un'emananda direttiva che, in estrema sintesi, individua come «frode a danno degli interessi finanziari dell'UE»: l'uso di documenti o dichiarazioni false che comportano la percezione illecita di sovvenzioni europee o la diminuzione illecita di entrate del bilancio dell'Unione; la corruzione passiva e la corruzione attiva di un pubblico ufficiale sia di un'Istituzione europea, che di uno Stato membro; nonché l'istigazione, il favoreggiamento, il concorso ed il tentativo di tali reati. La definizione dei reati di competenza esclusiva del Procuratore europeo, secondo quanto precisato all'art. 12 della proposta di Regolamento, si trova nella futura direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea «così come attuata dal diritto nazionale». Questo rinvio ad una direttiva disposto dall'art. 12 della proposta di Regolamento pone fin da ora due problemi.

In primo luogo, vi saranno inevitabilmente differenze nelle leggi nazionali di recepimento della direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Questo comporterà che la competenza esclusiva del Procuratore europeo sarà una competenza «a geometria (parzialmente) variabile» a seconda degli Stati membri e questo mal si concilia con la natura europea, e quindi sovranazionale, del Procuratore europeo stesso e delle sue funzioni.

In secondo luogo, potrebbe succedere che una norma della legge nazionale di recepimento della direttiva risulti in contrasto con una norma della direttiva stessa. Si pensi, a titolo di esempio, ad una definizione eccessivamente restrittiva, rispetto all'art. 4 della futura direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, del reato di corruzione attiva così come disciplinato, da parte di un dato Stato membro, nella legge di recepimento della direttiva. Quale delle due norme penali dovrà applicare il Procuratore europeo nell'esercizio dell'azione penale? E quale delle due norme penali dovrà applicare il giudice penale adito dal Procuratore europeo?

La risposta sembra apparentemente facile. La norma penale della direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione dovrebbe prevalere sulla norma penale corrispondente della legge nazionale di recepimento. Vi è tuttavia un ostacolo insormontabile a questa soluzione interpretativa, in quanto, secondo una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, soltan-

to il cittadino può invocare l'effetto diretto delle disposizioni di una direttiva contro le norme incompatibili di una legge nazionale. Al contrario, un organo dello Stato membro, ed in particolare un pubblico ministero, non può avvalersi dell'effetto diretto di una direttiva – nel nostro caso la direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione – per disapplicare una legge dello Stato e per procedere contro un cittadino. L'effetto diretto di una direttiva non può mai – sono ancora le testuali parole della Corte di giustizia (giurisprudenza costante: fra le tante, sentenza *Berlusconi*, causa n. C-387/02, punto 74) – creare o aggravare la responsabilità penale di un cittadino, pena la violazione del principio fondamentale della legalità dei reati e delle pene, oggi sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali.

In conclusione sarebbe forse preferibile, per ragioni evidenti di certezza del diritto, enumerare all'art. 12 del futuro Regolamento, come tale direttamente applicabile, i reati che rientrano nella competenza esclusiva del Procuratore europeo e in tal modo "sganciare" il campo di applicazione materiale del futuro Regolamento dal campo di applicazione materiale della futura direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

b. La competenza accessoria del Procuratore europeo (art. 13 della proposta di Regolamento)

L'art. 13 della proposta di Regolamento disciplina la c.d. «competenza accessoria» del futuro Procuratore europeo, nel caso in cui i reati rientranti nella competenza esclusiva siano «*inestricabilmente*» collegati ad altri reati rientranti nella competenza generale dei pubblici ministeri di uno Stato membro. In tal caso, continua l'art. 13, primo comma, il Procuratore europeo è competente anche per i reati non direttamente lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, a condizione che entrambe le categorie di reati siano basate «*su fatti identici*» e a condizione che i reati di competenza esclusiva del Procuratore europeo «*siano prevalenti*».

I criteri sulla base dei quali valutare la «prevalenza» dei reati dell'una o dell'altra categoria sono menzionati, a titolo di esempio, al punto 22 della motivazione della proposta di Regolamento: si va dall'incidenza finanziaria del reato sul bilancio dell'Unione e sui bilanci nazionali, al numero delle vittime, dalle altre circostanze collegate alla gravità del reato, alle sanzioni applicabili. Va rilevato che la regola sulla competenza accessoria di cui all'art. 13 della proposta di Regolamento può valere in entrambi i sensi a seconda del reato prevalente. Una procura nazionale potrà quindi perseguire reati a danno del bilancio dell'Unione a condizione che gli altri reati, quelli che non comportano lesioni per gli interessi finanziari dell'Unione, siano «prevalenti».

L'art. 13 della proposta di Regolamento favorisce manifestamente una soluzione basata su un'intesa fra Procuratore europeo e procuratore dello Stato membro interessato, al fine di stabilire quale delle due Procure sia competente sulla base del criterio di prevalenza di una categoria di reati rispetto all'altra, intesa che può essere facilitata da un eventuale intervento di Eurojust in funzione di mediatore. Appare utile ricordare a questo riguardo che Eurojust è l'Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale, attualmente disciplinata dalla decisione n. 2002/187/GAI, che tuttavia dovrebbe essere sostituita da un Regolamento proposto dalla Commissione, sulla base dell'art. 85 TFUE, nello stesso giorno dell'adozione della proposta avente ad oggetto l'istituzione della Procura europea. In caso di persistente disaccordo fra le due Procure, sarà l'autorità giudiziaria nazionale normalmente competente a decidere sui conflitti di competenza fra Procure dello stesso Stato membro in questione che deciderà della competenza accessoria del Procuratore europeo rispetto al procuratore nazionale, o viceversa.

Ed è proprio in sede di risoluzione di tali conflitti di competenza che sarà particolarmente opportuno il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione di concetti di puro diritto europeo che il legislatore dell'Unione, sulla base della proposta di Regolamento, non intende definire ulteriormente. Ad esempio, il concetto di «collegamento inestricabile» tra un reato e un altro e il concetto di «prevalenza» di un reato rispetto ad un altro in rapporto a determinate circostanze di fatto. E' facile pronosticare che la giurisprudenza della Corte sull'art. 13 del futuro Regolamento, come peraltro sull'art. 12 disciplinante la competenza esclusiva, sarà particolarmente abbondante e particolarmente "*creativa*". Sarà particolarmente abbondante anche in quanto, se competente a risolvere i conflitti di competenza fra le due Procure, europea e nazionale, sarà una giurisdizione nazionale di ultima istanza come una Corte di cassazione, tale giurisdizione di ultima istanza avrà l'obbligo, e non soltanto la semplice facoltà, di deferire il quesito interpretativo al giudizio della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Enrico Traversa**

SINTESI

L'A. parte da due principi generali dell'ordinamento europeo, il principio di supremazia del diritto dell'Unione europea e il principio della competenza esclusiva della Corte di giustizia in materia di controllo di legittimità degli atti delle Istituzioni dell'Unione, per porre in evidenza come l'art. 86 del Trattato rappresenti una deroga sostanziale a tali medesimi principi. Infatti, da un lato, il futuro

** Consigliere giuridico principale nel Servizio giuridico della Commissione europea

Procuratore europeo eserciterà l'azione penale dinanzi ai giudici degli Stati membri e, dall'altro, la legge che applicherà il Procuratore europeo sarà in gran parte il diritto penale e processuale penale degli Stati membri.

L'articolo passa poi a esaminare più in dettaglio le importanti norme della proposta di Regolamento che, in primo luogo, individuano la legge applicabile da parte del Procuratore europeo nel corso e al termine delle indagini da esso svolte in uno o più Stati membri. Altre importanti disposizioni della proposta disciplinano, in secondo luogo, il regime delle impugnazioni degli atti emanati dal Procuratore europeo, impugnazioni che saranno decise dai giudici penali degli Stati membri, salva la possibilità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per questioni d'interpretazione di disposizioni di diritto dell'Unione, ma non per questioni di validità degli atti del Procuratore.

L'articolo si conclude con un'analisi delle norme della proposta disciplinanti la competenza del Procuratore europeo, che sarà esclusiva per quanto riguarda i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e che potrà estendersi anche ad altri reati (competenza accessoria), a condizione che entrambe le categorie di reati siano basate su fatti identici e a condizione che i reati di competenza esclusiva del Procuratore europeo presentino un'importanza prevalente rispetto agli altri reati.

ABSTRACT

After having recalled two general principles of the European Union legal order, namely the principle of supremacy of EU law and the principle of the exclusive competence of the EU Court of justice as to judicial review of the acts of EU Institutions, the author highlights that Article 86 TFEU constitutes a substantial derogation from such principles. Indeed, on one side, the future European Public Prosecutor shall exercise his functions in the competent courts of Member States. On the other side, the law which the EPP will apply will be largely Member States material criminal law and national rules of criminal proceedings.

The article goes on to examine more in detail, firstly, the important provisions of the proposal aimed at identifying the law which will be applied by the European Public Prosecutor both in the course of the investigations he will carry on in one or several Member States and at the end of such investigations. Other important rules of the proposal deal, secondly, with judicial review of the acts of the European Public Prosecutor. Applications against EPP acts will be decided by criminal courts of Member States without prejudice of the possibility for such national jurisdictions to request preliminary rulings to the EU Court of justice for interpreting provisions of EU law, but not for questioning the validity of EPP acts.

The article ends up by examining the provisions of the proposal governing the future EPP competence. EPP will have exclusive competence for investigating and prosecuting criminal offenses affecting the financial interests of the Union. EPP competence could encompass also other criminal offenses (i.e. the ones not directly affecting EU financial interests) provided that both categories of offenses are based on identical facts and provided that offenses falling within EPP exclusive competence are preponderant in respect of the others.

Conclusioni del Consiglio europeo, 20-21 marzo 2014*

Il Consiglio europeo ha tenuto una discussione approfondita sulla situazione in Ucraina. Ha adottato un messaggio forte a sostegno dell'Ucraina ed ha convenuto una serie di misure concrete al riguardo. L'Unione europea e i suoi Stati membri hanno firmato le disposizioni politiche dell'accordo di associazione con l'Ucraina. Il Consiglio europeo condanna fermamente l'annessione della Crimea e di Sebastopoli alla Federazione russa e non la riconoscerà. In assenza di misure volte ad allentare la situazione di crisi, il Consiglio europeo ha deciso un ampliamento del divieto di rilascio del visto e del congelamento dei beni e ha annullato il prossimo vertice UE-Russia. Il Consiglio europeo, pur restando aperto al dialogo, non ha escluso altre e profonde conseguenze per le relazioni con la Russia in caso di eventuali ulteriori iniziative da parte della Federazione russa per destabilizzare la situazione in Ucraina ed ha chiesto alla Commissione e agli Stati membri di preparare possibili misure mirate. Ha anche deciso di anticipare la firma degli accordi di associazione con la Georgia e la Moldova.

L'Europa sta uscendo dalla crisi economica e finanziaria. Dopo diversi anni di crescita limitata, o addirittura negativa, l'economia europea si sta riprendendo e, per quest'anno, è previsto un rafforzamento di tale ripresa. Il Consiglio europeo ha avuto uno scambio di opinioni sulla situazione economica e sociale e sulle prospettive al riguardo. In particolare ha discusso in merito alla risposta politica più adeguata nel breve e medio termine. Ha concluso la prima fase del semestre europeo ed ha tenuto una discussione iniziale sull'attuazione della strategia Europa 2020, prima del riesame intermedio che sarà effettuato dal Consiglio europeo della primavera 2015. Si è anche concentrato su una competitività dell'industria europea più forte, quale motore della crescita economica e dell'occupazione. Ha avuto un primo dibattito orientativo sul quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2020 al 2030 ed ha stabilito la strategia futura. Ha sottolineato il nesso importante tra la strategia Europa 2020, la competitività industriale e le politiche in materia di clima ed energia.

Il Consiglio europeo ha accolto con favore l'accordo raggiunto sul regolamento relativo al meccanismo unico di risoluzione delle crisi che aprirà la strada

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

al completamento dell'unione bancaria. Si tratta di un altro passo fondamentale verso un'unione economica e monetaria più forte e resiliente. Infine, ha spianato il cammino all'adozione della direttiva sulla tassazione dei redditi da risparmio.

I. Crescita, competitività e occupazione

A. Il semestre europeo

1. Il Consiglio europeo di dicembre 2013 ha approvato le cinque principali priorità strategiche per l'Unione europea e gli Stati membri che figurano nell'analisi annuale della crescita 2014: portare avanti un risanamento di bilancio differenziato e favorevole alla crescita, ripristinare la normale erogazione di prestiti all'economia, promuovere la crescita e la competitività, lottare contro la disoccupazione e le conseguenze sociali della crisi, ammodernando nel contempo la pubblica amministrazione. Per orientare le discussioni del Consiglio sul semestre europeo 2014, il Consiglio europeo ha posto un accento particolare sulle politiche che migliorano la competitività, sostengono la creazione di posti di lavoro e contrastano la disoccupazione, in particolare quella giovanile, e sul follow-up delle riforme destinate a migliorare il funzionamento dei mercati del lavoro. I programmi nazionali di riforma e i programmi di stabilità e convergenza dovrebbero affrontare le problematiche identificate nelle raccomandazioni specifiche per paese formulate lo scorso anno e nella recente analisi della Commissione nell'ambito della sorveglianza integrata degli squilibri macroeconomici e di bilancio, ivi compresi i riesami approfonditi e il Patto di stabilità e crescita, tenendo al contempo pienamente conto delle discussioni svolte in sede di Consiglio nel quadro del semestre europeo.

2. Il Consiglio europeo ha valutato l'attuazione della strategia Europa 2020 sulla base della comunicazione della Commissione. Resta di primaria importanza conseguire l'obiettivo di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. La crisi ha rallentato i progressi sugli obiettivi principali della strategia e le sfide a lungo termine che incidono sulla crescita in Europa non sono scomparse. Il Consiglio europeo chiede di intensificare gli sforzi affinché si raggiungano gli obiettivi di Europa 2020 e attende con interesse il previsto riesame di tale strategia nel 2015. (*Omissis*)

B. Competitività e politica industriale

5. L'Europa ha bisogno di una base industriale forte e competitiva, in termini sia di produzione che di investimenti, quale motore principale di crescita economica e di occupazione. La competitività richiede un contesto stabile, semplice e prevedibile, ivi compresa una migliore regolamentazione e in particolare un ambizioso programma REFIT. Il quadro generale a livello europeo e nazionale va reso più propizio agli investimenti e all'innovazione nonché alla rilocalizzazione dei lavori manifatturieri. La comunicazione della Commissione intitolata "Per una rinascita industriale europea" offre, al riguardo, un contributo importante; la

Commissione è invitata a presentare una tabella di marcia per portare avanti i lavori su tale base.

6. Le problematiche riguardanti la competitività industriale dovrebbero essere integrate sistematicamente in tutti i settori politici dell'UE ed entrare a far parte delle valutazioni di impatto al fine di rafforzare la base industriale della nostra economia. Questo processo dovrebbe andare di pari passo con l'analisi dell'incidenza sulla competitività. Gli Stati membri sono invitati ad allineare a livello nazionale le misure europee destinate a rafforzare la competitività dell'industria.

7. Occorre proseguire gli sforzi al fine di completare e sfruttare appieno il potenziale del mercato interno di beni e di servizi, compresa l'economia digitale, e di promuovere l'imprenditorialità. La tempestiva adozione del pacchetto "Continente connesso" contribuirà a tale obiettivo. Le reti infrastrutturali, comprese le reti digitali, vanno sviluppate e rinnovate attraverso tecnologie intelligenti e innovative. È opportuno rivolgere particolare attenzione a promuovere la creazione e la crescita delle PMI, anche agevolando l'accesso ai finanziamenti in tutta l'UE.

