

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LIII – n. 3 – *Luglio-Settembre 2014*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

Edoardo Rossi - Il diritto alla *privacy* nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa

(The Right to Privacy in The European and International Juridical Framework After the Recent Illegal Mass Surveillance Activities)

Pag. 331

COMMENTI

Matteo Gragnani e Nicola Coppola - La sentenza della Corte di giustizia sul *Salame Felino* risolve il caso di specie ma non l'equivoco sulla funzione svolta dalle indicazioni geografiche

(The Decision of the Court of Justice on "Salame Felino" Settles the Case at Issue but it does not Clarify the Function of Geographical Indications)

» 373

Maria Teresa Stile - Ancora sulla *res iudicata*: giudicato istantaneo o a formazione progressiva? Il caso *Pizzarotti*

(Again on res Judicata: Judged Immediate or Progressively formed? The Case Pizzarotti)

» 395

Adabella Gratani - Addebitabilità e proporzionalità dei costi ambientali. Principi europei e nazionali a confronto

(Attribution and Proportionality of Environmental Costs. Comparison Between European and National Principles)

» 429

- Daniela Fanciullo* - Il diritto al patrocinio a spese dello Stato nello spazio europeo di giustizia penale: verso una disciplina armonizzata? Pag. 447
(The right to Legal Aid Within the European Area of Criminal Justice: Towards Harmonized Rules?)
- Fausto Capelli* - Valorizzazione dei prodotti agroalimentari italiani tipici e tradizionali » 487
(Exploitation of Typical and Traditional Italian Food Products)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Ezio Perillo* - Noterelle sparse sulla teoria dei contro-limiti, sul procuratore europeo, sulla Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo » 491
(A Few Notes on the Theory of Counter-limits, the European Public Prosecutor's Office, the Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights)
- Antonia Corini* - Diritto europeo e diritto di famiglia: un focus sui diritti delle famiglie nell'Unione europea » 507
(European law and Family law: a Focus on the Rights of the Families in the European Union)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Una denominazione geografica non registrata in sede comunitaria può essere comunque tutelata da una disposizione nazionale purché tale disposizione non sia in contrasto con le norme Ue in materia di tutela di IGP e DOP e di libera circolazione delle merci

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2014 in causa n. C-35/13

Assica - Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi, Kraft Foods Italia SpA c. Associazione fra produttori per la tutela del «Salame Felino», La Felinese Salumi SpA, Salumificio Monpiù Srl, Salumi Boschi Fratelli SpA, Gualerzi SpA, Alinovi Tullio di Alinovi Giorgio & C. Snc, Salumificio Gastaldi di Gastaldi Franco & C. Snc, Boschi Cav.

Umberto SpA, Fereoli Mario & Figlio Snc, Salumificio Ducale Snc di Morini & Tortini, Fereoli Gino & Figlio Snc, Ronchei Srl, Salumificio B.R.B. Snc
(con commento di Matteo Gragnani e
Nicola Coppola)

Pag. 371

La Corte di giustizia si pronuncia sulla portata del principio dell'intangibilità del giudicato interno in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione

Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2014 in causa n. C-213/13

Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari, con l'intervento di: *Complesso Residenziale Bari 2 Srl, Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari, Giuseppe Albenzio*, in qualità di «commissario ad acta», Ministero della Giustizia, Regione Puglia
(con commento di Maria Teresa Stile)

» 393

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia precisa che l'utilizzo della lingua tedesca davanti ai tribunali della Provincia di Bolzano deve essere riconosciuta a tutti i cittadini dell'Unione

Sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 2014 in causa n. C-322/13

Ulrike Elfriede Grauel Rüffer c. Katerina Pokorná

» 417

La Corte di giustizia ha affermato che l'indennità finanziaria a titolo di ferie non godute si trasmette agli eredi del lavoratore anche in assenza di un'espressa richiesta da parte del soggetto interessato

Sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2014 in causa n. C-118/13

Gülray Bollacke c. K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG

» 419

La Corte di giustizia ha statuito che l'iscrizione all'albo in Italia degli *abogados* non costituisce un abuso del diritto

Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2014 in cause riunite n. C-58/13 e n. C-59/13

Angelo Alberto Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata (causa n. C-58/13) e *Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata* (causa n. C-59/13)

Pag. 420

La Corte di giustizia individua il momento in cui il volo aereo può essere considerato in ritardo ai sensi del Regolamento (Ce) n. 261/2004 sul diritto di compensazione in caso di ritardo prolungato

Sentenza della Corte di giustizia del 4 settembre 2014 in causa n. C-452/13

Germanwings GmbH c. Ronny Henning

» 422

La Corte di giustizia ha chiarito che il vettore aereo è libero di applicare un costo aggiuntivo per il trasporto nella stiva del bagaglio registrato dei passeggeri

Sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2014 in causa n. C-487/12

Vueling Airlines SA c. Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia

» 424

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Sì alle "ecotasse" comunali solo se è effettivo il danno all'ambiente. La Pubblica Amministrazione deve rispettare il diritto europeo

Sentenza del Consiglio di Stato n. 4756 del 2 luglio 2013-26 settembre 2013

Comune (Omissis) c. Consorzio e altri

(con commento di *Adabella Gratani*)

» 427

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Ad ulteriore garanzia del diritto ad un equo processo penale l'UE propone l'ammissione al gratuito patrocinio di indagati, imputati e ricercati in esecuzione del mandato di arresto europeo

Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o

imputati in procedimenti penali (2013/C 378/03)	Pag. 443
Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo	» 445
(con commento di <i>Daniela Fanciullo</i>)	
Consiglio europeo	
Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo, 16 luglio 2014	» 477
Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo, 30 agosto 2014	» 479

DOCUMENTAZIONE

Riconoscimento del Consorzio di tutela del Salame di Felino IGP per l'informazione, la promozione e la valorizzazione della denominazione IGP	
Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali del 19 giugno 2014 - Riconoscimento del Consorzio di Tutela del Salame Felino IGP e attribuzione dell'incarico di svolgere le funzioni di cui all'art. 14, comma 15, della legge 21 dicembre 1999, n. 526 per la IGP «Salame Felino»	» 483
(con nota di <i>Fausto Capelli</i>)	

LIBRI RICEVUTI

Alfonso Mattera, <i>La nostra europeità - Una storia millenaria. Dall'epopea di Maratona alla riunificazione dei popoli dell'Antico Continente</i>	» 513
Hanno collaborato a questo numero	» 515

ARTICOLI

IL DIRITTO ALLA *PRIVACY* NEL QUADRO GIURIDICO EUROPEO ED INTERNAZIONALE ALLA LUCE DELLE RECENTI VICENDE SULLA SORVEGLIANZA DI MASSA

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *La risoluzione dell'ONU del 26 novembre 2013: «The right to privacy in the digital age»* - 3. *Gli attuali strumenti normativi indicati nella risoluzione* - 3.1 *L'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966* - 3.2 *L'art. 8 della CEDU: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare»* - 4. *Il progetto di riforma della vigente normativa UE* - 4.1 *Le novità delle proposte della Commissione* - 4.2 *Lo stato attuale della procedura di approvazione del progetto di riforma* - 4.3 *I recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in tema di diritto alla privacy: la dichiarazione di invalidità della direttiva n. 2006/24/Ce sulla conservazione dei dati e la condanna a carico di Google Spain e Google Inc.* - 5. *La tutela della riservatezza nei recenti accordi internazionali in tema di Passenger Name Records* - 6. *Conclusioni.*

1. Introduzione

La recente vicenda internazionale riguardante il caso di Edward Snowden, ex tecnico della *Central Intelligence Agency* (CIA) e collaboratore della *Booz Allen Hamilton* (agenzia di tecnologia informatica consulente della NSA, *National Security Agency*, statunitense) ha sollevato nuovi quesiti intorno al diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali.

La vicenda "*datagate*" o "*NSAgate*", come rinominata dalla stampa nazionale e internazionale, ha avuto origine all'inizio del mese di giugno 2013 con la pubblicazione delle prime rivelazioni di Snowden sul quotidiano britannico «*The Guardian*» e sul «*Washington Post*». La pubblicazione delle rivelazioni si è protratta con particolare intensità per tutto il

mezzo di giugno, causando anche un'indagine della Procura federale statunitense per furto di proprietà governativa, comunicazione non autorizzata di informazioni e comunicazione volontaria di informazioni segrete a carico di Snowden. Con le sue rivelazioni l'ex collaboratore della NSA ha messo al corrente l'intera comunità internazionale delle attività di sorveglianza di massa condotte dall'Agenzia per la Sicurezza Nazionale statunitense mediante specifici programmi di intercettazione del traffico internet e del traffico telefonico. Vittime di tali operazioni illecite sono stati privati cittadini, come anche organi istituzionali di numerosi Paesi, incluse nazioni europee e istituzioni dell'Unione europea. Le veementi reazioni scatenatesi a livello globale sono legate sia alla qualità che alla quantità di informazioni riservate illecitamente ottenute. Sembra infatti che siano state raccolte informazioni personali e commerciali intercettando le conversazioni, oltre che di privati cittadini, anche di Capi di Stato e di Governo, di *leader* politici, di organi di governo, di diplomatici e di funzionari di primo livello della NATO, dell'ONU e dell'Unione europea.