8. L'Unione europea contribuisce alla competitività industriale tramite il suo bilancio. Occorre che si faccia il miglior uso possibile degli strumenti dell'UE quali Orizzonte 2020, il meccanismo per collegare l'Europa, i fondi strutturali e d'investimento europei e il programma COSME, come pure di strumenti basati sul mercato e di altri strumenti finanziari innovativi per sostenere la competitività e l'accesso delle PMI ai finanziamenti.

In questo contesto, la specializzazione intelligente andrebbe promossa a tutti i livelli, anche mediante un uso efficace degli investimenti pubblici nella ricerca. In tal modo si agevoleranno i contatti tra aziende e poli e si migliorerà l'accesso alle tecnologie innovative.

(Omissis)

C. Clima ed energia

15. Una politica europea coerente in materia di energia e di clima deve assicurare prezzi dell'energia accessibili, competitività industriale, sicurezza dell'approvvigionamento energetico e il conseguimento dei nostri obiettivi climatici e ambientali. Sono stati realizzati notevoli progressi verso il raggiungimento degli obiettivi dell'UE concernenti la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, le energie rinnovabili e l'efficienza energetica, che devono essere pienamente conseguiti entro il 2020.

(Omissis)

Cipro

24. Il Consiglio europeo si compiace della piena ripresa dei negoziati per la riunificazione di Cipro in base alla dichiarazione congiunta dell'11 febbraio. Esso appoggia una soluzione globale e praticabile della questione di Cipro nel quadro delle Nazioni Unite, conformemente alle pertinenti risoluzioni del Consiglio

di sicurezza delle Nazioni Unite e ai principi su cui si fonda l'Unione europea. Il Consiglio europeo sottolinea che la divisione di Cipro è durata troppo a lungo e pone l'accento sull'importanza di mantenere lo slancio attuale. È inoltre pronto a fare la sua parte nella promozione dei negoziati. Tutto il popolo cipriota trarrebbe benefici dalla riunificazione di Cipro e a tal riguardo il Consiglio europeo sostiene qualsiasi misura mirante a rafforzare la fiducia convenuta dalle due parti che possa contribuire in modo decisivo a creare un clima di fiducia reciproca e a dare slancio al processo negoziale.

II. Relazioni esterne

Ucraina

25. L'Unione europea sostiene il popolo ucraino e il suo diritto di scegliere il proprio futuro. L'Unione europea è a fianco del governo ucraino negli sforzi volti a stabilizzare l'Ucraina e a intraprendere le riforme. In tale contesto l'Unione europea compierà ulteriori sforzi per assistere l'Ucraina assieme alla comunità internazionale.

(Omissis)

Relazioni UE-Africa

35. In vista del quarto vertice UE-Africa, del 2 e 3 aprile 2014, l'Unione europea conferma il suo impegno a costruire con l'Africa un partenariato tra pari e a rafforzare le relazioni in tutti i settori pertinenti in risposta alla crescente interdipendenza tra l'Unione europea e l'Africa. Il Consiglio europeo esprime la disponibilità dell'UE a collaborare ulteriormente con i suoi partner africani nella promozione del commercio e dello sviluppo, della democrazia e del buon governo, dello stato di diritto e dei diritti umani. Sottolinea altresì l'importanza di affrontare le questioni della migrazione e della mobilità, comprese la migrazione clandestina e la lotta contro il traffico di migranti e la tratta di esseri umani, in uno spirito di responsabilità condivisa tra i paesi di transito, di origine e di destinazione.

(Omissis)

Sri Lanka

38. Il Consiglio europeo mantiene il suo impegno a favore della responsabilità, della riconciliazione e dei diritti umani nello Sri Lanka. Invita ad adottare in sede di Consiglio dei diritti umani una risoluzione sullo Sri Lanka che preveda un'indagine internazionale sui presunti crimini di guerra commessi da entrambe le parti durante la guerra, come raccomandato dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani.

Conclusioni del Consiglio europeo, 26-27 giugno 2014**

Il Consiglio europeo ha convenuto di proporre al Parlamento europeo Jean-Claude Juncker quale candidato alla carica di presidente della Commissione europea. In tale contesto, ha approvato l'agenda strategica delle priorità chiave per i prossimi cinque anni. Ha invitato le istituzioni dell'UE e gli Stati membri ad attuare pienamente tali priorità nel loro lavoro.

Il Consiglio europeo ha definito gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per gli anni a venire (cfr. parte I) e ha altresì trattato alcune questioni orizzontali connesse. Ha concluso il semestre europeo 2014 e invitato a compiere ulteriori sforzi per rafforzare la capacità dell'Europa di crescere e creare occupazione. Il Consiglio europeo ha fatto il punto dei progressi realizzati verso una decisione definitiva, da adottare in ottobre, sul quadro di politica climatica ed energetica a orizzonte 2030 e ha sostenuto l'attuazione immediata di una serie di misure più urgenti per rafforzare la resilienza dell'Europa e aumentarne la sicurezza energetica. Nel quadro dei preparativi della riunione del Consiglio europeo di ottobre, il Consiglio è stato invitato ad analizzare ulteriormente altre misure a medio-lungo termine per incrementare la sicurezza energetica dell'UE.

Il Consiglio europeo ha accolto con favore la firma degli accordi di associazione, ivi comprese zone di libero scambio globali e approfondite, tra l'Unione europea, la Georgia e la Repubblica di Moldova, nonché la firma della rimanente parte dell'accordo di associazione, ivi compresa la zona di libero scambio globale e approfondita, tra l'Unione europea e l'Ucraina.

I. Libertà, sicurezza e giustizia

1. Uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione è la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e nel pieno rispetto dei

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

diritti fondamentali. A tal fine è necessario adottare misure politiche coerenti in materia di asilo, immigrazione, frontiere e cooperazione di polizia e giudiziaria, conformemente ai trattati e ai pertinenti protocolli.

(Omissis)

7. L'impegno dell'Unione per la protezione internazionale richiede una solida politica europea in materia di asilo fondata sulla solidarietà e la responsabilità. Il pieno recepimento e l'attuazione efficace del sistema europeo comune di asilo (CEAS) costituiscono una priorità assoluta. Ciò dovrebbe tradursi in norme comuni di livello elevato e in una maggiore cooperazione, creando condizioni di parità che assicurino ai richiedenti asilo le stesse garanzie di carattere procedurale e la stessa protezione in tutta l'Unione. Si dovrebbe procedere di pari passo con un rafforzamento del ruolo svolto dall'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), in particolare promuovendo l'applicazione uniforme dell'acquis. Pratiche convergenti rafforzeranno la fiducia reciproca e consentiranno di procedere verso le prossime fasi.

8. Affrontare le cause profonde dei flussi di migrazione irregolare costituisce una parte fondamentale della politica di migrazione dell'UE, il che, insieme alla prevenzione e alla lotta alla migrazione irregolare, contribuirà ad evitare le perdite di vite umane di migranti che intraprendono viaggi pericolosi. È possibile trovare una soluzione sostenibile solo intensificando la cooperazione con i paesi di origine e di transito, anche attraverso l'assistenza volta a rafforzare le loro capacità di gestione della migrazione e delle frontiere. Le politiche migratorie devono diventare una parte integrante molto più importante all'interno delle politiche esterne e di sviluppo dell'Unione, applicando il principio "di più a chi fa di più" e basandosi sull'approccio globale in materia di migrazione e mobilità. *(Omissis)*

II. Crescita, competitività e occupazione

A. Il Semestre europeo

14. I segnali recenti di ripresa economica sono incoraggianti e dimostrano che gli sforzi comuni degli Stati membri e delle istituzioni dell'UE stanno dando frutti. La crescita ha iniziato a riprendere e l'occupazione aumenta moderatamente, anche se in molte parti d'Europa la disoccupazione - in particolare la disoccupazione giovanile - resta a livelli senza precedenti e inaccettabili. La povertà e l'esclusione sociale continuano a destare grande preoccupazione.

15. Grazie agli sforzi degli Stati membri la correzione degli squilibri macroeconomici ha registrato progressi e le finanze pubbliche continuano a migliorare. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'abrogazione della procedura di disavanzo eccessivo per alcuni Stati membri. Occorrerebbe servirsi delle possibilità offerte dal quadro di bilancio esistente dell'UE per conciliare la disciplina di bilancio e l'esigenza di sostenere la crescita. In considerazione dei livelli persistentemente elevati di debito pubblico e di disoccupazione e della debole crescita del PIL nominale, nonché delle sfide poste dall'invecchiamento della società e dal sostegno alla creazione di occupazione - in particolare per i giovani - occorre

proseguire un risanamento di bilancio differenziato e favorevole alla crescita. Occorre prestare particolare attenzione a riforme strutturali che potenzino la crescita e migliorino la sostenibilità di bilancio, anche attraverso un'adeguata valutazione delle misure di bilancio e delle riforme strutturali, sfruttando al meglio, nel contempo, la flessibilità insita nelle norme esistenti del patto di stabilità e crescita. In questo contesto la Commissione riferirà al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del quadro della governance dell'UE entro il 14 dicembre 2014 come previsto nel diritto dell'UE ("six pack" e "two-pack").
(*Omissis*)

B. Clima ed energia

21. Il Consiglio europeo ha preso atto dei progressi realizzati verso una decisione definitiva, da adottare in ottobre, sul quadro per il clima e l'energia a orizzonte 2030, in linea con le sue conclusioni di marzo 2014. In questo contesto ha sottolineato l'importanza di sviluppare rapidamente gli elementi essenziali del quadro e attende, in particolare, che la Commissione presenti entro luglio una revisione della direttiva sull'efficienza energetica e le modalità del possibile contributo dell'efficienza energetica al quadro per il clima e l'energia a orizzonte 2030. Riafferma l'importanza del vertice dell'ONU sul clima, previsto per settembre 2014, e conferma che l'obiettivo specifico dell'UE per il 2030 in ordine alle riduzioni delle emissioni di gas a effetto serra sarà pienamente conforme all'ambizioso obiettivo dell'UE concordato per il 2050.
(*Omissis*)

III. Il prossimo ciclo istituzionale

25. Il Consiglio europeo ha adottato la decisione che propone al Parlamento europeo Jean-Claude Juncker quale candidato alla carica di presidente della Commissione europea. Il presidente del Consiglio europeo condurrà consultazioni in vista delle altre nomine a cui si dovrà procedere.
(*Omissis*)

IV. Altri punti

28. Il Consiglio europeo si è congratulato con la Lituania per la convergenza raggiunta, basata su politiche economiche, di bilancio e finanziarie sane, e si è compiaciuto del fatto che questo paese abbia soddisfatto tutti i criteri di convergenza stabiliti nel trattato. Ha approvato la proposta della Commissione che la Lituania adotti l'euro il 1° gennaio 2015.

Ucraina

29. Rammentando le dichiarazioni dei capi di Stato e di governo sull'Ucraina del 6 marzo e del 27 maggio, le conclusioni del Consiglio europeo del 21 marzo e le conclusioni del Consiglio "Affari esteri" sull'Ucraina del 23 giu-

gno, il Consiglio europeo esprime il proprio sostegno al piano di pace annunciato la scorsa settimana dal presidente Poroshenko. Prende atto della dichiarazione del presidente russo a sostegno, in linea di principio, del piano di pace e prende atto altresì della decisione del Consiglio federale di revocare l'autorizzazione a utilizzare forze russe per intervenire militarmente in Ucraina.

(Omissis)

ALLEGATO I

Agenda strategica per l'Unione in una fase di cambiamento

Le elezioni europee del maggio 2014 aprono un nuovo ciclo legislativo. Questo momento di rinnovamento politico coincide con il riemergere dei nostri paesi da anni di crisi economica e con il crescere di una disillusione dell'opinione pubblica nei confronti della politica. È l'occasione giusta per stabilire su che cosa vogliamo che l'Unione si concentri e in che modo vogliamo che essa funzioni.

Il Consiglio europeo ha convenuto oggi cinque priorità generali che guideranno i lavori dell'Unione europea nei prossimi cinque anni: economie più forti con più posti di lavoro; società in grado di responsabilizzare e proteggere; un futuro energetico e climatico sicuro; uno spazio sicuro di libertà fondamentali; un'azione congiunta efficace nel mondo.

(Omissis)

- 1. Un'Unione di occupazione, crescita e competitività** *(Omissis)*
- 2. Un'Unione che responsabilizza tutti i cittadini e li protegge** *(Omissis)*
- 3. Verso un'Unione dell'energia dotata di una politica lungimirante in materia di clima** *(Omissis)*
- 4. Un'unione di libertà, sicurezza e giustizia** *(Omissis)*
- 5. L'Unione come attore forte sulla scena mondiale** *(Omissis)*

ALLEGATO II

Documenti approvati dal Consiglio europeo *(Omissis)*

DOCUMENTAZIONE

PROFESSIONE FORENSE: NUOVI PARAMETRI PER LA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI

L. n. 247 del 31 dicembre 2012 - Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

Il Presidente della Repubblica

Promulga

la seguente legge:

Titolo I - Disposizioni generali

(Omissis)

Articolo 13 - Conferimento dell'incarico e compenso

1. L'avvocato può esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore. L'incarico può essere svolto a titolo gratuito.

2. Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale.

* In *Guri* n. 15 del 18 gennaio 2013. Il testo integrale del provvedimento è reperibile sul sito internet www.normattiva.it. In argomento v. *infra*, p. 285 ss., il commento di *PATRIZIA QUAILA*.

3. La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione.

4. Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.

5. Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; a richiesta è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale.

6. I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell'art. 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge¹.

7. I parametri sono formulati in modo da favorire la trasparenza nella determinazione dei compensi dovuti per le prestazioni professionali e l'unitarietà e la semplicità nella determinazione dei compensi.

8. Quando una controversia oggetto di procedimento giudiziale o arbitrale viene definita mediante accordi presi in qualsiasi forma, le parti sono solidalmente tenute al pagamento dei compensi e dei rimborsi delle spese a tutti gli avvocati costituiti che hanno prestato la loro attività professionale negli ultimi tre anni e che risultino ancora creditori, salvo espressa rinuncia al beneficio della solidarietà.

9. In mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata.

10. Oltre al compenso per la prestazione professionale, all'avvocato è dovuta, sia dal cliente in caso di determinazione contrattuale, sia in sede di liquidazione giudiziale, oltre al rimborso delle spese effettivamente sostenute e di tutti gli oneri e contributi eventualmente anticipati nell'interesse del cliente, una somma per il rimborso delle spese forfetarie, la cui misura massima è determinata dal decreto di cui al comma 6, unitamente ai criteri di determinazione e documentazione delle spese vive.

(Omissis)

¹ Cfr. in proposito il d.m. n. 55 del 10 marzo 2014.

D.M. n. 55 del 10 marzo 2014 - Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247**

Il Ministro della giustizia

Visti gli artt. 1, comma 3, e 13 comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247;
Sulla proposta del Consiglio nazionale forense pervenuta in data 24 maggio 2013;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 24 ottobre 2013;

Vista la trasmissione dello schema di regolamento alle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Visto l'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Vista la nota del 10 marzo 2014, con la quale lo schema di regolamento è stato comunicato al Presidente del Consiglio dei ministri;

adotta

il seguente regolamento:

Capo I - Disposizioni generali

Articolo 1 - Ambito applicativo

1. Il presente regolamento disciplina per le prestazioni professionali i parametri dei compensi all'avvocato quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale degli stessi, comprese le ipotesi di liquidazione nonché di prestazione nell'interesse di terzi o prestazioni officiose previste dalla legge, ferma restando - anche in caso di determinazione contrattuale del compenso - la disciplina del rimborso spese di cui al successivo art. 2.

Articolo 2 - Compensi e spese

1. Il compenso dell'avvocato è proporzionato all'importanza dell'opera.

2. Oltre al compenso e al rimborso delle spese documentate in relazione alle singole prestazioni, all'avvocato è dovuta - in ogni caso ed anche in caso di determinazione contrattuale - una somma per rimborso spese forfettarie di regola nella misura del 15 per cento del compenso totale per la prestazione, fermo restando quanto previsto dai successivi artt. 5, 11 e 27 in materia di rimborso spese per trasferta.

** In *Guri* n. 77 del 2 aprile 2014. Il testo integrale del provvedimento è reperibile sul sito internet www.normattiva.it.

Articolo 3 - Applicazione analogica

1. Nell'ambito dell'applicazione dei precedenti artt. 1 e 2, per i compensi ed i rimborsi non regolati da specifica previsione si ha riguardo alle disposizioni del presente decreto che regolano fattispecie analoghe.

Capo II - Disposizioni concernenti l'attività giudiziale (*Omissis*)

Capo III Disposizioni concernenti l'attività penale (*Omissis*)

Capo IV – Disposizioni concernenti l'attività stragiudiziale (*Omissis*)

Capo V - Disciplina transitoria ed entrata in vigore

Articolo 28 - Disposizione temporale

1. Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore.

Art. 29 - Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*.

(*Omissis*)

LA LIBERA PATTUIZIONE DEL COMPENSO DELL'AVVOCATO

Sommario: 1. *Premessa* - 2. *L'evoluzione normativa della questione* - 3. *La determinazione del compenso dell'avvocato oggi* - 4. *Ancora sulla «libertà» della pattuizione* - 5. *La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte di giustizia* - 6. *Conclusioni*.

1. Premessa

«La pattuizione dei compensi è libera».

Così esordisce il terzo comma dell'art. 13 della legge n. 247 del 31 dicembre 2012, recante la «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense»¹.

A una prima impressione, parrebbe che il rapporto tra il cliente e l'avvocato, come un qualsiasi altro rapporto contrattuale, sia retto in tutti i suoi aspetti dall'autonomia privata.

Sennonché, ci si trattiene dall'arrivare a tale conclusione per una serie di considerazioni, prima tra tutte la storia dell'evoluzione di tale rapporto nell'ambito del nostro ordinamento e la peculiarità della prestazione forense.

Ed anzi, è proprio l'affermazione che la pattuizione dei compensi è libera e quindi nella disponibilità delle parti a far sorgere la convinzione che nel contratto d'opera intellettuale solo i compensi siano effettivamente concordabili.

Per contro, la strategia di difesa, la scelta dei documenti da produrre e delle linee difensive da sostenere, gli obblighi informativi verso il cliente, i tempi della durata dell'incarico (in particolare se giudiziale), i convincimenti che si intendono formare nel Giudice sono – per citarne alcuni – elementi rilevanti nell'opera dell'avvocato e nei suoi esiti, elementi che non costituiscono oggetto di trattativa tra le parti, cliente e avvocato.

¹ In *Guri* n. 15 del 18 gennaio 2013.

Ed anzi, costituisce principio notorio che l'avvocato che abbia commesso un errore difensivo professionale non possa discolparsi imputando il cliente, addirittura anche ove provasse di aver agito su precise istruzioni del medesimo.

Sorge allora spontanea la domanda: il cliente, specie se consumatore, che elementi oggettivi può avere per valutare la proposta contrattuale dell'avvocato, per quanto concerne la determinazione dei compensi?

È l'avvocato ad avere l'onere di offrire la propria prestazione ad un prezzo proporzionato all'importanza dell'incarico?

Oppure è onere del cliente raccogliere diverse proposte contrattuali per compararle?

Ma ha le competenze per effettuare ragionevolmente tale comparazione?

E, in concreto, tale comparazione è possibile?

Si esaminerà dunque il dato normativo per tentare di dare una risposta a tali interrogativi.

2. L'evoluzione normativa della questione

Prima di procedere alla disamina della novella dell'ordinamento professionale forense apportata con la legge n. 247/2012, occorre delineare brevemente l'*excursus* storico che ha plasmato la materia.

L'art. 2233 c.c., come modificato dalla c.d. legge Bersani (l. n. 248/2006²) e dall'art. 9 della legge n. 27/2012³ di conversione del d.l. n. 1/2012, continua a regolamentare le modalità per la determinazione del compenso dovuto per l'attività professionale svolta dall'avvocato.

Tale norma si staglia pertanto quale pietra miliare nel sistema di determinazione del compenso.

Nella stesura originaria, concordemente con i principi contenuti nella legge professionale del 1936, la norma indicava quattro criteri per la determinazione del compenso, gerarchicamente ordinati come segue: *in primis* l'accordo tra le parti, in mancanza del quale le tariffe forensi o gli usi e infine la determinazione giudiziale.

Beninteso, l'accordo tra le parti veniva prima di tutto, ma nel rispetto del principio dell'inderogabilità dei minimi previsti dalle tariffe forensi.

Fu la legge n. 248/2006 (meglio nota come «legge Bersani») ad eliminare il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari ed a legittimare la stipula del patto di quota lite, da redigersi in forma scritta a pena di nullità.

² In *Guri* n. 186 dell'11 agosto 2006, *suppl. ord.*

³ In *Guri* n. 71 del 24 marzo 2012, *suppl. ord.*

Ma è con la legge n. 27/2012 di conversione del d.l. n. 1/2012 che il sistema per la determinazione dei compensi dei professionisti, e quindi degli avvocati e degli altri professionisti appartenenti al sistema ordinistico, viene radicalmente trasformato.

L'art. 9 della legge n. 27/2012 definitivamente prende posizione sull'esistenza delle «tariffe previste per le professioni ordinistiche» e le abroga.

Il comma primo di tale norma stabilisce infatti che «sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico».

Dalla citata abrogazione consegue necessariamente che il compenso per le prestazioni professionali venga pattuito tra cliente e professionista al momento dell'incarico nei modi e termini previsti dall'art. 2233 c.c. nonché dall'art. 9 della legge n. 27/2012, ovvero venga determinato in base ai parametri ministeriali (fissati da ultimo, come meglio si dirà più oltre, con il decreto ministeriale attuativo n. 55 del 10 marzo 2014⁴, recante «la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'art. 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247»).

Abrogato il rinvio alle tariffe, la determinazione del compenso professionale doveva imperativamente avvenire tramite la stipula tra cliente e professionista di un contratto d'opera intellettuale, in difetto del quale il compenso andava determinato dal giudice applicando i parametri ministeriali.

La materia risultava quindi incisivamente innovata sulla base dei seguenti principi: centralità della pattuizione tra cliente e professionista; non utilizzabilità degli usi, in quanto non richiamati con la nuova legge speciale; non necessità del parere dell'associazione professionale cui si riferiva l'art. 2233 c.c. per la determinazione giudiziale dei compensi, in quanto tale determinazione avveniva in applicazione dei parametri ministeriali.

Per ridurre la questione all'essenziale: il compenso andava pattuito tra le parti; in mancanza di accordo, era il giudice a liquidarlo sulla base dei parametri ministeriali.

Il ricorso ai parametri ministeriali interveniva quindi:

- quando cliente e professionista non avevano pattuito il compenso;
- quando cliente e professionista avevano pattuito il compenso ma non avevano previsto nell'accordo alcune attività successivamente svolte;
- per la condanna della parte soccombente alle spese di lite.

⁴ In *Guri* n. 77 del 2 aprile 2014.

Con l'art. 13 della successiva legge 31 dicembre 2012, n. 247, nota come riforma dell'ordinamento forense, venivano poi introdotte alcune non trascurabili novità e precisazioni in materia di conferimento di incarico e determinazione del compenso.

Non va dimenticato che la suddetta legge si pone in rapporto di specialità rispetto alla legge n. 27/2012 concernente le professioni ordinistiche: la prima ha infatti ad oggetto l'ordinamento della professione forense e si riferisce esclusivamente alla categoria degli avvocati.

Ne segue che alcune questioni regolate in via generale dalla legge n. 27/2012 sono derogate dalle disposizioni dettate dalla legge n. 247/2012 relativa all'ordinamento forense.

3. La determinazione del compenso dell'avvocato oggi

Qui di seguito le novità essenziali della riforma forense in tema di determinazione del compenso professionale.

Innanzitutto il compenso dell'avvocato è pattuito con il cliente «di regola» per iscritto e all'atto del conferimento dell'incarico professionale.

La forma scritta è prevista «*ad substantiam*»: in difetto di tale forma, la pattuizione di cui si discute è nulla ai sensi del terzo comma dell'art. 2233 c.c., con conseguente inammissibilità della prova alternativa (testimoniale o per presunzioni ai sensi dell'art. 2725, comma secondo, e 2729, comma secondo, c.c.).

A richiesta, l'avvocato è tenuto ad informare per iscritto il cliente circa il costo della prestazione (beninteso come prevedibile al momento del conferimento dell'incarico), differenziando le voci di oneri, spese, anche forfettarie, e compenso professionale (art. 13, seconda parte del comma 5).

In ogni caso, nel rispetto del principio di trasparenza, il comma 5 dell'art. 13 impone all'avvocato di rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, adeguatamente informandolo di tutti gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento al momento della conclusione dell'incarico professionale.

Tra gli obblighi informativi del professionista, l'art. 9, comma quarto, della legge n. 27/2012 prevedeva già che il professionista «deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi».

«L'assenza di prova del preventivo di massima (...) costituisce elemento di valutazione negativa da parte dell'organo giurisdizionale per la liquidazione del compenso» (art. 1, dm n. 140/2012⁵).

Ispirandosi al principio di libertà quale massima espressione dell'autonomia negoziale, il comma 3 dell'art. 13 della riforma forense prevede poi che «la pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione».

Occorre ricordare tuttavia che ad un'ampia libertà di negoziazione deve necessariamente corrispondere un obbligo informativo del professionista – in specie quando il cliente è un consumatore – ugualmente ampio.

L'art. 36 del Codice del Consumo⁶ sanziona invero come vessatori – e quindi nulli – i patti che possano «c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole (ad esempio il riferimento ad emanandi parametri ministeriali o alla tariffa non più in vigore) che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto».

Da ultimo, in data 3 aprile 2014 è entrato in vigore il Regolamento di cui al dm n. 55 del 10 marzo 2014, «recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense».

A differenza di quanto stabilito nel precedente decreto ministeriale n. 140 del 20 luglio 2012 recante i parametri ed emanato successivamente all'abrogazione delle tariffe professionali, il nuovo decreto ministeriale – entrato in vigore il 3 aprile 2014 – disciplina (cfr. art. 1) ampliando l'utilizzo dei parametri: non è più limitato ai casi di liquidazione di un compenso da parte di un organo giurisdizionale, ma è previsto anche «quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta», e non solo quando vi sia controversia giudiziale tra cliente ed avvocato in merito ai compensi, ma anche da parte dei destinatari dei servizi legali.

Ed inoltre il dm n. 140/2012 si intitolava «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi *per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia* ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio

⁵ In *Guri* n. 195 del 22 agosto 2012.

⁶ Dlvo n. 206 del 6 settembre 2005 - Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*

2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27» (corsivo aggiunto).

Mentre il più recente dm n. 55/2014 si intitola «Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi *per la professione forense*, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247» (corsivo aggiunto).

Da quanto sopra emerge che il predetto dm n. 140/2012 non è più applicabile almeno per quanto concerne gli avvocati, ai quali soli è destinato il più recente dm n. 55/2014, in attuazione della Riforma dell'Ordinamento Forense.

4. Ancora sulla «libertà» della pattuizione

Accennata brevemente la suddetta normativa, occorre ritornare alla questione della libertà nella pattuizione dei compensi, ricordando che comunque, anche in difetto di una pattuizione scritta degli stessi, esistono comunque i parametri ministeriali per la loro determinazione.

La pattuizione tra le parti rimane comunque, almeno in apparenza, il criterio privilegiato, criterio che tuttavia, agli occhi della scrivente, richiede da parte dell'avvocato l'espletamento di un'attività complessa e articolata.

Una valida pattuizione dei compensi, per essere tale, va preceduta da un'informazione adeguata al cliente, che inevitabilmente si presenta come contraente debole: tanto più tale informativa tenderà ad essere esaustiva, tanto meno sarà attaccabile in caso di crisi del rapporto.

La possibilità di provare l'esistenza di trattative, anche per iscritto, che estrinsechino gli elementi che il cliente ha fornito all'avvocato per quantificare il compenso ed il valore della causa sarà un'ulteriore e molto opportuna cautela per il professionista.

La *ratio* di tale consistente obbligo informativo, peraltro esplicitamente richiesta anche dal Codice Deontologico, va infatti rinvenuta nella necessità di dare al cliente elementi utili per valutare con coscienza la proposta contrattuale dell'avvocato al momento del conferimento dell'incarico.

Rimane tuttavia, a parere di chi scrive, senza risposta la questione circa la capacità del cliente di valutare *ex ante* il valore concreto dell'opera professionale in base ai dati forniti dall'avvocato, che secondo l'art. 13 della legge n. 27/2012 sono «il livello di complessità dell'incarico», «le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico», se richiesto «la prevedibile misura del costo della prestazione».

Per completezza non ci si può non interrogare circa le conseguenze della mancata pattuizione scritta del compenso.

Vi è comunque un contratto d'opera, fonte di diritto a compenso, che può essere liquidato dal giudice o comunque determinato applicando i parametri ministeriali.

In queste brevi considerazioni, non si devono tuttavia dimenticare le norme che il Codice Deontologico Forense dedica alla questione agli artt. 40 («obbligo di informazione») e 43 (obbligo di non pretendere compensi manifestamente sproporzionati all'attività svolta).

Per cui, l'obbligo informativo esiste a prescindere dalla pattuizione del compenso, che in ogni caso non deve essere sproporzionato rispetto all'attività svolta (ed invero i nuovi parametri si presentano come un «riferimento», differenziandosi volutamente dalle vecchie «tariffe», obbligatorie nei loro minimi e massimi).

Lo stesso Codice Deontologico vieta inoltre l'accaparramento di clientela «con modi non conformi alla correttezza ed al decoro» (art. 19), per cui, ad esempio, i compensi per le prestazioni non potranno essere offerti al ribasso per acquisire nuovi clienti, già assistiti da altri professionisti.

Va segnalato che il nuovo Codice Deontologico Forense, presentato agli Ordini degli Avvocati in data 19 febbraio 2014⁷ e quindi di imminente entrata in vigore al momento della stesura delle presenti note, non si discosta dalle linee sopra citate.

Infine, stabilisce la legge di riforma dell'ordinamento forense n. 247/2012, art. 13, nono comma, che «in mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo, il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata».

È tuttavia evidente che il parere del Consiglio dell'Ordine in relazione alla congruità della parcella dell'avvocato può essere chiesto dal medesimo per rafforzare la propria posizione, ma non è più indispensabile per ottenere un decreto ingiuntivo o una condanna al pagamento nei confronti del cliente.