I primi risvolti concreti della vicenda, a livello internazionale, vanno fatti risalire all'inizio del mese di novembre 2013 con la presentazione da parte di Brasile e Germania di una bozza di risoluzione intitolata «Il diritto alla *privacy* nell'era digitale» (*The right to privacy in the digital age*). A dimostrazione della grande preoccupazione suscitata dalla vicenda nella comunità internazionale, la stessa risoluzione è stata prontamente approvata il 26 novembre 2013 *per consensus* (senza votazione formale) dalla terza Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

2. La risoluzione dell'ONU del 26 novembre 2013: «*The right to privacy in the digital age*»

La questione ha assunto concreta rilevanza internazionale, come detto, al momento del coinvolgimento delle Nazioni Unite. In particolare, con tale operazione, la comunità internazionale ha manifestato chiaramente la volontà di porre freno alle illecite attività di intercettazione e sorveglianza di massa poste in essere su scala globale. La risoluzione testimonia infatti la preoccupazione suscitata in relazione all'impatto negativo che attività di intercettazione, sorveglianza, controllo e raccolta di dati riservati possono avere sul godimento dei diritti umani e sulla sicurezza nazionale.

Già nella prima parte della risoluzione, nel preambolo, emerge la causa principale che ha spinto l'ONU ad attivarsi. Nello specifico, vi è un riferimento, più o meno esplicito, alle recenti vicende, ove l'Assemblea ge-

nerale si dice «profondamente preoccupata per l'impatto negativo che la sorveglianza e/o l'intercettazione di comunicazioni, inclusa la sorveglianza extraterritoriale e/o l'intercettazione di comunicazioni, in aggiunta alla raccolta di dati personali, in particolare quando portata su scala di massa, può avere sull'esercizio e sul godimento dei diritti umani»¹.

Ad ogni modo vi sono anche ulteriori motivazioni, espresse all'interno del preambolo, che hanno portato all'adozione della risoluzione stessa. In particolare, l'Assemblea sottolinea l'importanza delle conseguenze legate al «rapido ritmo dello sviluppo tecnologico» (*the rapid pace of technological development*), il quale, da un lato, «permette agli individui di tutto il mondo di utilizzare nuove informazioni e tecnologie di comunicazione» e, dall'altro, «incrementa la capacità di Governi, società e individui di intraprendere sorveglianza, intercettazione e raccolta di dati, che possono violare o ledere i diritti umani»².

L'Assemblea, inoltre, cogliendo l'occasione per ribadire la necessità che vengano tutelati diritti, libertà e principi sanciti dalla Carta delle Nazioni Unite (1945), dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e dai due Patti internazionali sui diritti civili, politici, economici e sociali del 1966, si sofferma sul diritto alla *privacy* come diritto dell'uomo in quanto tale («*the human right to privacy*») e come importante presupposto per l'esplicazione della libertà di espressione, elemento essenziale di ogni società democratica. Lo stesso diritto alla *privacy* viene riaffermato nelle sue due componenti: da una parte, il diritto a non subire interferenze arbitrarie o illegittime nella propria *privacy*, nella propria vita familiare, nella propria casa e nella propria corrispondenza («*no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence*»); dall'altra, il diritto a ricevere la tutela dell'ordinamento contro tali interferenze («*the right to the protection of the law against such interferences*»).

Il vero e proprio nucleo della risoluzione, la parte operativa, si sviluppa su sei punti. Nei primi tre viene ribadito quello che già appare chiaro dalla lettura dei preamboli, ossia il riconoscimento dell'importanza del ruolo del *web* come strumento di progresso nonché la riaffermazione del

¹ Il testo in lingua originale, disponibile sul sito dell'ONU, <http://www.un.org/en/ga/68/resolutions.shtml>, recita: «Deeply concerned at the negative impact that surveillance and/or interception of communications, including extraterritorial surveillance and/or interception of communications, as well as the collection of personal data, in particular when carried out on a mass scale, may have on the exercise and enjoyment of human rights».

² Letteralmente, il rapido ritmo dello sviluppo tecnologico «enables individuals all over the world to use new information and communication technologies and at the same time enhances the capacity of Governments, companies and individuals to undertake surveillance, interception and data collection, which may violate or abuse human rights».

diritto alla *privacy*, come disciplinato dall'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966³. Importante è sottolineare la precisazione dell'Assemblea nel dire che gli stessi diritti che sono garantiti *offline* devono essere garantiti anche *online*, incluso il diritto alla *privacy*⁴.

Punto nevralgico dell'intera risoluzione sono le articolate raccomandazioni rivolte agli Stati. In particolare, si raccomanda agli Stati di rispettare e tutelare il diritto alla *privacy* (anche nel contesto della comunicazione digitale) e di adottare misure, anche preventive, per porre fine alle violazioni verificatesi nel recente passato. Inoltre, la risoluzione richiede agli Stati stessi di riesaminare le proprie procedure, pratiche e legislazioni relative alla sorveglianza e all'intercettazione di comunicazioni e di dati personali, inclusi i sistemi di sorveglianza di massa, sotto l'ottica del rispetto del diritto alla *privacy*, assicurandosi di dare piena ed effettiva attuazione a tutti gli obblighi derivanti dalle norme internazionali a tutela dei diritti umani. Da ultimo, la risoluzione raccomanda agli Stati di istituire o mantenere appositi organismi indipendenti interni con compiti di vigilanza («*independent, effective domestic oversight mechanisms*») in grado di scongiurare e punire pratiche lesive del diritto alla riservatezza degli individui.

Seguendo il consueto modo di procedere delle risoluzioni, viene richiesto all'Alto Commissario per i diritti umani di presentare, nelle prossime sessioni di lavoro, uno specifico rapporto al Consiglio dei diritti umani e all'Assemblea generale, in tema di protezione e promozione del diritto alla *privacy* nel contesto delle attività nazionali ed extraterritoriali di sorveglianza e di intercettazione, anche su scala di massa.

In un apposito comunicato emesso dallo *United Nations Department of Public Information*⁵ vengono pubblicate le favorevoli reazioni degli Stati⁶

³ Il testo dell'art. 17 del Patto così dispone: «Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni». Questo differisce dal testo dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) soltanto per un piccolo particolare. Infatti, mentre nella Dichiarazione si fa riferimento esclusivamente ad interferenze arbitrarie («*arbitrary interferences*») o lesioni dell'onore e della reputazione («*attacks upon his honour and reputation*»), nel Patto tali interferenze e lesioni, oltre che arbitrarie, vengono qualificate anche come illegittime («*arbitrary or unlawful interference and unlawful attacks on his honour and reputation*»).

⁴ In particolare l'Assemblea afferma che: «The same rights that people have offline must also be protected online, including the right to privacy».

⁵ Tale documento è reperibile sul sito ufficiale delle Nazioni Unite, nell'apposita sezione dedicata allo *United Nations News Centre*, fonte ufficiale di informazione sulle attività dell'Organizzazione, al link <https://www.un.org/News/Press/docs/2013/gashc4094.doc.htm>.

⁶ Tra le reazioni favorevoli colpiscono quelle particolarmente calde della Corea del Nord: «The draft was timely and had been tabled in the appropriate forum. It was a reaction to the

all'adozione della risoluzione, tra cui spiccano le significative parole dei rappresentanti del Brasile, che aveva depositato la bozza di risoluzione insieme alla Germania, con le quali viene ribadito che i diritti umani devono necessariamente essere tutelati allo stesso modo sia *online* che *offline*⁷.

Benché le risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite non siano giuridicamente vincolanti⁸, la risoluzione adottata si pone come un importante strumento a difesa del diritto alla *privacy* degli individui. L'importanza della risoluzione risiede, in primo luogo, nel fatto che essa si pone come il più grande pronunciamento dell'ONU degli ultimi decenni in materia di *privacy* e, in secondo luogo, nel fatto che non può essere negato *a priori* che la risoluzione stessa potrebbe ricoprire un ruolo importante nel cammino verso una nuova ed integrale regolamentazione in tema di spionaggio in tempo di pace. D'altro canto, sebbene sia stata criticata da alcuni Stati l'assenza nel testo della risoluzione di un accenno ad uno specifico meccanismo internazionale a garanzia del diritto alla *privacy*⁹, va evidenziato, come peraltro ha fatto anche la stessa Assemblea all'interno della risoluzione, che esistono già strumenti (sebbene non propriamente specifici) posti a tutela del diritto alla *privacy*, come l'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, sul cui rispetto vigila il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, e l'art. 8 della Con-

massive electronic surveillance activities conducted by one country that had shocked public opinion»; nonché quelle del Bolivia: «The right to privacy was an issue linked to State sovereignty and to the right to defend natural resources. It was the duty of all States to protect the privacy of their peoples». Curiose invece appaiono le dichiarazioni degli Stati Uniti e dei quattro paesi accusati di collaborare alle attività di sorveglianza globale degli stessi U.S.A., cioè Regno Unito, Canada, Australia e Nuova Zelanda. Questi infatti non si pronunciano esprimendo pieno favore per l'adozione della risoluzione, come ci si aspetterebbe per una risoluzione adottata senza bisogno di una votazione formale, ma si limitano a manifestare il proprio gradimento per la distinzione tra sorveglianza regolare e sorveglianza di massa («Canada said unlawful and arbitrary surveillance infringed the rights of individuals and welcomed the distinction that the draft resolution made between regular and mass surveillance»), a riconoscere l'importanza di internet nella protezione dei diritti dell'uomo («The representative of Australia said she recognized the Internet's importance in protecting and promoting other rights [...]. Digital communications also provided a platform to advocate for human rights, cautioning that, despite its many benefits, it also posed risks») o a difendere pubblicamente la propria posizione («The representative of the United States said her country had long championed the right to privacy and to freedom of expression as pillars of democracy and reaffirmed the relevant human rights instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights»).