È la pattuizione scritta intervenuta tra le parti a fungere da fonte dell'obbligazione.

In difetto di pattuizione scritta dei compensi o di sua impugnazione da parte del cliente per errore, violenza o per eccessiva onerosità, il compenso verrà liquidato dal giudice adito in base ai parametri ministeriali.

⁷ In corso di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*.

5. La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte di giustizia

Non sembra affrettata la seguente riflessione.

Visto che di fatto i nuovi parametri forensi, quantomeno per il professionista medio, rappresentano una ragionevole determinazione quantitativa dei compensi, potrebbe sostenersi che il professionista possa giovare degli stessi come fossero le vecchie «tariffe», così evitandosi ogni eventuale successiva contestazione da parte del cliente circa la validità di una pattuizione, comunque complessa ed in ogni caso sindacabile ex post per errore, violenza o eccessiva onerosità, invocando una mancata o inadeguata informativa prima dell'affidamento dell'incarico.

In questo caso, potrebbe porsi il dubbio se la concorrenza nel mercato dei servizi legali non venga ad essere concretamente limitata nel mercato nazionale interno.

Il dubbio sorge anche leggendo la sentenza della Corte di giustizia nella causa n. C-136/12 del 18 luglio 2013, che ha coinvolto il Consiglio Nazionale dei Geologi italiano e l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato⁸.

Il Consiglio di Stato italiano, con decisione del 14 febbraio 2012, ha sottoposto alla Corte, tra le altre, questione pregiudiziale circa la conformità all'art. 101 TFUE del Codice Deontologico dei Geologi (artt. 18 e 19), nella parte in cui prevede come criteri di commisurazione delle parcelle dei geologi, oltre alla qualità e all'importanza della prestazione o del servizio, la dignità della professione.

La questione appare pertinente anche alla presente trattazione, in quanto è lo stesso art. 2233 c.c. a prevedere che la misura del compenso del professionista intellettuale debba essere adeguata all'importanza dell'opera, ma anche al decoro della professione.

L'art. 19 del Codice Deontologico Forense vieta peraltro «ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi alla correttezza e decoro», modi tra cui potrebbe rientrare anche l'applicazione sistematica di compensi al ribasso o, come usa dire nelle campagne promozionali del commercio, «sottocosto».

Ove un avvocato richiedesse, come regola, onorari sempre al di sotto dei parametri ministeriali, ci si potrebbe chiedere se tale comportamento corrisponda al decoro della professione e se costituisca strumento di accaparramento di clientela.

⁸ Inedita in *Raccolta*, EU:C:2013:489.

Nella sentenza sopra richiamata, la Corte rileva che «quando adotta un atto come il codice deontologico, un'organizzazione professionale come l'Ordine nazionale dei geologi non esercita né una funzione sociale fondata sul principio di solidarietà, né prerogative tipiche dei pubblici poteri.

Essa appare come l'organo di regolamentazione di una professione il cui esercizio costituisce, peraltro, un'attività economica»⁹.

Ed ancora, sostiene la Corte, il carattere vincolante del codice deontologico conduce a considerare le sue disposizioni come costitutive di una decisione ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Poiché il diritto italiano dispone l'appartenenza obbligatoria dei geologi all'ordine professionale, ne consegue il loro assoggettamento su tutto il territorio nazionale al codice deontologico e la loro responsabilità disciplinare per la violazione delle regole contenute nel medesimo.

Tali regole limitano la libertà nella pattuizione dei compensi e quindi sono idonee a produrre effetti restrittivi della concorrenza nel mercato interno.

Il Giudice sopranazionale ha dunque delegato al Giudice del rinvio di valutare se i suddetti effetti si verificano, anche alla luce dell'ordinamento giuridico nazionale e della sua prassi applicativa, verificando altresì se le regole del codice deontologico di cui si discute possano ritenersi «necessarie al conseguimento dell'obiettivo legittimo collegato a garanzie accordate ai consumatori dei servizi dei geologi».

A questo punto, ritornando alle suesposte considerazioni in tema di "libera pattuizione dei compensi dell'avvocato", si potrebbe rilevare che i nuovi parametri rappresentano innanzitutto un sistema di criteri nella determinazione dei suddetti compensi, utile sia all'avvocato sia al cliente.

In particolare, l'ordinamento nazionale, a mezzo di un atto di natura regolamentare quale è il d.m. n. 55/2014, fornisce attraverso le tabelle dei compensi – nello stesso contenute – uno strumento di trasparenza, in grado di orientare il consumatore dei servizi legali nella valutazione della proposta economica proveniente dall'avvocato.

Potrebbe dedursi quindi che, anche ove producessero un effetto restrittivo della concorrenza, esse sarebbero giustificate in quanto necessarie, più che al decoro della professione forense, a garantire un'offerta trasparente della prestazione di avvocato.

In quanto non obbligatori, i parametri rappresenterebbero quindi un riferimento utile al consumatore per comprendere e valutare la convenienza

⁹ Cfr. in tal senso sentenza del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *Wouters e altri*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577, punto 57, EU:C:2002:98, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97.

di avviare un contenzioso o difendersi, anche in relazione ai costi preventivati dal professionista.

Di recente la Corte di giustizia ha inoltre avuto modo di pronunciarsi circa la nozione di «costo non eccessivamente oneroso» di un procedimento giurisdizionale.

E ciò, nella causa n. C-530/11, con sentenza 13 febbraio 2014¹⁰.

Tale pronuncia letta nel suo insieme, pur concernendo i costi inerenti a procedimenti giurisdizionali in materia ambientale, convince innanzitutto del fatto che per garantire una tutela giurisdizionale effettiva senza costi eccessivi, si devono prendere in considerazione tutte le disposizioni del diritto nazionale pertinenti e l'opportunità di un sistema di assistenza giurisdizionale, nonché di un regime di tutela in materia di spese: le spese liquidate per l'eventuale soccombenza e le spese sostenute dall'interessato non debbono essere, nel loro complesso, onerose¹¹ e tali da scoraggiare il ricorso alla giustizia.

La legittimità dei parametri forensi potrebbe dunque essere comunque riconosciuta, anche ove limitativa della concorrenza, nella parte in cui essa si riveli necessaria alla tutela dei consumatori e del buon andamento della giustizia.

I punti 66 e 67 della nota sentenza della Corte nei casi *Cipolla e Macrino*, *Capodarte* del 5 dicembre 2006¹², sono dedicati alla peculiarità del mercato dei servizi legali in Italia «caratterizzato da un numero estremamente elevato di avvocati iscritti e in attività».

Considerata l'asimmetria informativa tra i clienti consumatori e gli avvocati, una pattuizione idealmente libera nella sua totalità non andrebbe a vantaggio né degli avvocati né dei consumatori.

Ed invero, è indubitabile che la qualità di una prestazione professionale, erogata al di sotto di un ragionevole compenso economico per fini concorrenziali, non possa che abbassarsi di conseguenza.

Allo stesso modo, in contrasto con gli obiettivi di tutela del buon andamento della giustizia e dei consumatori, la pattuizione (apparentemente) libera di un compenso sproporzionato per eccesso produce l'effetto di scoraggiare il cliente consumatore dal tutelare i propri diritti.

¹⁰ *Commissione europea c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2014:67.

¹¹ Cfr. sentenza dell'11 aprile 2013 in causa n. C-260/11, *Edwards e Pallikaropoulos*, punti 25, 26 e 28, inedita in *Raccolta*, EU:C:2013:221.

¹² Cause riunite n. C-94/04 e n. C-202/04, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11421, EU:C:2006:758 e in questa *Rivista*, 2006, p. 693.

In particolare, i servizi legali sono beni la cui qualità non può essere facilmente giudicata, né confrontandoli con servizi ricevuti in precedenza né con il consumo o con l'uso.

Si tratta infatti di prestazioni complesse, non valutabili o verificabili da chi non svolga la professione.

Per cui il cliente consumatore non potrà mai valutare nella sostanza la congruenza del compenso richiesto con l'attività prestata dall'avvocato o da prestare.

Ma, ove adeguatamente informato dal professionista, potrà valutare se l'iniziativa di tutela che intende avviare sia nel complesso eccessivamente onerosa o meno per la sua posizione, ovvero in sostanza se si possa permettere l'assistenza dell'avvocato.

6. Conclusioni

Dalla normativa nazionale esaminata emerge chiaramente che la pattuizione dei compensi tra cliente ed avvocato debba essere necessariamente preceduta dall'adempimento di un articolato e complesso obbligo informativo del professionista nei confronti del cliente, obbligo che non si esaurisce nella mera indicazione del costo della prestazione.

Per regolare validamente il rapporto tra cliente ed avvocato appare quindi opportuno che il suddetto complessivo obbligo informativo venga adempiuto per iscritto, fornendo tutte le indicazioni richieste dalla normativa circa la complessità dell'incarico, il valore della causa o dell'affare, i prevedibili tempi dell'azione giudiziale, la possibilità nei casi previsti di rivolgersi ad un organismo di conciliazione o di avvalersi del gratuito patrocinio.

Ma vi è di più: il gravoso onere del professionista di fornire tutta una serie di indicazioni "prevedibili" e dunque ipotizzabili e non certe, suggerisce di indicare per iscritto anche brevemente gli elementi forniti dal cliente in base ai quali è stata ipotizzata una certa azione e conseguentemente un certo tempo e un certo preventivo di spesa.

Inserendo opportune clausole di rinegoziazione dei compensi, sarà successivamente possibile precisare o modificare le determinazioni raggiunte con il cliente, invocando nuovi elementi di fatto emersi successivamente al conferimento dell'incarico o ignorati o taciuti dal cliente medesimo (tali che possano influire sul valore della controversia, sul tipo di procedimento da intraprendere, sulla fondatezza delle pretese del cliente ecc.).

Ad avviso della scrivente, agli interrogativi delineati in apertura pare potersi rispondere come segue.

Innanzitutto, il cliente, specie se consumatore, anche in seguito all'adempimento degli obblighi di informazione dell'avvocato, non ha elementi oggettivi per valutare su un piano di parità con il professionista la relativa proposta contrattuale.

Solo relativamente alla pattuizione dei compensi, il cliente potrà in ipotesi farsi un'idea circa la distanza o meno delle richieste economiche dell'avvocato dai parametri ministeriali previsti dal comma sesto dell'art. 13 della legge n. 247/2012, a patto tuttavia che li conosca e sia in grado di individuare i valori individuati dagli stessi in relazione al valore ipotizzato della controversia e al tipo di azione o mandato da conferire al professionista.

Per contro, la valutazione della proporzionalità del compenso richiesto rispetto all'importanza dell'opera intellettuale necessaria allo svolgimento dell'incarico resta preclusa al cliente medio.

Tale valutazione, trattandosi di prestazioni complesse, richiede infatti a sua volta specifiche conoscenze sostanziali e procedurali, con cui chi non svolge la professione non ha alcuna dimestichezza.

I servizi professionali sono infatti «*credence goods*», ovvero beni la cui qualità non può essere facilmente giudicata¹³.

La proporzionalità del compenso rispetto all'opera necessaria ad adempiere il conferendo incarico può essere valutata *ex ante* solo dall'avvocato, e ancora con un certo limite di approssimazione.

Ed alla fine è sull'avvocato che incombe l'obbligo di non richiedere compensi manifestamente sproporzionati (art. 43 del Codice Deontologico in vigore ed art. 29 del Nuovo Codice in fase di pubblicazione).

In caso di disaccordo tra cliente e avvocato, sarà quest'ultimo a dover dimostrare che il compenso, seppur pattuito per iscritto, conservi anche al momento del suo pagamento, anche ad opera prestata, il requisito della proporzionalità richiesto dall'art. 2233 c.c.

La normativa sopra delineata sarà sicuramente maggiormente apprezzabile e valutabile quando verrà collaudata da clienti ed avvocati ed interpretata ed applicata dalla giurisprudenza.

Sia tuttavia concesso rilevare che l'adempimento dei citati obblighi informativi comporta la necessaria strutturazione di articolati contratti d'opera professionale, da concludersi volta per volta con i clienti.

Ciò non garantisce la qualità o la personalità della prestazione, nè pare contribuire ad una maggiore consapevolezza del cliente circa l'opera del professionista, e rappresenta sicuramente una quantità di tempo inevitabil-

¹³ Cfr. P. QUAIA, *Le tariffe degli avvocati al vaglio della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2006, p. 701 ss.

mente sottratta all'opera professionale, che rimane e continuerà a fondarsi su un elemento, tanto essenziale quanto sfuggibile, che è la fiducia del cliente nel professionista incaricato.

Ritenere che tale fiducia possa venire rafforzata dalla sottoscrizione di pagine e pagine di informativa, che sovente nella prassi rischia di sortire l'opposto effetto di alimentare la diffidenza del cliente, costituisce l'ennesimo sintomo della tendenza in atto a voler trasformare la professione liberale nell'erogazione di un servizio, in cui la previa determinazione del «*quantum*» appare come l'unico elemento veramente decisivo, se non l'unico elemento sulla base del quale scegliere il professionista.

E infatti, il sistema dell'"asta al ribasso" risulta essere già in auge anche presso le amministrazioni comunali, che per l'appunto indicano gare per la selezione dei professionisti legali esterni – basandosi su onorari forfettari "a pratica" – e vinca il meno caro (cioè, in questo spirito, senz'altro il migliore).

Patrizia Quaia*

SINTESI

Sino al 2012, i compensi professionali degli avvocati potevano basarsi su una tariffa, elaborata dal Consiglio Nazionale Forense ed approvata dal Ministro della Giustizia.

Il sistema era fondato su voci tariffarie, che stabilivano un minimo ed un massimo per ogni attività o serie di attività procedurali.

Sino al 2006, ogni accordo inteso a derogare alla tariffa minima era ritenuto invalido.

Con la legge n. 247/2012, il sistema è radicalmente cambiato: ogni accordo scritto tra cliente e avvocato, concernente la misura dei compensi del secondo, è valido, e la legge fornisce dei parametri solo per il caso di assenza di accordo scritto.

Questa forma di libertà contrattuale, tuttavia, non tiene conto del fattore, rappresentato dall'asimmetria informativa tra clienti-consumatori e avvocati: questi ultimi possiedono un elevato livello di competenza tecnica, che i consumatori possono non avere.

Quindi, il cliente-consumatore può trovare difficile giudicare la qualità dei servizi legali offerti, che notoriamente ricadono nella nozione di *credence goods*, e l'esauriente informazione tecnica sul caso e sui costi relativi che l'avvocato deve fornire al cliente in anticipo potrebbe persino dare luogo a una certa rigidità di rapporti e mancanza di mutua fiducia.

* Avvocato in Milano

Gli avvocati possono essere considerati come semplici prestatori di servizi, e i clienti come semplici consumatori, ma il rapporto tra loro è sempre basato sulla fiducia, un fattore di scelta che ogni eccesso di regolazione può seriamente pregiudicare, oltretutto riducendo una delicata questione di scelta a una competizione sul prezzo, dove il migliore è il meno caro e viceversa.

ABSTRACT

Until 2012, lawyers' fees in Italy could set on the basis of criteria laid down by decision of the Consiglio Nazionale Forense (National Lawyers' Council) and approved by the Minister of Justice.

The system was based on a scale, setting maximum and minimum fees for each procedural step, or series of steps.

Up to 2006, any agreement derogating from the minimum fees set by the scale was void.

Since the law n. 247/2012, the system has radically changed: any written agreement between client and attorney concerning the lawyer's fee is valid, and legal parameters are provided just in case of absence of said written agreement.

This form of contractual freedom, however, does not take account of the factor, represented by the asymmetry of information between client-consumer and lawyers: lawyers have a high level of technical knowledge which consumers may not have.

Therefore the client-consumer may find difficult to judge the quality of the offered legal services, which notoriously fall under the notion of credence goods, and the required vast amount of technical information about the case and related costs given in advance by the lawyer might even give way to a certain rigidity in the relationship and lack of mutual trust.

Lawyers may indeed be considered as mere service providers, and clients as mere consumers, but the relationship between them is still grounded upon trust, a factor of choice that any excess of regulation could seriously harm, furthermore reducing a sensible matter of choice down to a price contest, where the best is the cheapest and vice versa.

LE CLASSIFICHE RELATIVE ALLE RIVISTE DI DIRITTO EUROPEO PIÙ INFLUENTI E PIÙ CONOSCIUTE

Sul numero 4/2013 della Rivista «*Revue trimestrielle de droit européen*» è apparso un articolo (p. 781) dedicato alle più importanti riviste giuridiche di diritto europeo dal titolo: «*Quelles sont le revue juridiques qui comptent à la Cour de justice de l'Union européenne?*».

Le riviste che gli autori dell'articolo hanno inserito in due distinte classifiche, sono state selezionate in base a un metodo oggettivo descritto nell'articolo medesimo.

Come risulta dalle due classifiche (di seguito riprodotte), le tre riviste italiane classificate per la loro influenza e per la loro notorietà sono, nell'ordine: (1) *Il Diritto dell'Unione europea*, (2) *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, (3) *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.

Tableau 1
Classement des revues de droit de l'Union européenne les plus influentes

1	Common Market Law Review
2	Revue trimestrielle de droit européen
2	Cahiers de droit européen
4	Europe
5	Revue du marché commun
6	Revue du droit de l'Union européenne
6	Revue du droit de l'Union européenne
8	European Law Review
8	L'observateur de Bruxelles
10	Europarecht
11	Columbia Journal of European Law
12	European Law Journal
13	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

14	Eipascope / European Institute of Public Administration
15	Common Market Law Reports
16	Maastricht Journal of European and Comparative Law
17	Revue des affaires européennes/Law & European affairs
18	European Competition Law Review
18	European Constitutional Law Review
20	Diritto dell'Unione europea
21	European Public Law
22	Legal Issue of Economic Integration
23	Revue européen de droit public
24	European State Aid Law Quarterly
25	Review of European Administrative Law
26	European Competition Journal
27	Journal of Common Market Studies
28	Gazette européenne
29	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
30	Journal of European Integration
30	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
32	Revista de derecho comunitario europeo
32	Revista de derecho de la Unión Europea
34	European Journal of Law Reform
34	European Legal Forum

Tableau 2
Classement des revues de droit de l'Union européenne les plus renommées

	Classement Washington (2012) (combined score)		
	Classement 2011 Washington (combined score)		
	Indice de notoriété (score de lecture + score de qualité perçue)		
Common Market Law Review	1	4	4
Cahiers de droit européen	2	NA	NA
Revue trimestrielle de droit européen	3	NA	NA
Europe	4	NA	NA
Europarecht	5	NA	NA
European Law Journal	6	3	3
European Law Review	7	5	5
European Competition Law Review	8	NR	NR
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	9	NA	NA
Columbia Journal of European Law	10	1	1
Revue du droit de l'Union européenne	10	NA	NA

European State Aid Law Quarterly	12	37	36
Journal de droit européen	13	NA	NA
European Competition Journal	14	12	13
Revue du marché commun	15	NA	NA
Diritto dell'Unione europea	16	NA	NA
Common Market Law Reports	17	NR	NR
European Constitutional Law Review	17	18	21
European Public Law	17	15	17
L'observateur de Bruxelles	20	NA	NA
Revue européen de droit public	21	NA	NA
Revue des affaires européennes/Law & European affairs	22	NA	NA
Maastricht Journal of European and Comparative Law	23	19	21
Gazette européenne	24	NA	NA
Legal Issue of Economic Integration	24	NR	NR
Eipascope / European Institute of Public Administration	26	NR	NR
Review of European Administrative Law	26	30	26
Journal of Common Market Studies	28	NR	NR
European Legal Forum	29	NR	NR
Diritto comunitario e degli scambi internazionali	30	NA	NA
Journal of European Integration	30	NR	NR
Rivista italiana di diritto pubblico comunitario	32	NA	NA
Revista de derecho comunitario europeo	33	NA	NA
Revista de derecho de la Unión Europea	33	NA	NA
European Journal of Law Reform	35	NR	NR

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

VALORI ETICI E STRUMENTAZIONI GIURIDICHE PER LA LOTTA ALLA CORRUZIONE*

Sommario: **1.** *Premessa* - **2.** *I diversi significati del termine corruzione* - **3.** *Le cause della corruzione* - **4.** *La corruzione amministrativa e taluni principi fondamentali della Costituzione (artt. 1, 2, 3, 4, 8)* - **5.** *Le altre norme della Costituzione che vengono particolarmente in rilievo (l'art. 54, primo e secondo comma; l'art. 97; l'art. 98)* - **6.** *I valori dell'etica pubblica* - **7.** *Il dovere di adempiere con disciplina ed onore alle pubbliche funzioni* - **8.** *Il dovere dell'imparzialità* - **9.** *I rimedi avverso la corruzione: la repressione penale* - **10.** *La c.d. «Legge Merloni» (l. 11 febbraio 1994, n. 109) dopo Tangentopoli* - **11.** *La legge 8 giugno 2001, n. 231* - **12.** *Le convenzioni internazionali e la l. n.190 del 2012* - **13.** *La disciplina sulla trasparenza* - **14.** *Le misure riguardanti i soggetti (nomina dirigenti, compatibilità, e conferimento di incarichi, ecc.)* - **15.** *L'attuazione della legge anticorruzione* - **16.** *I valori dell'etica di servizio* - **17.** *L'estensione al mondo economico e delle imprese.*

1. Premessa

Gli avvenimenti dei giorni scorsi – pur nella caducità della loro interlocuzione giudiziaria, ma tanto documentati nella loro oggettività, comunque soggetta a verifica anzitutto nella stessa sede giudiziaria – obbligano ad analizzare, e, alla fine, ad ampliare, sia pur mantenendolo comunque sul piano

* Relazione presentata in occasione dell'assegnazione del premio di laurea «Giovanni Nocco» - Roma 13 maggio 2014, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Sala delle Colonne. La relazione è stata ugualmente pubblicata sulla rivista *online Giust.amm.*, reperibile sul sito internet <http://www.giustamm.it/>

dei principi, il discorso che l'enunciazione del titolo, «Valori etici» e «Strumentazioni giuridiche», intendeva – ed intende – sviluppare.

Infatti, già il termine «corruzione» ha assunto, particolarmente negli ultimi tempi, la portata di una metafora, ma gli ultimi avvenimenti danno ad esso il significato – quasi la rappresentazione – di un male che sembra a lungo insistere e radicarsi nella nostra comunità.

2. I diversi significati del termine corruzione

Per il codice penale, come è noto, la corruzione è il reato che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio compie ricevendo indebitamente, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, per sé o per un terzo, danaro o altra pubblica utilità o ne riceve promessa ovvero per compiere o aver compiuto un atto contrario ai suoi doveri d'ufficio (art. 318 ss. cod. pen.).

Ma è a tutti noto che, da alcuni anni, ed, in particolare, dagli anni Novanta, il termine «corruzione» è stato adoperato per indicare diverse patologie e per configurare varie fattispecie delittuose.

In verità, già in autorevole sede storica¹ si è detto che la corruzione è stata sempre presente in ogni tempo ed in ogni luogo e che essa ha giocato un suo ruolo in ogni sistema sociale e politico.

E si è detto che si sa che ciò che spinge a corrompere o a farsi corrompere è un insieme di passioni o di interessi individuali o di gruppo, quali la ricerca del guadagno, il desiderio del potere, la ricerca di uno *status* superiore nelle diverse gerarchie e che tutto questo è in gran parte insito nella natura umana.

Peraltro, il termine corruzione indica un complesso di fenomeni molto diversi tra di loro.

Trattasi di moduli di comportamento illecito tra loro assai dissimili, non sempre immediatamente riferibili ad una medesima matrice: comportamenti che riguardano la degenerazione dei sistemi sociali o politici²; «comportamenti privati eticamente discutibili»³; fenomeni afferenti la delinquenza organizzata.

Nonché comportamenti tra i più vari: scambio di voto, clientelismo, patronato degli uffici, ecc.

¹ R. MACMULLEN, *Corruption and decline of Rome*, New Haven 1988, trad. it. Bologna, 1991.

² R. ARON, *Teoria dei regimi politici*, Milano, Edizioni di Comunità, 1973.

³ A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milano, Feltrinelli, 1993.

3. Le cause della corruzione

Le cause della corruzione, poi, sono state di volta in volta individuate, tra l'altro:

- nel divaricarsi dei rapporti tra società civile (definita onesta, buona in sé) e istituzioni politiche (corrotte, in quanto il potere corrompe);
- nel venir meno delle strutture di controllo (le stesse pubbliche amministrazioni, la magistratura nelle sue varie articolazioni, gli organi di informazione, ecc.) che abdicano, di fatto, alla loro funzione primaria di guardiani della legalità;
- nell'appannarsi del confine tra lecito e illecito;
- nella mancanza di alternanza tra *élite* al potere;
- nella crescita incontrollata dei centri pubblici di spesa e di erogazione dei servizi;+
- nell'avvento di nuove forme di professionismo politico e di *newcomer* in politica di "bassa" estrazione sociale;
- nell'aumento dei costi della politica, della comunicazione; ecc.

4. La corruzione amministrativa e taluni principi fondamentali della Costituzione (artt. 1, 2, 3, 4, 8)

In questa conversazione, avremmo voluto limitare la nostra attenzione alla c.d. «corruzione amministrativa», a quella, cioè, che coinvolge le pubbliche amministrazioni, o, per meglio dire, i rapporti tra le persone, in qualità di cittadini, e gli uffici pubblici, i luoghi, le persone, gli strumenti, nei quali e con i quali si esplicano pubblici poteri. Vale a dire le pregnanti facoltà (poteri, direbbe il giurista) con le quali si incide nella vita degli altri – ovvero si erogano pubbliche risorse – per offrire servizi, compiere opere, attuare la solidarietà ovvero favorire l'uguaglianza.

Così delimitato il campo, restava altresì circoscritta la sfera di ispirazione dei valori ai quali si vuole fare riferimento: il «cielo stellato» – se è consentito parafrasare il riferimento alla nota immagine filosofica e poetica insieme – che deve illuminare un agire umano.

Infatti, limitata l'indagine alla (sola) corruzione amministrativa, i valori etici – il cielo stellato – che vengono in rilievo, sono i valori dell'etica pubblica che è solo una parte della più generale etica, la quale, come è noto, se avulsa da una visione religiosa, individua e ricorda le regole dell'agire umano secondo valori che sono generalmente condivisi e, in quanto tali, riconosciuti in norme cogenti, al fine del conseguimento del bene dell'Uomo e della comunità tutta.

5. Le altre norme della Costituzione che vengono particolarmente in rilievo (l'art. 54, primo e secondo comma; l'art. 97; l'art. 98)

E la nostra Costituzione contiene esplicite regole in relazione a questa etica.

Anzitutto, essa proclama fondamentali valori attorno ai quali la nostra società deve organizzarsi, perché, appunto, di essa, gli stessi sono il fondamento.

Tali sono i valori del lavoro (art. 1, Cost. «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro»): del lavoro inteso come esplicazione della personalità dell'individuo e suo conseguente impegno; il valore della solidarietà politica, economica e sociale, ai cui «inderogabili doveri» tutti devono adempiere (art. 2); il valore dell'uguaglianza, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (art. 3); il valore del dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che conduca al progresso materiale o spirituale della società (art. 4); il valore della promozione e lo sviluppo della cultura e della ricerca (art. 8); quello connesso alla tutela del paesaggio, e, quindi, a seguire, tutti gli altri valori che sono a fondamento di obblighi che nella Costituzione si rinvenono.

Valori dalla cui devianza o inosservanza derivano i casi di quella mala amministrazione, nella quale, sovente, si fa confluire genericamente la corruzione, divenendo questa la parte più delittuosa e più deturpante di essa, sino a tramutarsi in una particolare, sprezzante, metafora.

6. I valori dell'etica pubblica

Più specificamente, con riguardo all'etica pubblica e alla parte di questa, sulla quale, in particolare, si voleva richiamare l'attenzione, vale a dire l'etica del servizio, i valori che vengono in rilievo, sono quelli normativamente anch'essi indicati dalla Costituzione e che, quindi, privilegiati da scelte democratiche e politiche, sono, per la dignità della fonte, provvisti di estesa e qualificata efficacia vincolante.

Essi sono il dovere della fedeltà dei cittadini alla Repubblica e di osservarne le leggi (art. 54, comma 1); il dovere dei cittadini cui sono affidate pubbliche funzioni di esercitarle con disciplina ed onore (art. 54, comma 2); il dovere per gli appartenenti alle pubbliche amministrazioni di svolgere la relativa attività e funzione in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità (art. 97 Cost.); il dovere di essere al servizio esclusivo della Nazione (art. 98).

Orbene, se ci si domanda come questi valori, questi beni, sono tutelati nel nostro ordinamento, la risposta non può non essere che, per essi, sovengono il dovere della fedeltà (come detto, art. 54, primo comma, Cost.), il quale, nella sua alta essenza, si distingue dal semplice obbligo dell'osservanza delle leggi – del quale, anzi, come approfonditamente è stato detto⁴, è un presupposto – e che riguarda tutti i cittadini, come afferma la norma Costituzionale, ma diviene particolarmente qualificato per i soggetti ai quali sono affidate funzioni pubbliche; dovere di fedeltà che si specifica, già a livello Costituzionale, negli ulteriori obblighi di adempiere le proprie funzioni «con disciplina ed onore» con tutte le implicazioni che ciò comporta.

7. Il dovere di adempiere con disciplina ed onore alle pubbliche funzioni

Il dovere di adempiere con disciplina ed onore alle pubbliche funzioni si attuava, specie in passato, per i pubblici dipendenti, in specifiche norme, quali quelle riguardanti l'obbligo di diligenza, il dovere di collaborazione ed imparzialità, il dovere di riservatezza, ecc.

Una siffatta talvolta dettagliata specificazione contenuta nell'antico testo unico degli impiegati dello Stato e ripresa, poi, anche dal testo unico sul pubblico impiego, delineava un reticolo di doveri ed obblighi che molto modellavano la figura ed il comportamento del pubblico funzionario, configurandone uno *status* improntato a doveri che non poco incidevano sul suo stesso modo di essere, risolvendosi, altresì, in norme comportamentali e in modi di relazionarsi.

Le successive discipline, – prima, fra tutte, le ricorrenti discipline riguardanti le varie forme di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego (che ha investito anche i soggetti titolari di funzioni dirigenziali) – discipline intersecate ed intrecciate con norme derivanti da accordi sindacali e da pronunce giurisprudenziali rimesse al giudice del lavoro, con rinvio, peraltro, ad un codice di comportamento efficace solo perché richiamato dai contratti sindacali e le cui norme sono solo indirettamente sanzionate dal procedimento disciplinare (non frequentemente né produttivamente azionato) – notevolmente hanno attutito il particolare regime al quale tanto era affidato il perseguimento del buon funzionamento degli uffici e soprattutto la conformazione di un abito mentale, morale, sociale e comportamentale.