⁷ Precisamente si legge: «Through this resolution, the General Assembly establishes, for the first time, that human rights should prevail irrespective of the medium and therefore need to be protected both offline and online».

⁸ Cfr. U. DRAETTA - M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 80-81; B. CONFORTI - C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2010, pp. 262-263.

⁹ A conferma di questa affermazione si veda la prima parte del succitato comunicato: «Following the approval, some delegates stressed the need for agreed international human rights mechanisms in relation to ensuring privacy and freedom of expression. Some expressed regret over the lack of a specific reference to such mechanisms in the draft».

venzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sulle cui violazioni si pronuncia la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

3. Gli attuali strumenti normativi indicati nella risoluzione

3.1 *L'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966*

Passando in rassegna i documenti internazionali sui diritti umani e le altre fonti internazionali che si occupano del diritto alla *privacy* e della protezione dei dati personali si evince che uno dei primi strumenti giuridici internazionali vincolanti a trattare la materia del diritto alla *privacy* è il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966¹⁰.

L'articolo è suddiviso in due paragrafi con intenti distinti ma tra loro correlati. Il primo paragrafo sancisce il diritto a non essere oggetto di interferenze arbitrarie o illegittime («*arbitrary or unlawful interference with his privacy*»), riconoscendo dunque il diritto alla *privacy* in senso stretto. A fronte di ciò, il secondo paragrafo pone un dovere positivo in capo agli Stati parte del Patto. Nello specifico si tratta dell'obbligo di tutelare gli individui dalle interferenze illegittime o arbitrarie indicate nel primo paragrafo («*everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*»).

Per meglio analizzare il contenuto dell'articolo è imprescindibile prendere in esame il *General Comment* n. 16 del 1988¹¹ del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, che ha proprio ad oggetto la spiegazione del contenuto dell'art. 17 del Patto.

Innanzitutto, con riferimento al primo paragrafo dell'art. 17, è bene precisare che, secondo il Comitato, sono ricomprese nel concetto di «interferenze arbitrarie o illegittime» sia quelle provenienti da autorità statali, che quelle provenienti da persone fisiche o giuridiche («*all such interferences and attacks whether they emanate from State authorities or from natural or legal persons*»). Parlare di interferenze «illegittime» significa

¹⁰ Anche se è pur vero che il testo dell'art. 17 del Patto riprende in forma quasi identica la formulazione dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la stessa è pacificamente ritenuta non vincolante per gli Stati, al contrario dei due Patti internazionali del 1966. All'art. 12, la Dichiarazione sancisce che: «No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks», riconoscendo dunque il diritto alla riservatezza come diritto dell'uomo.

¹¹ Il testo integrale di tutti i *General Comments* del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite sono consultabili sul sito dell'Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani www.ohchr.org nella apposita sezione destinata al Comitato dei diritti dell'uomo <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/>.

non ammettere interferenze, salvo nei casi in cui ciò sia previsto dalla legge dello Stato parte sul cui territorio ha luogo la potenziale attività di interferenza¹². Il riferimento ad interferenze «arbitrarie» è altrettanto rilevante, in quanto, con tale espressione, vengono ricomprese anche quelle interferenze che, pur essendo previste dalla legge, sono in disaccordo con le previsioni, le finalità e gli obiettivi del Patto (*«even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant»*) o, in ogni caso, non ragionevoli in relazione alle specifiche circostanze (*«reasonable in the particular circumstances»*).

Il secondo paragrafo dell'articolo pone in capo agli Stati parte del Patto il dovere di tutelare gli individui contro le interferenze di cui al primo paragrafo. In proposito, nonostante il testo dell'articolo parli di «tutela della legge» (*protection of the law*), nel *General Comment* n. 16, al par. 2¹³, viene sottolineata, in assenza di un riferimento esplicito alle modalità di attuazione di tale obbligo, la discrezionalità riconosciuta agli Stati nell'adozione delle misure positive richieste.

Anche per quel che riguarda l'illustrazione del contenuto del diritto alla *privacy*, sancito dall'art. 17, il *General Comment* n. 16 è particolarmente esaustivo. Al par. 10 dello stesso vengono infatti indicate tutte le componenti di tale diritto: il diritto di conoscere se e quali dati siano memorizzati in banche dati e per quali scopi (*«the right to ascertain in an intelligible form, whether, and if so, what personal data is stored in automatic data files, and for what purposes»*), il diritto di sapere quali soggetti pubblici o privati controllino tali dati (*«every individual should also be able to ascertain which public authorities or private individuals or bodies control or may control their files»*) e il diritto di rettifica o eliminazione dei dati personali non corretti o illegittimamente raccolti (*«If such files contain incorrect personal data or have been collected or processed contrary to the provisions of the law, every individual should have the right to request rectification or elimination»*).

¹² *General Comment* n. 16, par. 3: «The term «unlawful» means that no interference can take place except in cases envisaged by the law. Interference authorized by States can only take place on the basis of law, which itself must comply with the provisions, aims and objectives of the Covenant».

¹³ *General Comment* n. 16, par. 2: «In this connection, the Committee wishes to point out that in the reports of States parties to the Covenant the necessary attention is not being given to information concerning the manner in which respect for this right is guaranteed by legislative, administrative or judicial authorities, and in general by the competent organs established in the State. In particular, insufficient attention is paid to the fact that article 17 of the Covenant deals with protection against both unlawful and arbitrary interference. That means that it is precisely in State legislation above all that provision must be made for the protection of the right set forth in that article. At present the reports either say nothing about such legislation or provide insufficient information on the subject».

Competente a giudicare sulle violazioni delle norme del Patto è il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, il quale è inserito nel novero degli strumenti utilizzabili, anche dagli individui, per ricorrere contro le inosservanze degli Stati¹⁴. Si tratta di un organismo internazionale, imparziale e dotato di poteri sanzionatori, previsto dallo stesso Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 all'art. 28¹⁵, con compiti di controllo sull'adempimento degli obblighi imposti agli Stati. Il Comitato è considerato uno degli organismi «quasi giudiziari», differenti rispetto ai meccanismi «giudiziari» in quanto, pur essendo entrambi composti da individui indipendenti, gli atti che vengono adottati non sono ritenuti pienamente vincolanti nei confronti degli Stati¹⁶. Tuttavia, a norma dell'art. 40 del Patto, gli Stati parte sono tenuti a presentare, su richiesta del Comitato, rapporti sulle misure adottate per dare attuazione ai diritti riconosciuti nel Patto nonché sui progressi compiuti nel godimento di tali diritti¹⁷. Il Comitato, dopo aver esaminato i rapporti, trasmette agli Stati ed al Consiglio economico e sociale le proprie osservazioni generali.

Inoltre, il Comitato può pronunciarsi, previo riconoscimento della competenza da parte degli Stati in base all'art. 41 del Patto, sulle comunicazioni ricevute da uno Stato parte che ritenga che un altro Stato non abbia adempiuto agli obblighi previsti dal Patto stesso.

Ai sensi del primo Protocollo opzionale al Patto, il Comitato può pronunciarsi, previo esaurimento delle vie di ricorso interne, anche sulle comunicazioni provenienti dagli individui¹⁸ che ritengano di essere vittime di violazioni di diritti attribuiti dal Patto, a condizione che lo Stato coinvolto abbia aderito al primo Protocollo stesso. La questione non deve essere

¹⁴ Si veda anche C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 262-263.

¹⁵ Art. 28 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, par. 1: «There shall be established a Human Rights Committee (hereafter referred to in the present Covenant as the Committee). It shall consist of eighteen members and shall carry out the functions hereinafter provided».

¹⁶ T. SCOVAZZI - G. CITRONI, *Corso di diritto internazionale, III, La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 96-97.

¹⁷ Art. 40 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, par. 1: «The States Parties to the present Covenant undertake to submit reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made in the enjoyment of those rights: (a) Within one year of the entry into force of the present Covenant for the States Parties concerned; (b) Thereafter whenever the Committee so requests».

¹⁸ Art. 1 primo Protocollo opzionale al Patto, consultabile in <http://www.ohchr.org/>: «A State Party to the Covenant that becomes a Party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party to the Covenant which is not a Party to the present Protocol».

contemporaneamente pendente dinanzi ad un altro organo internazionale di risoluzione delle controversie.

Impulso alla procedura dinanzi al Comitato viene data dalla comunicazione del ricorrente. A questa segue la verifica della sussistenza dei requisiti fondamentali¹⁹ e la trasmissione della comunicazione allo Stato interessato, il quale ha facoltà di presentare dichiarazioni e fornire spiegazioni. L'esame della comunicazione viene effettuato a porte chiuse. Quindi il Comitato redige le proprie osservazioni e, qualora vengano riscontrate violazioni, formula raccomandazioni sulle misure di riparazione che lo Stato convenuto dovrebbe adottare.

Al fine di verificare l'esecuzione delle osservazioni del Comitato viene nominato annualmente un relatore speciale per l'esecuzione delle osservazioni, con il compito di valutare se le raccomandazioni formulate dal Comitato siano state rispettate. Le osservazioni e le raccomandazioni del Comitato non sono generalmente ritenute immediatamente vincolanti, anche se il Comitato non esita a ribadire l'autorevolezza e la rilevanza dei propri atti nei confronti degli Stati²⁰.

Il ruolo del Comitato assume particolare importanza soprattutto con riguardo all'incremento del grado di tutela dei diritti umani che esso può garantire nelle aree in cui non operano meccanismi regionali di tutela a carattere giurisdizionale. Non serve ricordare che questo non è il caso del continente europeo, dove opera, con particolare intensità, la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la quale, di anno in anno, incrementa il numero di sentenze emesse, anche in tema di diritto alla *privacy* e protezione dei dati personali.

3.2 *L'art. 8 della CEDU: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare»*

Anche la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali contiene una disposizione relativa al diritto

¹⁹ Tra i requisiti fondamentali di cui va verificata la sussistenza si segnalano: il riconoscimento della competenza del Comitato da parte degli Stati parte (art. 41 del Patto e art. 1 del primo Protocollo opzionale); il previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 2 del primo Protocollo opzionale); la sottoscrizione della comunicazione e il fatto che essa non costituisca abuso di diritto (art. 3 del primo Protocollo opzionale) e l'assenza di pendenza della questione di fronte ad altri organismi internazionali di risoluzione delle controversie (art. 5 del primo Protocollo opzionale).

²⁰ Anche di recente il Comitato si è pronunciato in tal senso con il *General Comment* n. 33 del 2009 (consultabile in <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/>) affermando, al par. 20, che: «Most States do not have specific enabling legislation to receive the views of the Committee into their domestic legal order. The domestic law of some States parties does, however, provide for the payment of compensation to the victims of violations of human rights as found by international organs. In any case, States parties must use whatever means lie within their power in order to give effect to the views issued by the Committee».

to alla *privacy*. Si tratta dell'art. 8 CEDU²¹, il cui contenuto è stato, come avviene non di rado, progressivamente aggiornato dall'articolata giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il testo dell'articolo è suddiviso in due paragrafi: nel primo viene riconosciuto il diritto alla *privacy*, composto dal diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza; il secondo paragrafo, invece, nell'affermare che non vi possono essere ingerenze di autorità pubbliche nell'esercizio del diritto alla *privacy*, prevede una clausola di limitazione espressa, in virtù della quale sono considerate ammissibili solo quelle interferenze disposte dalla legge²² e necessarie per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine, per la prevenzione di reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione di diritti e libertà altrui²³.

Nell'analisi del dato normativo è imprescindibile prendere in esame la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La stessa, infatti, si è diffusamente e ripetutamente pronunciata sia in merito all'inquadramento del concetto di «*privacy*», come sancito dal primo paragrafo dell'art. 8, sia in riferimento al contenuto degli obblighi previsti a carico degli Stati contraenti.

Analizzando la giurisprudenza di Strasburgo, con particolare riguardo per la definizione di «*privacy*», si evince che la Corte ha principalmente compiuto un'operazione di interpretazione estensiva della nozione di «vita privata» contenuta nel primo paragrafo dell'art. 8. La Corte ha infatti precisato che «vita privata è un termine ampio non suscettibile di una definizione esaustiva»²⁴, dunque ricomprendendovi di volta in volta il trattamen-

²¹ Art. 8 CEDU, Diritto al rispetto della vita privata e familiare: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

²² Su questo concetto si veda anche D. J. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 344-345.

²³ L'importanza di tale clausola di limitazione sta anche nell'evidenziare il carattere non assoluto del diritto alla *privacy*. Tale carattere è peraltro confermato dalla possibilità di deroga ex art. 15 CEDU (Deroga in caso di stato di urgenza) e della possibilità di riserva ex art. 57 CEDU (ad oggi, ad esempio, l'art. 8 è oggetto di riserva da parte del Liechtenstein e del Principato di Monaco).

²⁴ «Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition». Questa è la frase più volte pronunciata dalla Corte (si vedano in proposito sentenza del 28 gennaio 2003, par. 57, *Peck c. UK*, ricorso n. 44647/98, e sentenza del 17 luglio 2003, par. 36, *Perry c. UK*, ricorso n. 63737/00). Il medesimo punto di vista è stato espresso anche in dottrina (si veda in tema D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. *supra*, nota 22, pp. 364-365).

to²⁵ di immagini fotografiche²⁶, di registrazioni audio²⁷, nonché di filmati video²⁸. Tale atteggiamento della Corte di Strasburgo è senza dubbio motivato dall'esigenza di adattare il contenuto della Convenzione al mutare dei

²⁵ Il concetto di «trattamento» ricomprende le attività di registrazione, di conservazione e di divulgazione di dati personali, come affermato dalla stessa Corte (Cfr. sentenza della Corte EDU del 26 marzo 1987, par. 48, *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81: «Both the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1»). In proposito si veda anche M. E. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, V, 2011, p. 478.

²⁶ Si veda sentenza della Corte EDU del 28 ottobre 1994, par. 84-86, *Murray c. UK*, ricorso n. 14310/88, in cui il ricorrente lamenta una violazione dell'art. 8 per la registrazione di dati personali e di immagini fotografiche (par. 84: «The first applicant complained of the manner in which she was treated both in her home and at the Army centre; in the latter connection she objected to the recording of personal details concerning herself and her family, as well as the photograph which was taken of her without her knowledge or consent»). Benché nel caso concreto l'interferenza verrà ritenuta giustificata dalla legge («in accordance with law»), la Corte ritiene fuor di dubbio che la condotta del convenuto abbia integrato un'ingerenza nell'esercizio del diritto alla *privacy* del ricorrente (par. 86: «It was not contested that the impugned measures interfered with the applicants' exercise of their right to respect for their private and family life and their home»).

²⁷ In proposito, nella sentenza del 28 gennaio 2003, par. 59, *Peck c. UK*, ricorso n. 44647/98, la Corte afferma che: «The recording of their voices for further analysis was regarded as the processing of personal data about them amounting to an interference with their right to respect for their private lives». Analogo è il caso *P.G. e J. H. c. UK*, ricorso n. 44787/98, sentenza 25 settembre 2001, par. 59, ove le conversazioni telefoniche vengono assimilate al concetto di vita privata e di corrispondenza: «The Court's case-law has, on numerous occasions, found that the covert taping of telephone conversations falls within the scope of Article 8 in both aspects of the right guaranteed, namely, respect for private life and correspondence. [...] A permanent record has nonetheless been made of the person's voice and it is subject to a process of analysis directly relevant to identifying that person in the context of other personal data. Though it is true that when being charged the applicants answered formal questions in a place where police officers were listening to them, the recording and analysis of their voices on this occasion must still be regarded as concerning the processing of personal data about the applicants». E ancora, al par. 60, si legge che: «The Court concludes therefore that the recording of the applicants' voices when being charged and when in their police cell discloses an interference with their right to respect for private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention».

²⁸ Nel caso *Köpke c. Germania*, ricorso n. 420/07, sentenza del 5 ottobre 2010, par. A.1., *Applicability of Article 8*, la Corte è particolarmente esplicita nell'affermare che anche le videoregistrazioni rientrano pienamente nel concetto di «vita privata»: «The Court notes that in the present case a video recording of the applicant's conduct at her workplace was made without prior notice on the instruction of her employer. The picture material obtained thereby was processed and examined by several persons working for her employer and was used in the public proceedings before the labour courts. The Court is therefore satisfied that the applicant's "private life" within the meaning of Article 8 § 1 was concerned by these measures». Negli stessi termini si pongono le pronunce della Corte relative al caso *Perry c. UK*, ricorso n. 63737/00, sentenza 17 luglio 2003 (par. 43: «The Court considers therefore that the recording and use of the video footage of the applicant in this case discloses an interference with his right to respect for private life») e al caso *Peck c. UK*, ricorso n. 44647/98, sentenza del 28 gennaio 2003, par. 63, dove viene stabilito che: «Accordingly, the Court considers that the disclosure by the Council of the relevant footage constituted a serious interference with the applicant's right to respect for his private life».

tempi, in modo tale da rendere la Convenzione stessa uno strumento costantemente aggiornato, legato al presente e pronto ad accogliere il futuro.

L'importanza del ruolo della Corte sta anche nell'aver puntualizzato il contenuto degli obblighi a carico degli Stati nel contesto della tutela del diritto alla *privacy*. Oltre all'esplicito obbligo negativo di astenersi dal compiere ingerenze illecite nell'esercizio del diritto alla *privacy*, previsto nella prima parte del secondo paragrafo dell'art. 8²⁹, la Corte ha gravato gli Stati contraenti anche di un obbligo positivo costituito dal dovere di impegnarsi attivamente al fine di garantire l'effettivo godimento del diritto alla *privacy*³⁰. Tale obbligo deriva dall'interpretazione orientata, evidente nella giurisprudenza della Corte, del concetto di «diritto al rispetto»³¹, contenuto nel primo paragrafo dell'articolo in esame. In particolare, gli obblighi positivi a cui gli Stati sono tenuti consistono nell'adozione di misure concrete, dirette a garantire che il godimento del diritto alla *privacy* sia effettivo. Tentare di circoscrivere le misure che gli Stati sono tenuti ad adot-

²⁹ Art. 8 CEDU, par. 2: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto (...)».

³⁰ In dottrina si parla in proposito di teoria delle obbligazioni positive. In particolare si segnala, anche per la chiarezza espositiva, D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. *supra*, nota 22, p. 342.