Il quale, come è noto, è difesa e tutela anche di un costume di serietà, onestà e parsimonia che tanto ispira e conforma di sé un retto agire nell'ambito della pubblica amministrazione.

⁴ C. LOMBARDI, voce «Fedeltà», in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XVII, p. 165 ss.

E questo costume, come è evidente e altresì noto, è il primo antidoto ed il più efficace rimedio contro ogni forma di cattiva amministrazione e, di per sé, allontana, sino a ripugnarlo, il fenomeno corruttivo.

8. Il dovere dell'imparzialità

Vi è poi il dovere dell'imparzialità che – per alcuni aspetti, e specie se inteso come esigenza che il potere discrezionale non sia contaminato da interessi privati, a ben vedere, comprende in sé tutti gli altri doveri – trova tutela in una miriade di disposizioni che potrebbero costituire lo Statuto della P.A., e, con esso, la tutela dei valori che devono ispirare il comportamento dei pubblici dipendenti e dei titolari di funzioni pubbliche, specie se su base elettiva.

Questo valore dell'imparzialità, inteso nel senso ora detto del perseguimento esclusivo del pubblico interesse, deve conformare di sé il comportamento nell'agire amministrativo: la sua guida e la sua osservanza fa venir meno molte delle disfunzioni che si lamentano e si manifestano in forme di *malaadministration*, fino, ovviamente, alla forma estrema della corruzione.

9. I rimedi avverso la corruzione: la repressione penale

Per quanto riguarda, poi, specificamente la corruzione, vorremmo evidenziare che, nella storia del nostro ordinamento, questa patologia, tradizionalmente, è stata quasi sempre affrontata con strumenti di repressione penale.

Ad iniziare dal tutt'ora vigente codice penale per il quale mette conto di rilevare che un apposito titolo è intestato ai reati contro la P.A. previsti, come era detto, per perseguire «il normale funzionamento e il prestigio della pubblica amministrazione inteso in senso lato», nonché l'esercizio delle pubbliche funzioni amministrative e giurisdizionali, dai pericoli di indebite interferenze.

Ed occorrerà attendere gli anni Settanta affinché nel "cuore" di questi reati, di queste figure delittuose, fossero inclusi beni più specifici, più in sintonia con il nuovo ordinamento dello Stato, con gli anzidetti beni tutelati dalla Costituzione, alla stregua di quanto suggeriva anche una nuova generazione di studiosi di diritto penale e che, convincentemente, già allora, in questi sensi si esprimeva allorché si dovette affrontare, alla fine degli anni Ottanta, ai fini di un loro aggiornamento, la riforma dei reati con-

tro la P.A., di cui, poi, alla legge 26 aprile 1990, n. 86⁵.

Comunque, quel che va segnalato è che pure in quell'occasione l'approccio fu essenzialmente, se non esclusivamente, penalistico e si lamentò, sin da allora, da parte di taluni un mancato ricorso a rimedi di ordine amministrativo e a congegni organizzatori e di scienza dell'amministrazione o ad istituti e regole di diritto amministrativo, rimedi che, nell'ambito della stessa amministrazione, avrebbero potuto prevenire il male invece che reprimere soltanto le sue infauste conseguenze.

10. La c.d. «Legge Merloni» (l. 11 febbraio 1994, n. 109) dopo Tangentopoli

Un mutamento di strategia si ebbe allorché si affrontarono le ricorrenti problematiche dopo la c.d. «Tangentopoli».

In quest'occasione si scelse (l. n. 109 dell'11 febbraio 1994, la c.d. «legge Merloni»⁶) di individuare il rimedio, più che nell'esercizio dell'azione penale, in una riforma organizzativa e funzionale del settore con l'obiettivo di ridare vigore e dignità, in questo ambito, all'amministrazione, ricostituendo quelle istanze e quelle misure che l'avrebbero resa capace di trovare al suo interno rimedi e sanzioni alle sue disfunzioni.

Si volle, cioè, realizzare «una riabilitazione della struttura amministrativa preposta all'esecuzione dei lavori pubblici, seguendo peraltro, le indicazioni che da tempo erano state formulate anche a livello scientifico e parlamentare» (Rapporto Giannini, Sui problemi dell'amministrazione pubblica).

Ed, allo scopo, si ritenne opportuno valorizzare, «a mezzo di apposita Autorità, la funzione di imparzialità della pubblica amministrazione insieme alle attività di vigilanza, di ispezione, e di verifica».

Si riteneva, infatti, che il modello prescelto permettesse di controllare efficacemente le procedure di affidamento e di esecuzione dei lavori, al di fuori delle ingerenze politico-amministrative, che, invece, un apparato ministeriale ovvero altri modelli di tipo tradizionale, inevitabilmente, implicavano.

Ma un siffatto disegno – che peraltro spostava il baricentro dagli adempimenti procedurali agli aspetti ordinamentali – fu anzitutto contrastato e, quindi, ritardato, per lo stesso avvio della sua attuazione ed incontro, quindi, difficoltà ed inconvenienti talvolta gravi nella sua realizzazione,

⁵ In *Guri* n. 97 del 27 aprile 1990.

⁶ In *Guri* n. 41 del 19 febbraio 1994, *suppl. ord.*

sino a doversi, in seguito, confrontare con l'ordinamento comunitario che privilegiava, nel settore, in modo prioritario, più che il corretto uso delle pubbliche risorse e l'interesse delle pubbliche amministrazioni, lo sviluppo del mercato e delle imprese e, quindi, la concorrenza a favore del mercato e delle imprese.

11. La legge 8 giugno 2001, n. 231

Intanto, il nostro ordinamento conosceva una rilevante innovazione, quella del dlgs n. 231 dell'8 giugno 2001⁷, che introdusse nella legislazione italiana la responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche, molto modellata, per l'aspetto comminatorio delle sanzioni, sul paradigma della fattispecie penale.

Com'è noto, per ricordare l'origine storica di questa legge, è necessario tornare alla seconda metà degli anni Settanta, quando scoppiò lo scandalo delle tangenti Lockheed e, a seguito di quello scandalo, fu introdotto, negli Stati Uniti, il *Foreign Corrupt Practices Act*.

Gli Stati Uniti si impegnarono in una battaglia internazionale che sfociò nella Convenzione Ocse del 1997 nella quale si introducevano due principi essenziali: in primo luogo, si definì illegale la corruzione internazionale, e, in secondo luogo, si stabilì che gli Stati membri dell'Ocse avrebbero dovuto prevedere la responsabilità penale di quelle aziende che avessero commesso atti corruttivi.

Da qui la nascita del dlgs n. 231/2001.

Tale normativa, avente ad oggetto la «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», in vigore dal 4 luglio 2001, ha introdotto, nell'ordinamento italiano, in conformità a quanto previsto anche a livello europeo, un nuovo regime di responsabilità per le persone giuridiche, le società e le associazioni, denominata "da reato", derivante dalla commissione o tentata commissione di determinate fattispecie di reato nell'interesse o a vantaggio degli enti stessi, ma lo affrontava con la previsione di regole interne che le imprese si dovevano dare in base alla nuova normativa per evitare la commissione di reati da parte di propri dipendenti.

Al di là degli aspetti tecnici, la svolta consisteva nel fatto che lo Stato chiedeva alle imprese stesse di fare attività di polizia interna e di dotarsi di strumenti di verifica, di prevenzione e disciplinari.

⁷ In *Guri* n. 140 del 19 giugno 2001.

È per questo che, negli ultimi tempi, per i fenomeni corruttivi nel settore pubblico si è invocata una «231», come è stato metaforicamente detto, per la Pubblica Amministrazione.

Ed invero, la l. n. 190 del 2012⁸ vale a dire la nuova legge per la lotta alla corruzione di cui appresso si dirà, – con le sue figure organizzatorie (il «Responsabile della prevenzione della corruzione») i suoi piani, le sue responsabilità e le sue sanzioni, non poco richiama l'intelaiatura del dlgs n. 231 dell'8 giugno 2001.

Non va, infine, pretermesso che, per la lotta alla corruzione, è stata invocata anche una disciplina complessa e penetrante, configurante quasi un ordinamento penale speciale, come quello previsto per la lotta alla mafia⁹.

12. Le convenzioni internazionali e la l. n. 190 del 2012

Ed intanto, in campo sovranazionale, sono intervenuti vari ed importanti atti: vi è stata la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale furono coinvolti funzionari della Comunità europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, stipulata a Parigi il 17 dicembre 1997, ratificata, in Italia, con legge 29 settembre 2000, n. 300; la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla assemblea generale dell'ONU il 21 ottobre 2003, con risoluzione n. 58/a e recepita in Italia con legge 3 agosto 2009 n. 116; la Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata con legge 28 giugno 2012 n. 110; sempre sulla corruzione, convenzioni entrambe ratificate in Italia con l. 28 giugno 2012, n. 110. Tutte normative che hanno dato luogo ad una disciplina nuova e variegata, di cui il nostro ordinamento ha dovuto farsi carico, provvedendo a modifiche varie e con riferimento alle quali, anche formalmente, ha preso le mosse l'ultimo provvedimento legislativo in materia, la legge n. 190 del 2012 che, in modo organico ed innovativo, ha affrontato il problema della corruzione.

Le misure adottate da questo provvedimento anticorruzione si distinguono in 1. misure ordinamentali; 2. misure amministrative, sia con riferimento agli organi, sia con riferimento alle attività; 3. misure riguardanti i soggetti che agiscono nell'ambito dell'Amministrazione, a parte talune

⁸ In *Guri* n. 265 del 13 novembre 2012.

⁹ Dlgs 6 settembre 2011 n. 159 recante il «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione» che consta di quattro «libri» per un complesso di centoventi articoli, in *Guri* n. 226 del 28 settembre 2011, *suppl. ord.*

norme riguardanti specifici settori (appalti pubblici); 4. misure repressive.

Le prime – le misure ordinamentali – si sostanziano nella creazione dell'Autorità prevista dalla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione e dalla Convenzione penale sulla corruzione fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata con legge 28 giugno 2012 n. 110.

Le ulteriori misure si distinguono in tre specie: quelle ricadenti sull'organizzazione dell'amministrazione; quelle riguardanti la configurazione dell'attività dell'amministrazione; quelle riguardanti i soggetti della pubblica amministrazione.

In ordine a queste misure va ricordata l'importanza della figura del «Responsabile della prevenzione della corruzione» e la prescrizione dei piani anticorruzione, sia a livello nazionale, sia a livello delle singole amministrazioni.

13. La disciplina sulla trasparenza

Inoltre si è operata un'altra rilevante riforma: l'elevazione del principio di trasparenza dell'attività amministrativa a livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *m.*, della Costituzione: si può dire che, in tal modo, l'attività amministrativa compia un sostanziale salto di qualità, dal momento che essa è costituzionalmente conformata con l'obbligo della trasparenza, corrispettivo di un diritto sociale e civile costituzionalmente tutelato, anche nei confronti del potere legislativo, ivi compreso, ovviamente quello regionale.

La conoscibilità degli atti e dei documenti amministrativi costituisce, infatti, il fondamento della democrazia amministrativa degli Stati moderni, contrapponendosi a tutto ciò che si occulta per favorire interessi personali e di gruppo, configurandosi come esigenza di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità della pubblica Amministrazione e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini nonché l'imparzialità, il buon andamento e la legalità dell'azione amministrativa.

Un'amministrazione che, a mezzo della trasparenza, diviene, come si è detto, «una casa di vetro».

14. Le misure riguardanti i soggetti (nomina dirigenti, compatibilità, e conferimento di incarichi, ecc.)

E molto importanti sono altresì le norme e le misure che attengono alle posizioni dei soggetti, funzionari della P.A. ed ai quali sono attribuite

posizioni dirigenziali, nonché quelle che attengono alla conferibilità e alla compatibilità degli incarichi, alla candidabilità e alla eleggibilità mentre è previsto un codice di comportamento dei dipendenti di ogni pubblica amministrazione dove è previsto, un insieme di doveri di carattere giuridico ed etico che il pubblico dipendente sarà tenuto ad osservare per non incorrere in responsabilità disciplinare o, qualora ricorra altresì la violazione di leggi, regolamenti, doveri o obblighi, in responsabilità civile, amministrativa e contabile.

La finalità del codice di comportamento è quella di assicurare, da parte dei dipendenti pubblici, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e più in generale cura del pubblico interesse, ponendo altresì il divieto di accettare o richiedere qualunque forma di regalia o compenso in connessione con l'espletamento delle pubbliche funzioni, fatti salvi regali d'uso di modico valore ed entro i limiti delle normali relazioni di cortesia.

15. L'attuazione della legge anticorruzione

Un complesso ed articolato disegno organizzativo e procedimentale nonché di significative e talvolta stringenti misure soggettive è stato quindi posto in essere per attuare una lotta di prevenzione alla corruzione, sino a coinvolgere peculiari situazioni giuridiche di soggetti comunque investiti di pubbliche funzioni.

Una tale legge solo da poco inizia ad essere calata nella realtà delle Pubbliche Amministrazioni esistenti nel nostro variegato sistema pluristituzionale e nel complesso delle situazioni soggettive sussistenti.

E di un tale ritardo, in verità, non ci si può non dolere.

La fase di attuazione di una legge è sempre una delle fasi più difficili, anzitutto, per la complessità del nostro sistema, dove diverse sono le competenze e i poteri, taluni anche costituzionalmente tutelati, e, quindi, per le resistenze che si potrebbero incontrare, specie in presenza di situazioni consolidate.

Ed ogni indugio sull'attuazione di una legge non fa che aumentare le difficoltà, specie qualora si tratti di norme che richiedano slanci di ordine morale, un entusiasmo, se è consentito il termine figurato, dello spirito.

16. I valori dell'etica di servizio

E, se tutto quanto si è sommariamente richiamato è visto in filigrana, realmente esso non appare altro che un complesso di strumenti giuridici per la tutela e la realizzazione dei valori dei quali innanzi si è detto e che devono essere ricondotti a valori etici, ai valori di un'etica di servizio.

A ben vedere, infatti, anche in questa occasione non si può non ripetere quanto già in altre occasioni si è avuto modo di affermare.

Vale a dire che ruolo fondamentale svolge, in questa materia, l'etica, ed, in particolare, l'etica del servizio, cioè la propria, intima, tensione morale del funzionario pubblico o di chi comunque svolge pubbliche funzioni al suo corretto agire e alla sua missione che è sempre qualcosa di più dei meri obblighi e dei pur alti doveri.

Con la legislazione da ultimo emanata taluni valori sono particolarmente considerati dall'ordinamento.

Essi sono quelli dell'onestà del funzionario e della corretta spendita del pubblico danaro; della trasparenza dell'amministrazione, sicché essa sia «una casa di vetro», nella quale, ognuno, vedendo e specchiandosi, controlli e segua l'esercizio dell'imparzialità del pubblico funzionario, imparzialità intesa nel suo senso più alto, come attuazione del pubblico interesse che non subisca l'interferenza di altri interessi, come innanzi si è detto.

Se questi valori saranno attuati, le devianze saranno evitate e l'economia tutta, e, soprattutto, il vivere civile ne trarranno benefici.

Inoltre, va richiamata l'attenzione sulla necessità che, anche ai fini della lotta alla corruzione, la provvista dei pubblici uffici avvenga attraverso una seria selezione.