³¹ Sin dagli anni Settanta la Corte di Strasburgo si è espressa in tal senso con due pronunce che possono essere ritenute le prime di un lungo filone giurisprudenziale. Nel primo caso, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, par. 31, la Corte ha riconosciuto obblighi positivi in capo agli Stati per quanto riguarda il «diritto al rispetto» in relazione alla vita familiare. La Corte ha infatti affermato che: «By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 (art. 8-1) signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2 (art. 8-2). As the Court stated in the "Belgian Linguistic" case, the object of the Article is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective «respect» for family life. (...) As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court's view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family». Nello stesso modo la Corte si è pronunciata anche nel caso *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, sentenza del 9 ottobre 1979, par. 32-33: «However, although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. [...] Effective respect for private or family life obliges Ireland to make this means of protection effectively accessible, when appropriate, to anyone who may wish to have recourse thereto». Anche recentemente la Corte ha confermato tale indirizzo nell'attribuzione di obblighi positivi agli Stati, *K.U. c. Finlandia*, ricorso n. 2872/02, sentenza del 2 dicembre 2008, par. 42: «The Court reiterates that, although the object of Article 8 is essentially to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life».

tare non può portare ad una elencazione esaustiva, dato che la Corte ha concesso agli Stati un apprezzabile margine di discrezionalità³².

Solo una volta³³ la Corte si è pronunciata su ricorsi interstatali in tema di violazioni dell'art. 8 CEDU. Tutte le altre pronunce della Corte in materia sono state emesse sulla base di ricorsi individuali, ai sensi dell'attuale art. 34 della Convenzione³⁴. Il diritto di ricorso individuale costituisce «una delle garanzie fondamentali dell'effettività del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani»³⁵ poiché riconosce un vero e proprio potere di azione in capo a persone fisiche, organizzazioni non governative e gruppi di privati³⁶.

³² In proposito si veda la sentenza della Corte EDU del 2 dicembre 2008, par. 43, *K.U. c. Finlandia*, ricorso n. 2872/02: «These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. There are different ways of ensuring respect for private life and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue». Ad ogni modo, è stato segnalato (M. E. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, cit. supra, nota 25, p. 469 ss.) che gli Stati hanno adempiuto ai propri doveri predisponendo enti o istituti specifici volti ad assicurare l'effettivo godimento del diritto alla *privacy*, integrando o modificando le proprie disposizioni normative interne o ponendo in essere misure di protezione degli individui da interferenze di altri soggetti privati (si veda, ad esempio, sentenza del 25 marzo 1992, par. 58, *B. c. Francia*, ricorso n. 13343/87; sentenza del 26 marzo 1985, par. 30, *X. e Y. c. Olanda*, ricorso n. 8978/80).

³³ Si tratta del caso *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 25781/94, sentenza del 10 febbraio 2001.

³⁴ L'importanza del ricorso individuale risiede nell'apertura del meccanismo giurisdizionale della CEDU anche nei confronti del singolo individuo. Prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, avvenuta nel 1998, la possibilità di presentare un ricorso individuale era subordinata alla previa accettazione della competenza da parte dello Stato contro cui si lamentava la violazione di un diritto garantito dalla Convenzione. Oggi, invece, si parla di carattere «obbligatorio» del ricorso individuale, in quanto tutti gli Stati CEDU sono obbligati a riconoscere la competenza della Corte di Strasburgo. Si veda anche L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 2012, p. 3 ss.

³⁵ Si veda la sentenza del 4 febbraio 2005, par. 100, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, ricorsi n. 46827/99 e n. 46951/99: «The Court has previously stated that the provision concerning the right of individual application (Article 34, formerly Article 25 of the Convention before Protocol No. 11 came into force) is one of the fundamental guarantees of the effectiveness of the Convention system of human rights protection».

³⁶ L'art. 35 della Convenzione stabilisce le condizioni di ricevibilità del ricorso, verificate dalla Corte nella prima fase della procedura. Il procedimento si svolge osservando rigorosamente il principio del contraddittorio tra le parti: lo Stato convenuto e l'individuo ricorrente si trovano in posizioni processuali sostanzialmente uguali.

Al termine della procedura la Corte emette una vera e propria pronuncia giurisdizionale, adottata a maggioranza dei componenti, ferma restando, in ogni caso, la facoltà per tutti i giudici che abbiano partecipato all'esame di far allegare alla sentenza la propria opinione individuale discordante o concordante.

Il procedimento può svolgersi dinanzi alla Grande Camera (in caso di gravi questioni di interpretazione o di rischio di pronunce in disaccordo con precedenti decisioni) oppure dinanzi alle singole camere. Le sentenze emesse dalla Grande Camera sono definitive, mentre le sentenze pronunciate dalle singole camere divengono definitive solo dopo lo spirare del termine di tre mesi dalla pronuncia senza che sia stato presentata una impugnazione alla Grande Camera.

Una peculiarità delle sentenze della Corte di Strasburgo è costituita dalla possibilità di condannare la parte soccombente ad un risarcimento dei danni morali e materiali subiti dal ri-

Il grande numero e la grande varietà di casi esaminati dalla Corte di Strasburgo testimonia che essa è in grado di assicurare un notevole grado di tutela in tema di protezione dei diritti dell'uomo. Inoltre, l'orientamento dei giudici di Strasburgo pare dimostrare l'attitudine della Corte ad incrementare sempre più i propri *standard* di protezione, attraverso un'attività giurisprudenziale di continuo adattamento dei contenuti al presente, prerogativa fondamentale in materia di diritto alla *privacy* e protezione dei dati personali³⁷.

4. Il progetto di riforma della vigente normativa UE

La risoluzione ONU si colloca in un complesso quadro di strumenti normativi che, a partire dalla CEDU nel 1950, trattano la materia del diritto alla riservatezza e della protezione dei dati personali. Non va dimenticato che anche l'Unione europea si sta occupando della materia. Attualmente è infatti al vaglio del legislatore europeo la proposta presentata dalla Commissione il 25 gennaio 2012, volta a sostituire l'attuale normativa. Il progetto di riforma è composto da una proposta di Regolamento³⁸ ed una proposta di direttiva³⁹. Il Regolamento andrà a sostituire la direttiva n. 95/46/Ce⁴⁰, mentre la direttiva disciplinerà il trattamento di dati personali

corrente. Questo avviene, come previsto dall'art. 41 della Convenzione, disponendo «un'equa soddisfazione alla parte lesa» a carico dello Stato soccombente.

Anche alla luce di tali disposizioni, il sistema europeo costituisce il modello di tutela dei diritti umani più all'avanguardia, come dimostrato dal costante aumento di ricorsi alla Corte.

³⁷ Su questo aspetto si veda D. J. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. *supra*, nota 22, p. 422, ove si legge, con specifico riferimento per l'art. 8 CEDU, che «the Court has been able to develop the interests protected to take into account changing circumstances and understandings without being confined by an established theoretical framework». A sostegno di tale affermazione vengono portati gli esempi delle «personal relationship of a non-secret kind» e la «protection against environmental damage». Inoltre viene sottolineato il ruolo rivestito dalla Corte nel far fronte alle questioni legate alle nuove tecnologie: «It is also evident that the Court is being asked to determine issues that are at the forefront of technology – such as human assisted reproduction».

³⁸ Il testo ufficiale della «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati)» è disponibile sul sito internet dell'Unione europea <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:IT:PDF>.

³⁹ Per il testo della «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati» si veda <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:IT:PDF>.

⁴⁰ Direttiva n. 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *Gu-UE* n. L 281 del 23 novembre 1995, p. 31.

per finalità di giustizia e polizia, attualmente regolamentato dalla decisione quadro n. 2008/977/GAI⁴¹.

La proposta della Commissione è fondata su una base giuridica costituita essenzialmente da tre precisi dati normativi diretti a tutelare il diritto di ogni individuo alla protezione dei propri dati personali. Vi è, in primo luogo, il riferimento all'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁴², il quale «consente di stabilire le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione» e «consente inoltre l'adozione di norme relative alla libera circolazione di dati personali»⁴³. Anche l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁴, che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha assunto lo «stesso valore giuridico dei trattati»⁴⁵, annovera la protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali dell'Unione europea. A tal proposito non si può evitare di sottolineare che «con la Carta siglata a Nizza il 7 dicembre 2000, specie a seguito del Trattato di Lisbona che alla medesima ha riconosciuto pieno valore giuridico, ha così trovato formale compimento a livello europeo non solo il processo di *costituzionalizzazione* del diritto alla protezione dei dati personali, (...) ma anche il percorso di sua *autonomizzazione* rispetto ad altre situazioni giuridiche soggettive, in particolare al diritto alla tutela della vita privata»⁴⁶. Da ultimo, nel testo stesso delle due propo-

⁴¹ Decisione quadro n. 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, in *Gu-Ue* n. L 350 del 30 dicembre 2008, p. 60.

⁴² TFUE, art. 16: «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti. Le norme adottate sulla base del presente articolo fanno salve le norme specifiche di cui all'articolo 39 del trattato sull'Unione europea».

⁴³ Si veda la relazione alla proposta di Regolamento, parte integrante del testo della proposta, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:IT:PDF>, p. 6.

⁴⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 8: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

⁴⁵ Trattato sull'Unione europea, art. 6.

⁴⁶ R. LATTANZI, «Diritto alla protezione dei dati di carattere personale»: appunti di viaggio, in *I quaderni europei* n. 63/14, *Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, p. 11.

ste non mancano i riferimenti all'art. 8 della CEDU⁴⁷, anch'essa ormai parte integrante del diritto dell'Unione, che con il Trattato di Lisbona ne ha fatto propri i diritti fondamentali⁴⁸.

Quello che emerge dalla lettura del progetto di riforma è che esso nasce dalla preoccupazione per gli incalzanti sviluppi tecnologici, i quali, se da un lato, consentono l'utilizzo di dati personali come mai accaduto prima e di conseguenza non contribuiscono affatto ad instaurare un clima di fiducia nei consumatori, dall'altro, impongono che la disciplina venga revisionata anche in relazione alle finalità di giustizia e di polizia, agevolando la libera circolazione dei dati personali tra le competenti autorità.

Ma è possibile individuare facilmente anche una ulteriore motivazione che ha portato alla presentazione del progetto. Nel settimo *considerando* della proposta di Regolamento si legge che «la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione delle modalità di applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione (...). Il divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE». Prendendo pertanto conoscenza della mancanza di una disciplina uniforme in materia, l'intento della Commissione è proprio quello di ridurre la frammentazione giuridica esistente, garantendo di conseguenza un'applicazione omogenea delle norme a garanzia del diritto alla riservatezza ed un livello uniforme di tutela dei dati personali su tutto il territorio dell'Unione europea.

Oltre alle motivazioni indicate esplicitamente nel testo della proposta di Regolamento, vi è anche una ulteriore valutazione da fare in relazione agli intenti della direttiva n. 95/46/Ce. Con questa, infatti, l'Unione ha cercato di tutelare primariamente la libera circolazione dei dati, occupandosi solo in via secondaria della tutela dei diritti delle persone⁴⁹. Basta

⁴⁷ Nel testo della proposta di Regolamento, a p. 7, e nel testo della proposta di direttiva, a p. 6, si leggono le stesse parole: «Il diritto alla protezione dei dati personali è sancito dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dall'articolo 16 del TFUE e dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)».

⁴⁸ La dottrina sul punto è vastissima. Ci si limita a segnalare L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, II, pp. 655-669; F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, II, pp. 145-151; M. CARTABIA, *Trattato di Lisbona. I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, III, pp. 221-226; F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità Internazionale*, 2009, I, pp. 43-54.

⁴⁹ Tale approccio è stato segnalato anche in dottrina, evidenziandone le differenze con l'approccio utilizzato dal legislatore italiano, il quale ha preferito porre al centro dell'attenzione l'ampliamento della tutela della persona e non del principio di libera circolazione delle informazioni. Si veda in proposito D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, Cedam, 2006, pp. 235-236 ss.

leggere il testo della direttiva n. 95/46/Ce dove è previsto che, dopo il ravvicinamento delle legislazioni nazionali mediante l'applicazione dei principi della direttiva, «gli Stati membri non potranno più ostacolare la libera circolazione tra loro di dati personali per ragioni inerenti alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla vita privata». Risulta altresì significativo il fatto che il diritto fondamentale alla riservatezza, successivamente all'entrata in vigore della direttiva, sia stato oggetto, sia con la Carta di Nizza sia con il Trattato di Lisbona, di decise riaffermazioni di principio. L'esigenza di adeguare la normativa, apprestando maggiori tutele ai diritti delle persone, si concretizza, come si vedrà nel testo della proposta di Regolamento, attraverso l'attribuzione di specifici e articolati diritti agli individui e di maggiori obblighi in capo ai soggetti responsabili del trattamento dei dati personali.

In particolare, in merito alla proposta di direttiva va subito precisato che essa trova la propria ragion d'essere nella specificità del settore trattato. Infatti, il trattamento dei dati personali da parte di autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzioni penali rientra a pieno titolo nella previsione di cui al secondo paragrafo dell'art. 16 TFUE⁵⁰, legittimando dunque l'adozione di una distinta direttiva, conforme alla specificità dei settori in questione.

Ma vi è anche un'altra ragione per cui la Commissione ha deciso di inserire anche una proposta di direttiva nel progetto di riforma. La decisione quadro del 2008, infatti, ha evidenziato eccessivi limiti nel proprio campo di applicazione, essendo la stessa applicabile soltanto in relazione al trattamento transfrontaliero di dati e non anche alle attività poste in essere dalla polizia e dalle autorità giudiziarie a livello nazionale. La conseguenza più immediata, legata ai vincoli contenuti nella decisione stessa, è il sorgere di notevoli difficoltà per le forze di polizia e per le altre autorità competenti nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, per le quali, come indicato dalla relazione introduttiva alla proposta, «può non essere agevole stabilire il carattere puramente nazionale o transfrontaliero di un trattamento di dati o prevedere se i dati nazionali possano essere oggetto di un successivo scambio transfrontaliero».

⁵⁰ Come peraltro esplicitamente riconosciuto nella Dichiarazione n. 21, relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia (allegato all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona il 13 dicembre 2007), con la quale si è riconosciuto che potrebbero rivelarsi necessarie norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia in base all'art. 16 del TFUE.

Quello a cui dunque mira il progetto di riforma è, come vedremo subito, armonizzare, aggiornare e ammodernare la vigente disciplina sul diritto alla *privacy* attraverso il rafforzamento dei diritti degli individui e la garanzia di un elevato grado di protezione dei dati personali in tutti i settori, compreso quello della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

4.1 *Le novità delle proposte della Commissione*

Le novità contenute nella proposta di Regolamento riguardano tutti gli aspetti della disciplina. Vengono infatti toccati sia aspetti prettamente definitivi, sia aspetti contenutistici, come la previsione di nuovi principi, nuovi diritti e più stringenti obblighi a carico di determinati soggetti.

Analizzando il primo capo della proposta, quello che emerge sono, pur essendo mantenute le definizioni fondamentali⁵¹, le significative aggiunte, indice di una rinnovata attenzione per l'evoluzione dei tempi, nella qualificazione delle tipologie di «dati personali» ricompresi nella disciplina. Si fa riferimento alla nozione di «dati genetici», intesi come «tutti i dati, di qualsiasi natura, riguardanti le caratteristiche di una persona fisica che siano ereditarie o acquisite in uno stadio precoce di sviluppo prenatale»; «dati biometrici», ossia «i dati relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona che ne consentono l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i rilievi dattiloscopici» e, da ultimo, «dati relativi alla salute», cioè «qualsiasi informazione attinente alla salute fisica o mentale di una persona o alla prestazione di servizi sanitari a detta persona».

Rispetto alla direttiva n. 95/46/Ce la proposta introduce anche il «diritto all'oblio» (art. 17) e il «diritto alla portabilità dei dati» (art. 18), in base ai quali «l'interessato ha il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento la cancellazione di dati personali che lo riguardano e la rinuncia a un'ulteriore diffusione di tali dati» (art. 17)⁵² e «il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento copia dei dati trattati in un formato elettronico», oltre che «il diritto di trasmettere tali dati personali e ogni altra informazione fornita e conservata in un sistema di trattamento automatizzato a un altro sistema in un formato elettronico di uso comune, senza im-

⁵¹ Le definizioni mantenute, primo segnale della volontà di non porsi in linea di netta rottura con il presente, riguardano tutti gli elementi fondamentali della disciplina, tra cui «interessato» (o «persona interessata»), «dati personali», «trattamento di dati personali», «responsabile del trattamento», «incaricato del trattamento», «archivio di dati personali», «consenso dell'interessato» (o «consenso della persona interessata»).

⁵² Per approfondire la tematica del diritto all'oblio, con particolare riguardo per la proposta di Regolamento, si veda F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 50-51.

pedimenti da parte del responsabile del trattamento da cui sono richiamati i dati» (art. 18). Queste due nuove previsioni sembrano riassumere le due direzioni in cui si muove la proposta, ossia, da un lato, la tutela del diritto fondamentale alla riservatezza e, dall'altro, la garanzia della libera circolazione dei dati dietro consenso dell'interessato. Il perseguimento di tali obiettivi comporta, senza dubbio alcuno, l'aumento di responsabilità e doveri per chi tratta dati personali⁵³ e il rafforzamento del sistema di diritti spettanti agli individui, i quali vedranno più facile e libero l'accesso ai propri dati⁵⁴.

Vi sono poi alcune differenze di carattere «procedurale»⁵⁵, che coinvolgono anche le autorità nazionali di controllo⁵⁶, anche se la novità che appare più rilevante è quella relativa all'introduzione del c.d. «principio del target»⁵⁷, il quale prevede che «anche quando il trattamento è effettuato da un titolare che ha lo stabilimento fuori dal territorio dell'Unione, si applica comunque la normativa europea se il trattamento riguarda «l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai residenti dell'Unione», ovvero se il trattamento riguarda «il controllo del loro comportamento»⁵⁸. Tale principio «rende sostanzialmente indifferente il luogo dove si effettua il trattamento quando questo riguarda un residente nel territorio dell'Unione. Un'innovazione che, se l'articolo sarà approvato in via definitiva, farà cadere totalmente ogni possibilità di appellarsi alla legge del luogo dove si

⁵³ Tutto il capo IV della proposta di Regolamento è dedicato al ruolo del responsabile e dell'incaricato del trattamento, nonché ad una precisa indicazione delle misure previste per la sicurezza dei dati personali.

⁵⁴ Oltre ai già citati artt. 17 (Diritto all'oblio e alla cancellazione) e 18 (Diritto alla portabilità), si segnalano anche gli artt. 15 (Diritto di accesso dell'interessato), 16 (Diritto alla rettifica) e 19 (Diritto di opposizione).