Una seria selezione presuppone una seria preparazione e questa è uno dei fattori che contribuisce alla formazione di quella "tensione morale" che è il sub-strato di ogni eticità.

Al contrario, un accesso ad un pubblico impiego, agli sviluppi delle varie responsabilità in questo, ed, in particolare, in quelle dirigenziali, veicolato da pratiche accomodanti o di patente illegittimità, se non addirittura palesemente inquinate, è la prima infezione delle pubbliche amministrazioni, il germe e l'*humus* di ogni altra corruzione.

E, poi, la sistematica formazione dei pubblici dipendenti, con il loro concorso, anche di sacrifici, deputata ad innalzare il livello di professionalità nei funzionari pubblici, che è funzionale ad un'applicazione coerente delle norme e, conseguentemente, al raggiungimento degli obiettivi di maggior trasparenza e prevenzione della corruzione.

V'è dunque la necessità di garantire un'effettiva formazione dei funzionari della P.A., in forza del fatto che ogni iniziativa di rinnovamento degli apparati amministrativi presuppone che, a cominciare dalla classe dirigente, vi sia chiara preparazione sia tecnica che professionale.

La figura soprattutto del dirigente deve essere ridefinita e costruita «in modo da esaltarne le capacità decisionali, la responsabilità e l'autonomia operativa» e aderente, come impronta teorica solida, ai «valori di imparzialità, di merito e di responsabilità propri della dirigenza pubblica»

Ed, anche a questo proposito, va affermato che una seria, collaudata, intrinseca, oserei dire, professionalità è un forte rimedio contro una cattiva gestione della pubblica amministrazione e la prima e forse la più plausibile e valida diga contro la corruzione.

Una strumentazione giuridica a tal fine è stata prevista, sta all'esecutore porla in essere ed attuarla e preservare gli intrinseci valori che ne sono a fondamento.

Anche se rispetto ad essa, come a proposito di ogni altra costruzione giuridica che voglia attuare alti ideali, il giurista e, con esso, ed, ancora più, l'operatore pratico e, primo tra tutti, il politico, avvertono subito la fragilità e la limitatezza della strumentazione di cui dispone se a questa non si accompagnano convinzioni profonde e vissute e l'afflato partecipe e solidale di tutti i membri della comunità.

17. L'estensione al mondo economico e delle imprese

Orbene, gli ultimi accadimenti che s'inseriscono in una infausta sequela di altri scandali, essenzialmente mai interrotta, ma che, anzi, sembra viepiù incrementarsi, induce a domandarsi se non siano necessarie ulteriori e più ampie riflessioni.

Senza dubbio, è al settore amministrativo che occorre avere una prioritaria, particolare, attenzione, dal momento che è in capo ad esso che si intestano le scelte degli investimenti, la provvista delle risorse, la loro erogazione, la conduzione delle istruttorie, i poteri decisionali, i definitivi provvedimenti.

E, quindi, è sempre necessario ribadire l'inderogabilità della costante, migliore, diffusione di comportamenti virtuosi, l'indispensabilità di un'alta professionalità a tutti i livelli, per la quale, va detto, che un'approfondita preparazione è la più valida difesa contro ogni corruzione, dal momento che la preparazione e la professionalità comunque ostacolano illeciti attacchi corruttivi.

Occorre poi sempre coltivare e salvaguardare l'immedesimazione organica tra il soggetto titolare della funzione e l'ufficio che esso ricopre, immedesimazione che significa impersonificazione (non privatizzazione che è invece la più deleteria delle forme di mala amministrazione e comunque una forma di corruzione), impersonificazione dell'ufficio e dell'interesse pubblico che occorre realizzare, sicché di esso personalmente si risponda.

Una rifondazione, in altre parole, delle pubbliche amministrazioni.

Ma il ripetersi e l'estendersi dei fenomeni delittuosi, che investono molti campi della nostra società, i più disparati settori e coinvolgono i più diver-

si soggetti, con diverse collocazioni professionali o con diverse mansioni e con le più variegate situazioni economiche e sociali, inducono a far ritenere che il fenomeno, il male, non è limitato al solo settore amministrativo ma che esso investa invece l'intero tessuto sociale della nostra società.

Se è consentita qualche considerazione che va al di là anche di quanto più propriamente ci pertiene, ormai non trattasi più di un fenomeno solo amministrativo e riguardante i funzionari o i politici, ma trattasi di un fenomeno che investe e riguarda tutta la società, tutti i suoi componenti, tutti noi, i campi più vasti della nostra società, i campi più disparati (la sanità, la scuola, l'università, la ricerca, i *media* e finanche lo sport per citarne solo alcuni).

Ed allora i valori ed i relativi rimedi che vengono in rilievo non sono soltanto i valori dell'etica pubblica o dell'etica del servizio dei quali si è detto; ed i rimedi non sono solo i rimedi giuridici delle misure amministrative, vale a dire di organizzazione o di cautele di cui pure si è detto, ma i valori sono quelli più ampi dell'etica in generale quelli che risuonano nell'intimo della nostra coscienza.

E, verosimilmente, i rimedi devono parimenti andare al di là del mondo delle misure giuridiche e devono riguardare riforme di struttura sociali, politiche, economiche.

E, quindi, per stare all'impostazione che innanzi si è dato, non è sufficiente richiamare soltanto i valori – e le norme – che innanzi si sono richiamati (gli artt. 54, 97, 98 Cost.), ma occorre richiamare altre norme ed indicare altri rimedi.

Occorre, quindi, ad esempio, richiamare l'art. 41 Cost. secondo il quale l'iniziativa economica privata è libera ma che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Le imprese devono divenire, quindi, esse stesse protagoniste della lotta alla corruzione.

In verità, il nostro ordinamento prevede, all'uopo, diverse normative riguardanti le imprese, sia con riferimento agli obblighi dei loro comportamenti, sia con riferimento ai modi stessi del loro conformarsi: lo stesso dlgo n. 231 del 2001 ne è, in questi sensi, un esempio.

Ma se queste norme – come purtroppo appare – non sono di per sé sufficienti, ciò che è necessario è che proprio lo spirito imprenditoriale si conformi a canoni etici, a quei valori che sono a fondamento della nostra comunità ed ai quali ripugnano le pratiche disoneste, la prevaricazione dell'interesse individuale, specie se smodato, sugli interessi pubblici.

Ed è solo rifacendosi a tutti questi Valori, nel nostro vivere quotidiana-

no, nei nostri rapporti con gli altri, nell'esplicazione delle nostre professioni o attività, che deprecabili fenomeni possono essere evitati.

Rimane infatti pur sempre vero quanto si ebbe modo di affermare in occasione dell'ultima relazione tenuta alla Camera dei Deputati nel 2010 come Presidente dell'autorità di vigilanza sui contratti pubblici, l'Autorità che molto avrebbe dovuto contribuire affinché non si perpetuassero i mali che oggi ci troviamo a lamentare.

In quell'occasione si ebbe modo di affermare – e si chiede scusa per l'autocitazione – «che nessuna semplificazione normativa, nessuna ingegneria organizzativa, né alcuna regola procedurale, per quanto dettagliata e stringente, può essere efficace, se dentro di essa non vi batta un cuore: quel più grande cuore, come diceva Croce, "che comprende in sé la ragione" e che batte per dare impulso ad un'attività onesta, corretta ed edificatrice di un solidale, alto, pubblico interesse».

Luigi Giampaolino**

SINTESI

Il saggio riguarda la tematica della lotta alla corruzione e, dopo brevi cenni di carattere generale su questo argomento, individua i valori, attraverso la cui salvaguardia, si può proficuamente combattere la corruzione. Questi valori sono ancorati alle scelte normativamente operate nella Costituzione italiana e, dopo quelli derivanti dai principi fondamentali (artt. 1, 2, 3, 4, 8), vengono individuati soprattutto i valori (art. 54, comma 1 e comma 2; art. 97 e art. 98) attinenti alla P.A. Si tratta, poi, dei rimedi per la salvaguardia di questi valori, che sono stati di volta in volta adottati nel nostro ordinamento: la «Legge Merloni», l. n. 109 dell'11 febbraio 1994; la "legge sulla responsabilità delle persone giuridiche", dlgs 8 giugno 2001, n. 231; la legge n. 190 del 2012 per la lotta all'illegalità e alla corruzione in esecuzione di convenzioni internazionali: il dlgs 14 marzo 2013, n. 33, sulla trasparenza.

Sono richiamati e illustrati alla fine i "valori dell'etica di servizio" e gli ulteriori rimedi che, nell'attuazione di questi, si possono porre in essere. Si ritiene, però, che i rimedi non possano limitarsi solo al settore amministrativo ma debbano investire pure il mondo dell'economia ed, in particolare, l'impresa in attuazione dell'art. 41 Cost.

**** Presidente Emerito della Corte dei Conti**

ABSTRACT

The essay concerns the issue of the fight against corruption and, after brief remarks of a general nature about this topic, identifies the values, through the protection of which, one can profitably fight corruption. These values are anchored to the choices made in the Italian Constitution and by law, and after those arising from fundamental principles (Articles 1, 2, 3, 4, 8) are the values identified above (Article 54, paragraph 1 and paragraph 2; Article 97 and Article 98) pertaining to the PA. After that are examined the remedies for the protection of these values, which have been adopted from time to time in our system: the "Law Merloni," l. n. 109 of 11 February 1994; the "law on the liability of legal persons", Decree June 8, 2001 n. 231; Law no. 190 of 2012 for the fight against illegality and corruption in implementation of international conventions: Decree March 14, 2013, n. 33 on transparency.

At the end are recalled and shown the "values of ethics of service" and further remedies that, by their implementation, can be put in place. It is believed, however, that the remedies can not be limited only to the administrative sector but also must invest the world economy and, in particular, the undertaking according to art. 41 of the Constitution.

RECENSIONI

Carlo Curti Gialdino, *Lineamenti di diritto diplomatico consolare*, Torino, Giappichelli, 2014, II ed., pp. XXXII-489, € 14,00

In un'ampia bibliografia dedicata al tradizionale diritto diplomatico-consolare, si inserisce la seconda edizione del presente manuale, contrassegnata da un momento di particolare sviluppo del diritto euro-comunitario del settore. Quest'ultimo invero sta vivendo una fase di "specializzazione", più che evidente nel settore delle relazioni esterne dell'Unione. Così che l'opera divisa in quattro parti, dedica proprio la sua principale attenzione all'ordinamento diplomatico-consolare di origine unionistico europeo (part. IV pp. 431-475). La relativa trattazione non si rinchiude nei limiti della normativa dedicata alla disciplina del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) presupponendo come parte essenziale dello stesso sia il diritto internazionale sia soprattutto il diritto nazionale armonizzato degli Stati membri dell'Unione. Il tutto ovviamente collocato in un ampio inquadramento teorico-sistematico comprensivo degli aspetti regolamentari dell'azione diplomatico-consolare europea. Ne risultano così bene illuminati i diritti alla protezione, di cui sono titolari i cittadini dell'Unione.

L'Autore della presente fortunata opera manualistica, è ben noto come A. di opere analoghe di carattere internazionalistico generale nonché unionistico-comunitario europeo. Di tale esperienza ampiamente si avvale nel definire l'impianto della sua opera, bene attenta ad accogliere la forte integrazione tra le norme consuetudinarie-convenzionali codificate in materia di relazioni e di funzioni diplomatico-consolari. Senza il necessario supporto di quest'ultime non sarebbe ipotizzabile un diritto diplomatico consolare europeo, il quale si pone come un cuneo ovvero un "ordinamento terzo" rispetto al diritto nazionale degli Stati membri. In un'ottica precipuamente comunitaristica l'A. individua un terzo settore definibile come

vero diritto istituzionale europeo, la cui specialità si caratterizza per l'autonomia delle fonti e per le caratteristiche di un'azione collettiva, destinata ad operare dentro e fuori dell'ambiente comunitario proprio degli Stati membri. Invero, mai come in questo settore sarebbe difficile immaginare un'autonomia sovrana propria dell'ordinamento comunitario europeo, il cui primato appare di facile affermazione rispetto agli Stati membri, ma di ben più sofisticato collegamento nelle relazioni esterne con gli Stati terzi.

Una particolare segnalazione va fatta al lettore con riferimento all'ampio apparato bibliografico del volume. Come è noto, infatti, il fenomeno diplomatico-consolare assume rilevanza in più settori scientifico-disciplinari, che vanno dal diritto euro internazionale vero e proprio alla storia dei trattati e delle relazioni internazionali, nonché alla storia diplomatica ed alla prassi diplomatica come nucleo essenziale dell'azione individuale e collettiva degli Stati e delle organizzazioni internazionali. Nel larghissimo apparato bibliografico compare pertanto il riferimento alla dottrina multidisciplinare degli ultimi cinque secoli, non senza qualche riferimento all'Europa pre-moderna. Altrettanto significativi sono gli sviluppi dedicati alle varie forme contemporanee di azione diplomatico-consolare, a sostegno dei diritti sia civili e sociali che economico amministrativi dei cittadini degli Stati membri e degli operatori dell'Unione. Addirittura qualche curiosità bibliografica riguarda le forme comunicative del settore a partire dall'epoca in cui lo strumento utilizzato dava il nome a tutta la disciplina (v. T. TASSO, *Il messaggero*, Venetia, 1582, 36 Carte – 72 fogli ante-retro). Nel complesso l'opera qui recensita appare preziosa anche in un'epoca caratterizzata dal diritto internazionale dell'informazione e della comunicazione, per la cui comprensione offre preziosi spunti e suggestioni per l'operatore pratico così come per tutti gli studiosi del settore.

Massimo Panebianco*

Giuseppe Guarino, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 185, € 14,00

Questo è un libro denso di idee. E quel che parimenti interessa, aderenti alla realtà: quella da cui molti giuristi, in specie quelli più *à la page*, rifugono.

* Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno

È scritto da un giurista dotato di visione non limitata al proprio ambito scientifico (in genere *strettamente* inteso). La cui tesi di fondo è che i guai provocati dall'euro (che siano guai è sicuro, e *Guarino* cita – all'uopo – ripetutamente i dati, drammaticamente sconcertanti, della stagnazione dei Paesi dell'area «euro»), siano dovuti ad un regolamento, illegale perché contrario al TUE (Maastricht), che ha realizzato un vero e proprio *golpe*. Scrive l'A. «Il golpe è stato attuato a mezzo del reg. 1466/97. Per la formazione del regolamento, come si è detto, si è fatto ricorso alla *procedura* di cui agli artt. 103, n. 5 e 189 c) TUE che, nello stesso momento in cui è stata utilizzata, è stata anche violata perché ce se ne è avvalsi per uno scopo diverso dall'unico previsto.

La procedura di cui agli artt. 103, n. 5 e 189 c) TUE in nessun modo avrebbe potuto essere impiegata per modificare norme fondamentali del Trattato. L'essersene avvalsi *configura una ipotesi non di semplice illegittimità*, bensì di *incompetenza assoluta*. Gli atti adottati sono di conseguenza non illegittimi, ma *nulli/inesistenti*. Il che comporta, a ragionare con precisione e consequenzialità giuridiche, la responsabilità degli organi dell'Unione e delle persone fisiche che lo hanno posto in essere. Per cui abrogare il predetto regolamento attraverso un *contrarius actus* non è nulla di illegale o illegittimo, ma è semplicemente il *ripristino* di una situazione di legalità internazionale, perché le norme votate dal Regolamento n. 1466/97 sono disposizioni di Trattato internazionale. Ma cosa ha prescritto il Regolamento n. 1466/97 in violazione sia delle norme dei Trattati sia degli obiettivi dell'Unione, come dei diritti degli Stati. Scrive *Guarino*: «Quanto all'Unione è stato modificato, in modo radicale ed irreversibile, l'*obiettivo principale*, consistente (artt. 2 e 3 TUE) nel conseguimento di uno sviluppo dalle caratteristiche e secondo le modalità previste nei suddetti articoli e *nell'aver abrogato, per aver regolato in modo diverso la intera materia, l'art. 104 c) TUE*, contenente la disciplina dei mezzi di cui gli Stati si sarebbero potuti avvalere per l'adempimento all'obbligo di promuovere sviluppo.

Quanto agli Stati la illecita variazione consiste nell'averli privati, con l'abrogazione degli artt. 102 A, 103, 104 c) TUE, nonché degli altri connessi, a mezzo di norme (quelle del reg. 1466/97) regolanti in modo diverso l'intera materia, degli unici *poteri politici* ad essi attribuiti in funzione alla conduzione economica dell'Unione», e aggiunge l'A. che ciò «*ha inciso sul carattere fondamentale dell'Unione, in assenza del quale gli Stati non sarebbero stati legittimati a parteciparvi, quello della "democraticità"*. È l'affermazione che tra tutte genera la massima incredulità».

L'acuto giurista sostiene che, per rimediare, e data la comprovata dannosità dell'attuale disciplina dell'euro, tra l'altro non conforme al TUE, ma

in violazione dello stesso, occorre, per i Paesi a rischio, un'uscita concertata dalla moneta unica, che non ha nulla di illegale, dato che significa il passaggio da paese *senza deroga* a paese con *deroga*, come ce ne sono – allo stato – undici nell'UE. La soluzione migliore sarebbe che lo facessero di concerto quattro o cinque Stati. Meglio se tra i promotori ci fossero la Francia e l'Italia.

Molti gli argomenti trattati dall'A. e con dispiacere il recensore, *ratione officii*, deve tralasciarli per concentrarsi su due che colpiscono più di altri i giuristi, e che sottolinea per i lettori.

Il primo riguarda la disciplina dell'euro, che *Guarino* definisce *robotizzata*: ossia di una moneta che non ha – sopra – un vertice politico decidente e decisivo, ma solo una regolazione normativa. Ma se è così (e così è) la regolamentazione dell'euro ha un pregio: verificare sul piano *fattuale* la non praticabilità di un assetto fondato sulla perfezione (bontà, saggezza) della normazione, senza un potere che diriga e all'occorrenza ne deroghi. L'idea del *nomos basileus* applicata, nel caso, alla moneta comune, si è rivelata illusoria. Il pensiero va a *de Maistre* e al suo giudizio *tranchant* «il n'est pas au pouvoir de l'homme de créer une loi qui n'ait besoin d'aucune exception». L'eccezione serve di tanto in tanto: ma la necessità di adeguarsi ai cambiamenti è costante. E la regolamentazione dell'euro non ne ha tenuto conto; essendo stato pensato (e ri-pensato) in un periodo di cambiamento, ha una disciplina che poteva essere congrua in periodi di stabilità – come quello dalla fine del secondo conflitto mondiale al crollo del comunismo – non lo è quando la situazione si "mette in movimento" (ossia negli ultimi vent'anni), per cui occorrono flessibilità, adeguamenti; cioè decisioni. Il tutto ricorda la critica che un altro acuto giurista, *Hauriou*, rivolgeva ad *Hans Kelsen* e al normativismo: che il giurista austriaco aveva immaginato un sistema statico, e per ciò *inadatto alla vita*, che è movimento ed alla quale il diritto si deve adeguare.

Ma come ci si può adeguare se il potere "adeguatore", cioè quello politico, manca? Essere guidati dall'impersonalità della norma, piuttosto che dalla personalità della decisione è una prospettiva forse seducente, ma del tutto irrealistica, come salire su un'automobile senza conducente: prima o poi si va a sbattere. È quello che hanno constatato gli europei. Si è sognata – nel XX secolo, la «Costituzione senza sovrano» (*Kirkheimer* – e tanti altri, dopo) per verificare che senza *sovrano* non può funzionare neppure la moneta.

Il secondo: a prescindere dalla lettera della normativa, farcita di buone ed appetibili intenzioni è al contenuto effettivo, e al senso delle norme che deve guardarsi. Come scrive *Guarino* «la modifica introdotta dal reg. 1466/97 rispetto al TUE (Maastricht), sul piano formale, è consistita nel-

l'abrogazione di un *diritto-potere*, quello degli Stati di concorrere alla crescita con la propria "*politica economica*", concorrendo così anche alla crescita dell'Unione, sostituendola con un *obbligo/obbligo*, gravante sugli Stati, avente come contenuto il pareggio del bilancio a medio termine, da conseguirsi nel rispetto di un programma predeterminato. Gli elaboratori delle norme non si sono resi conto delle conseguenze che sarebbero derivate dall'aver messo a base del sistema, un "obbligo" al posto di un "potere"». Di conseguenza il sistema *ha leso la libertà degli Stati*, ossia delle comunità di decidere come, quanto e in quali direzioni *crescere*. La libertà politica comunitaria è in primo luogo quella di scegliere scopi, mezzi e forme del vivere comune e si chiama *sovranità*; adesso non "va di moda" ma non se ne può prescindere, ancor meno di quanto si possa fare a meno della libertà individuale.

Nel complesso un libro che si consiglia di leggere dato il *surplus* di idee che lo connota. In un coro di banali cortigianerie agli *idola* ed ai potenti (economici, burocratici e politici) di turno sentire qualcuno che non canta nel coro (ed è molto intonato) è salutare e necessario.

Teodoro Katte Klitsche de la Grange**

Riccardo Pavoni, *Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 202, € 15,00

Il saggio del *Professor Pavoni* si inserisce meritamente nella dottrina che si interessa al rapporto tra protezione dell'ambiente e rispetto dei diritti umani, sviluppatasi costantemente, rispetto alla produzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani e di altri organi internazionali di garanzia, sin dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso. Il lavoro compiuto dall'A. trae spunto dalla posizione assunta da autorevole dottrina, che critica vigorosamente l'approccio metodologico essenzialmente individualista seguito dalla Corte europea nell'esame dei casi ambientali ad essa sottoposti e, pertanto, auspica che tale organo giurisdizionale ammetta presto davanti a sé la possibilità di un contenzioso ambientale nell'interesse pubblico. L'A., che condivide la posizione della dottrina appena ricordata, ritiene che tale mutamento permetterebbe alla Corte in

** Avvocato in Roma

La recensione è stata pubblicata anche sul sito internet <http://civiumlibertas.blogspot.it/2014/05/giuseppe-guarino-cittadini-europei-e.html>; è inoltre in corso di pubblicazione nella rivista *Behemoth* (www.behemoth.it) e nella rivista *Borghese*.

parola di modernizzare la sua giurisprudenza, riuscendo a far rientrare nel proprio sindacato quei casi, sempre più numerosi, in cui i rischi ambientali e le loro conseguenze si ripercuotono negativamente su interi gruppi di persone, se non sull'intera famiglia umana.

L'A. si prefigge di illustrare, approfondendola, la posizione dottrinale sopra ricordata e proporre alcune idee per riuscire a superare i limiti attuali del sindacato della Corte europea. Lo strumento fondamentale, utilizzato per portare a compimento questa missione, è l'analisi completa e puntuale dei casi più significativi trattati dalla Corte europea. Tale strumento è arricchito dalla comparazione della prassi di tale organo giurisdizionale con quella della Corte interamericana dei diritti umani e della Corte africana dei diritti dell'uomo. Da condividere sono i criteri che l'A. sceglie di utilizzare per individuare i casi giurisprudenziali su cui basare la propria analisi: il numero elevato degli individui interessati e l'ampia estensione delle zone geografiche in questione.

L'A. riesce egregiamente a portare a termine la propria missione tramite un saggio non molto lungo, ma non per questo superficiale e sbrigativo, scritto con scioltezza e in cui è evidente una riflessione approfondita che ha raggiunto una buona maturità. Inoltre, deve essere apprezzata la rigorosità ricostruttiva che l'A. ha nell'esame della giurisprudenza molto incerta della Corte europea. Il filo portante del ragionamento seguito dall'A. è evidente in tutto lo svolgimento dell'analisi e lo conduce a proporre due idee originali per superare i limiti attuali del sindacato della Corte europea. La prima idea consiste nel ricorso al dialogo (da alcuni chiamato anche *cross-fertilization*) tra le prassi giurisprudenziali dei tre organi regionali di garanzia in questione. La seconda riguarda l'utilizzo dei diritti ambientali procedurali come *passe-partout* per lo sviluppo di un approccio comune alle tre Corti, per quanto concerne la competenza a decidere ricorsi ambientali caratterizzati dalla presenza dell'interesse pubblico, soprattutto grazie ad un maggiore e migliore utilizzo della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 1998).

L'opera in esame è strutturata in quattro capitoli, rispettivamente intitolati: «Interesse pubblico alla tutela ambientale e limiti della competenza giurisdizionale della Corte europea dei diritti umani», «Interesse pubblico e tutela dell'ambiente nei sistemi interamericano e africano di garanzia dei diritti umani», «Garanzie procedurali e partecipative del pubblico in materia ambientale e Convenzione europea dei diritti umani» e «L'interesse pubblico come difesa dello Stato convenuto nei casi ambientali ai sensi della Convenzione europea». Nel primo capitolo l'A. ricostruisce in modo

rigoroso e chiaro i limiti *ratione personae* (il requisito della qualità di vittima, per chi propone un ricorso alla Corte europea) e *ratione materiae* (il divieto di *actio popularis* e le condizioni di applicabilità degli artt. 6 e 8 della Convenzione europea) della competenza giurisdizionale della Corte, i quali possono bloccare il sindacato nel merito dei ricorsi ambientali riguardanti questioni di interesse pubblico portati alla sua attenzione. Nel secondo capitolo l'A. illustra compiutamente la prassi delle Corti interamericana e africana in materia ambientale, mostrando come invece entrambe, con i dovuti adattamenti, riescono a prendere adeguatamente in considerazione le istanze di interesse generale connesse alla protezione dell'ambiente. Inoltre, l'A. pone in evidenza i rari, ma a parer suo molto utili, richiami che queste due Corti fanno l'una alla giurisprudenza dell'altra e a quella della Corte europea. Nel terzo capitolo l'A. affronta la questione dei diritti ambientali procedurali d'informazione, partecipazione e accesso alla giustizia nell'ottica della giurisprudenza della Corte europea e alla luce della Convenzione di Aarhus. Grazie a questa tematica l'A. dimostra che, sino ad ora, la Corte europea ha affidato alle garanzie procedurali il ruolo di mera dimensione di altri diritti, quali quello alla vita e quello alla vita privata, senza considerarle parti autonome e integranti del sistema creato dalla Convenzione europea. Tale capitolo dà conto degli inconvenienti di tale giurisprudenza e di alcuni sviluppi che lasciano intravedere un sostanziale mutamento di direzione. Infine, nel quarto capitolo l'A. mostra come l'interesse pubblico ambientale è, invece, preso in considerazione qualora richiamato dallo Stato convenuto a difesa del proprio agire. Nell'indagine, l'A. si sofferma su due aspetti distinti e connessi di tale situazione. In primo luogo, illustra le modalità con le quali la nozione di margine di apprezzamento dello Stato viene utilizzata dalla Corte europea nei casi riguardanti gli interessi ambientali e le contraddizioni di tale giurisprudenza. In secondo luogo, dà conto delle pronunce della Corte in parola nelle quali l'interesse pubblico alla protezione dell'ambiente ha dimostrato di essere uno strumento molto efficace per gli Stati convenuti, al fine di evitare pronunce di violazione derivanti da misure apparentemente incompatibili con i diritti di proprietà nonché alla vita privata e al domicilio. Questa parte dell'analisi è fondamentale per mettere in rilievo l'assoluta disparità di trattamento esistente nei procedimenti dinanzi alla Corte europea tra gli Stati e i singoli. Infatti, i primi hanno la possibilità di richiamare l'interesse generale ambientale al fine di giustificare con successo il proprio comportamento messo in discussione, mentre i secondi ne sono privati.

Il saggio in parola ha il pregio di fondarsi su numerosi casi giurisprudenziali, l'ultimo dei quali risale all'estate del 2013, e questo permette al lettore di avere una visione ampia e molto aggiornata della problematica trattata e delle proposte fatte dall'A. Tuttavia, uno dei pochi appunti che si possono muovere al volume riguarda proprio la quantità dei casi utilizzati e citati. Infatti, sulla base di tale dato, sarebbe stato auspicabile, e soprattutto utile per il lettore, l'inserimento nel volume di un elenco contenente la prassi giurisprudenziale, almeno quella più rilevante come è stato fatto per la bibliografia.

Un avvertimento è d'obbligo. Data la complessità della materia trattata e l'analisi approfondita effettuata dall'A., la lettura del saggio recensito non sembra essere facilmente fruibile da un lettore che non conosca già i fondamentali della tutela dei diritti umani e del funzionamento delle tre Corti prese in esame. Pertanto, l'opera qui recensita merita di essere segnalata soprattutto al lettore già esperto che vuole approfondire la tematica trattata.

Al fine di vedere le questioni ambientali d'interesse pubblico più compiutamente protette e il funzionamento della Corte europea migliorato è da augurarsi che il saggio del *Professor Pavoni* vada ad occupare il posto che merita non solo nella relativa dottrina italiana, ma anche in quella straniera e nella prassi dell'organo giurisdizionale in parola. Se il volume qui recensito fosse stato scritto in inglese, o al limite in francese, tale fine sarebbe stato sicuramente più immediato, in quanto l'analisi e le proposte dell'A. sarebbero state più accessibili al di fuori dell'Italia.

Per completezza è necessario sottolineare che il presente saggio, al di fuori del suo scopo principale appena illustrato, è un lavoro molto utile anche per altri due aspetti. Infatti, offre al lettore strumenti validi per valutare l'utilità e l'adequatezza di un eventuale ricorso ai meccanismi giurisdizionali di tutela dei diritti umani, allorquando interessi ambientali siano in gioco. Inoltre, e più in generale, l'analisi giurisprudenziale effettuata dall'A. è senza dubbio un caso di studio che contribuisce al dibattito esistente su ruolo, natura e limiti delle competenze della Corte europea.

Sabrina Urbinati***

*** Assegnista di ricerca in Diritto internazionale / Università degli Studi di Milano-Bicocca

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*

ELISA BARONCINI, *Professore aggregato di Diritto Internazionale / Università di Bologna, Alma Mater Studiorum; Associate Research Fellow, Leuven Centre for Global Governance Studies*

BERNARDO CALABRESE, *Dottorando in Diritto Pubblico Comparato e dell'Unione Europea / Università degli Studi di Udine*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

LUIGI GIAMPAOLINO, *Presidente Emerito della Corte dei Conti*

TEODORO KATTE KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Avvocato in Roma*

MARTA MORETTI, *Dottore di ricerca in Diritto Internazionale e dell'UE / Università La Sapienza; avvocato in Roma*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato in Milano*

ENRICO TRAVERSA, *Consigliere giuridico principale nel Servizio giuridico della Commissione europea*

SABRINA URBINATI, *Assegnista di ricerca in Diritto internazionale / Università degli Studi di Milano-Bicocca*