⁵⁵ Si fa qui riferimento all'eliminazione dell'obbligo per il titolare del trattamento di notificare il trattamento dei dati personali, previsto dagli artt. 18 e 19 della direttiva n. 95/46/Ce, sostituito dall'obbligo di nominare un «incaricato del trattamento» (art. 26 della proposta); l'introduzione dell'obbligo per i titolari del trattamento di notificare le violazioni riscontrate all'autorità di controllo competente (art. 31) e di comunicarle all'interessato (art. 32); l'introduzione del requisito della «valutazione d'impatto sulla protezione di dati» (art. 33 della proposta), che può produrre notevoli conseguenze, qualora dalla valutazione emergano rischi specifici per il trattamento, come l'obbligo di richiedere l'autorizzazione o consultare preventivamente l'autorità nazionale di controllo (art. 34).

⁵⁶ L'art. 47 della proposta è interamente dedicato alla previsione di più rigidi requisiti di indipendenza per le autorità nazionali di controllo (mentre l'art. 28 della direttiva si limita ad affermare che «tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite»). Inoltre, l'art. 53 della proposta specifica in maniera più dettagliata i poteri attribuiti alle autorità nazionali di controllo, anche a carattere sanzionatorio (art. 53, par. 4).

⁵⁷ Espressione felicemente coniata da F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, cit. *supra*, nota 52, p. 57.

⁵⁸ R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione. Privacy, diffamazione e tutela della persona. Libertà e regole nella rete*, Padova, Cedam, 2013, p. 213.

svolge il trattamento al fine di negare la sottoposizione dei *service provider* alla normativa europea e alla giurisdizione degli Stati membri»⁵⁹.

Passando all'analisi delle novità contenute nella proposta di direttiva, va innanzitutto premesso che l'impostazione adottata è la medesima della proposta di Regolamento, a partire dalle definizioni fondamentali contenute nell'art. 3. La proposta, tuttavia, contiene disposizioni specifiche sulla responsabilità dei titolari e sugli obblighi che incombono su di essi in materia di accesso e trasparenza.

In primo luogo, con la proposta di direttiva vengono introdotti nuovi requisiti affinché il trattamento di dati personali possa dirsi «lecito»⁶⁰. Vengono altresì previste disposizioni specifiche relative alla responsabilità dei titolari del trattamento e dell'incaricato al trattamento⁶¹. Anche le autorità nazionali di controllo vengono investite di maggiori poteri investigativi e d'intervento, anche nel contesto dei meccanismi di mutua cooperazione⁶².

Le novità appena menzionate integrano un quadro di disposizioni molto più articolato in rapporto al contenuto della vigente decisione quadro, a riprova dell'importanza assunta dalla materia del trattamento dei dati personali e delle possibili violazioni dei diritti individuali che ne possono scaturire.

4.2 *Lo stato attuale della procedura di approvazione del progetto di riforma*

Ad oggi l'*iter* legislativo è in situazione di stallo. La proposta di riforma della normativa è ancora in fase di discussione in sede europea.

Le modalità operative utilizzate dalla Commissione sembrano adeguate al raggiungimento dei fini che essa si è prefigurata ed è difficile comprendere come mai non si sia ancora pervenuti ad un punto di approdo⁶³,

⁵⁹ F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, cit. *supra*, nota 52, p. 58.

⁶⁰ L'art. 7 della proposta prevede che il trattamento dei dati personali può dirsi lecito solo se «necessario: (a) per l'esecuzione di un compito di un'autorità competente, previsto per legge per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, oppure (b) per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il responsabile del trattamento, oppure (c) per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un terzo, oppure (d) per la prevenzione di un'immediata e grave minaccia alla sicurezza pubblica».

⁶¹ L'intero capo IV (artt. 18-26) è destinato agli obblighi specifici che sorgono in capo alle figure del responsabile e dell'incaricato al trattamento in riferimento alla conservazione della documentazione, alla sicurezza dei dati trattati e alla consultazione preventiva delle autorità competenti, tutti inseriti nell'ottica del rispetto del principio di trasparenza e di accesso ai dati.

⁶² Anche la vigente decisione quadro 2008/977/GAI prevede poteri di investigazione e di intervento per le autorità nazionali di controllo (art. 25), tuttavia sono assenti disposizioni relative al configurarsi di tali poteri in relazione all'attività di cooperazione tra le varie autorità nazionali, come invece accade nel capo VII della proposta.

⁶³ Dello stesso avviso sembra essere N. PARISI, *Principi fondanti la circolazione inter-*

che nemmeno sembra raggiungibile nel breve periodo. Da più parti si sono alzate autorevoli voci, da ultimo quella del Commissario europeo per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza, Viviane Reding⁶⁴, per sollecitare le parti politiche a trovare un compromesso sostenendo la proposta della Commissione.

L'adozione delle misure proposte dalla Commissione è legata alla necessità di armonizzare le frammentate discipline nazionali e di assicurare applicazione ed interpretazioni uniformi in tutto il territorio dell'Unione. La presenza di tali necessità, tuttavia, non sembra al momento essere sufficiente per giungere in tempi brevi all'approvazione delle proposte da parte del Parlamento europeo e del Consiglio. Nemmeno le recenti rivelazioni sulle attività di spionaggio e di sorveglianza di massa sembrano aver scosso in maniera decisiva le competenti istituzioni europee⁶⁵. Sicuramente, in questo quadro, occorre fare i conti con le forti resistenze internazionali, specialmente con quelle provenienti dal mondo imprenditoriale americano⁶⁶.

La speranza e l'auspicio è che la risoluzione dell'ONU dello scorso novembre, sottolineando la gravità dell'attività di spionaggio e di sorveglianza di massa, nonché le connesse violazioni del diritto alla *privacy*, possa contribuire in maniera decisiva a dare nuovo impulso alla procedura legislativa europea. A conferma della necessità di un rinnovato e rinforzato quadro giuridico europeo⁶⁷ in materia di diritto alla *privacy* e di protezione dei dati personali, non va infatti dimenticato che anche le istituzioni

nazionale delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: a proposito della cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate dell'applicazione della legge, in *I quaderni europei* n. 63/14, cit. *supra*, nota 46, pp. 66-67.

⁶⁴ Il 19 gennaio 2014 il Commissario europeo per la giustizia, Viviane Reding, si è pronunciata sull'argomento (*speech/14/37 - The EU Data protection reform: helping businesses thrive in the digital economy*) con un intervento disponibile sul sito ufficiale della Commissione europea, nella specifica sezione dedicata al Commissario stesso, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/multimedia/speeches/index_en.htm

⁶⁵ Viviane Reding ha affermato, nel menzionato intervento, che: «*Member States, however, have been stalling. Even after the shocking revelations of mass spying and surveillance which continue to dominate the headlines, they have so far mainly reacted with words. EU Heads of State and Government have committed to a timely adoption of the new framework. But in real terms there has been little action*».

⁶⁶ Cfr. F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, cit. *supra*, nota 52, p. 60: «Le resistenze internazionali, e specialmente delle multinazionali di matrice americana, sono molto forti e stanno pesando notevolmente nel dibattito in corso nel Parlamento e nel Consiglio europeo, come dimostrano anche gli emendamenti che il Relatore incaricato di riferire all'Aula, a nome della Commissione Libertà e Giustizia, ha predisposto». Si veda anche O. POLLICINO - M. BASSINI, *Diritto all'oblio: i più recenti spunti ricostruttivi nella dimensione comparata ed europea*, in F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, cit. *supra*, nota 52, pp. 227-228.

⁶⁷ Si veda anche R. LATTANZI, «*Diritto alla protezione dei dati di carattere personale*»: appunti di viaggio, in *I quaderni europei* n. 63/14, *Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, pp. 20-21. Si segnala altresì M. D'AMICO, «*Il trattamento "pubblico" dei dati sensibili: la disciplina italiana a confronto con il modello europeo*», in questa *Rivista*, 2002, p. 817 ss.

dell'Unione sono state vittime dirette delle illecite attività di intercettazione e spionaggio di massa.

4.3 *I recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in tema di diritto alla privacy: la dichiarazione di invalidità della direttiva n. 2006/24/Ce sulla conservazione dei dati e la condanna a carico di Google Spain e Google Inc.*

La Corte di giustizia si è di recente pronunciata su svariati casi relativi a violazioni del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, verificatisi all'interno dello spazio giuridico dell'Unione.

La recentissima sentenza dell'8 aprile 2014 della Corte di giustizia, cause riunite n. C-293/12 e n. C-594/12, ha ribadito che il sistema comunitario di tutela del diritto alla *privacy* presenta non pochi difetti. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato invalida la direttiva n. 2006/24/Ce riguardante «la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione», adottata il 15 marzo 2006 dal Parlamento europeo e dal Consiglio⁶⁸.

La menzionata direttiva ha (o aveva) come obiettivo quello di «armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione, relativi alla conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale»⁶⁹. In particolare, la direttiva prevede, all'art. 3, che tali fornitori siano tenuti a conservare una lunga serie di dati⁷⁰ relativi al traffico, all'ubicazione del-

⁶⁸ Per l'analisi del contesto di emanazione della direttiva, si veda N. PARISI, *Principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: a proposito della cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate dell'applicazione della legge*, in *I quaderni europei* n. 63/14, cit. *supra*, nota 46, p. 43 ss.

⁶⁹ Direttiva n. 2006/24/Ce, art. 1, Oggetto e campo d'applicazione. Il testo completo della direttiva è disponibile nel sito ufficiale del diritto dell'Unione europea <http://eur-lex.europa.eu/> al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:IT:PDF>.

⁷⁰ Tali categorie di dati sono indicati all'art. 5 della direttiva, il quale dispone: «1. Gli Stati membri provvedono affinché in applicazione della presente direttiva siano conservate le seguenti categorie di dati: a) i dati necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione: 1) per la telefonia di rete fissa e la telefonia mobile: i) numero telefonico chiamante; ii) nome e indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato; 2) per l'accesso Internet, posta elettronica su Internet e telefonia via Internet: i) identificativo/i dell'utente; ii) identificativo dell'utente e numero telefonico assegnati a ogni comunicazione sulla rete telefonica pubblica; iii) nome e indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato a cui al momento della comunicazione sono stati assegnati l'indirizzo di protocollo Internet (IP), un identificativo di

le persone fisiche e giuridiche, all'identificazione dell'abbonato o dell'utente registrato. Resta tuttavia esclusa dal campo di applicazione della direttiva la conservazione del contenuto delle comunicazioni⁷¹.

Il procedimento presso la Corte di giustizia nasce sulla base dei rinvii pregiudiziali della *High Court* irlandese (caso n. C-293/12) e della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*, caso n. C-594/12). In particolare, la richiesta della Corte irlandese deriva dalla controversia, relativa alla legittimità della legislazione nazionale (parte n. 7 del *Criminal Justice - Terrorist Offences - Act 2005*) e delle misure amministrative relative alla conservazione di dati, sorta tra una società irlandese, la *Digital Rights*, e le autorità nazionali irlandesi. Ugualmente la Corte costituzionale austriaca, dopo essere stata investita di oltre undicimila ricorsi in mate-

utente o un numero telefonico; b) i dati necessari per rintracciare e identificare la destinazione di una comunicazione: 1) per la telefonia di rete fissa e la telefonia mobile: i) numero/i digitato/i (il numero o i numeri chiamati) e, nei casi che comportano servizi supplementari come l'inoltro o il trasferimento di chiamata, il numero o i numeri a cui la chiamata è trasmessa; ii) nome/i e indirizzo/i dell'abbonato/i o dell'utente/i registrato/i; 2) per la posta elettronica su Internet e la telefonia via Internet: i) identificativo dell'utente o numero telefonico del/dei presunto/i destinatario/i di una chiamata telefonica via Internet; ii) nome/i e indirizzo/i dell'abbonato/i o dell'utente/i registrato/i e identificativo del presunto destinatario della comunicazione; c) i dati necessari per determinare la data, l'ora e la durata di una comunicazione: 1) per la telefonia di rete fissa e la telefonia mobile, data e ora dell'inizio e della fine della comunicazione; 2) per l'accesso Internet, la posta elettronica via Internet e la telefonia via Internet: i) data e ora del *log-in* e del *log-off* del servizio di accesso Internet sulla base di un determinato fuso orario, unitamente all'indirizzo IP, dinamico o statico, assegnato dal fornitore di accesso Internet a una comunicazione e l'identificativo dell'abbonato o dell'utente registrato; ii) data e ora del *log-in* e del *log-off* del servizio di posta elettronica su Internet o del servizio di telefonia via Internet sulla base di un determinato fuso orario; d) i dati necessari per determinare il tipo di comunicazione: 1) per la telefonia di rete fissa e la telefonia mobile: il servizio telefonico utilizzato; 2) per la posta elettronica Internet e la telefonia Internet: il servizio Internet utilizzato; e) i dati necessari per determinare le attrezzature di comunicazione degli utenti o quello che si presume essere le loro attrezzature: 1) per la telefonia di rete fissa, numeri telefonici chiamanti e chiamati; 2) per la telefonia mobile: i) numeri telefonici chiamanti e chiamati; ii) *International Mobile Subscriber Identity* (IMSI) del chiamante; iii) *International Mobile Equipment Identity* (IMEI) del chiamante; iv) l'IMSI del chiamato; v) l'IMEI del chiamato; vi) nel caso dei servizi prepagati anonimi, la data e l'ora dell'attivazione iniziale della carta e l'etichetta di ubicazione (*Cell ID*) dalla quale è stata effettuata l'attivazione; 3) per l'accesso Internet, la posta elettronica su Internet e la telefonia via Internet: i) numero telefonico chiamante per l'accesso commutato (*dial-up access*); ii) *digital subscriber line* (DSL) o un altro identificatore finale di chi è all'origine della comunicazione; f) i dati necessari per determinare l'ubicazione delle apparecchiature di comunicazione mobile: 1) etichetta di ubicazione (*Cell ID*) all'inizio della comunicazione; 2) dati per identificare l'ubicazione geografica delle cellule facendo riferimento alle loro etichette di ubicazione (*Cell ID*) nel periodo in cui vengono conservati i dati sulle comunicazioni. 2. A norma della presente direttiva, non può essere conservato alcun dato relativo al contenuto della comunicazione».

⁷¹ Direttiva n. 2006/24/Ce, art. 1, secondo comma: «La presente direttiva si applica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione delle persone sia fisiche che giuridiche e ai dati connessi necessari per identificare l'abbonato o l'utente registrato. Non si applica al contenuto delle comunicazioni elettroniche, ivi incluse le informazioni consultate utilizzando una rete di comunicazioni elettroniche».

ria costituzionale⁷², solleva questioni pregiudiziali riguardanti la legittimità della normativa austriaca di attuazione della direttiva n. 2006/24/Ce.

Le questioni pregiudiziali sollevate dalle due Corti nazionali sono per larga misura coincidenti. Esse riguardano, da un lato, la compatibilità della direttiva n. 2006/24/Ce con gli artt. 7⁷³, 8⁷⁴ e 11⁷⁵ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali tutelano rispettivamente la vita privata, la protezione dei dati personali e la libertà di espressione e, dall'altro lato, l'ammissibilità, ai sensi dell'art. 52 della Carta di Nizza⁷⁶, di restrizioni alla portata di tali diritti.

La Corte osserva, da una parte, che «l'obbligo, imposto dagli articoli 3⁷⁷ e 6 della direttiva 2006/24 ai fornitori di servizi di comunicazione elet-

⁷² Si legge al punto 19 della sentenza della Corte di giustizia: «All'origine della domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa C-594/12 si trovano numerosi ricorsi presentati dinanzi al *Verfassungsgerichtshof*, proposti rispettivamente dalla *Kärntner Landesregierung* nonché dai sigg. Seitlinger, Tschohl e da altri 11128 ricorrenti che chiedono l'annullamento dell'articolo 102 bis della legge sulle telecomunicazioni (*Telekommunikationsgesetz* 2003), articolo introdotto in tale legge dalla legge federale di modifica della stessa (*Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003 geändert wird*, BGBl. I, 27/2011) ai fini della trasposizione della direttiva 2006/24 nel diritto interno austriaco. Le suddette parti sostengono, in particolare, che l'articolo 102 bis viola il diritto fondamentale dei privati alla protezione dei propri dati». Il testo integrale in lingua italiana della sentenza è disponibile al link <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-293/12>.

⁷³ Carta di Nizza, art. 7: «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni».

⁷⁴ Carta di Nizza, art. 8: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

⁷⁵ Carta di Nizza, art. 11: «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

⁷⁶ Il primo paragrafo dell'art 52 della Carta di Nizza prevede che: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁷⁷ Direttiva n. 2006/24/Ce, art. 3, obbligo di conservazione dei dati: «1. In deroga agli articoli 5, 6 e 9 della direttiva 2002/58/CE, gli Stati membri adottano misure per garantire che i dati di cui all'articolo 5 della presente direttiva, qualora siano generati o trattati nel quadro della fornitura dei servizi di comunicazione interessati, da fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione nell'ambito della loro giurisdizione, siano conservati conformemente alle disposizioni della presente direttiva. 2. L'obbligo di conservazione stabilito al paragrafo 1 comprende la conservazione dei dati specificati all'articolo 5 relativi ai tentativi di chiamata non riusciti dove tali dati vengono generati o trattati e immagazzinati (per quanto riguarda i dati telefonici) oppure trasmessi (per quanto riguarda i dati Internet) da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione nell'ambito della giurisdizione dello Stato membro interessato nel processo di fornire i servizi di comu-

tronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione elettronica, di conservare per un certo periodo dati relativi alla vita privata di una persona e alle sue comunicazioni, come quelli previsti dall'articolo 5 della suddetta direttiva, costituisce di per sé un'ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 7 della Carta»⁷⁸ e, dall'altra, che «la direttiva 2006/24 è costitutiva di un'ingerenza nel diritto fondamentale alla protezione dei dati personali garantito dall'articolo 8 della Carta, poiché prevede un trattamento dei dati personali»⁷⁹. Pertanto «è giocoforza constatare che l'ingerenza che la direttiva 2006/24 comporta nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta si rivela essere (...) di vasta portata e va considerata particolarmente grave»⁸⁰.

La Corte tuttavia puntualizza che, prima di pronunciarsi sulla compatibilità della direttiva con la Carta di Nizza, occorre verificare l'eventuale ammissibilità di tale interferenza ai sensi dell'art. 52 della Carta. Tale norma ammette eventuali limitazioni ai diritti della Carta, purché le stesse siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁸¹. Proprio quest'ultimo requisito assume piena centralità nel provvedimento della Corte.

Nello specifico, particolarmente problematica è la verifica dell'accertamento del requisito della necessità della conservazione dei dati imposta dalla direttiva n. 2006/24/Ce.

Sul punto, la chiave di lettura dell'intera pronuncia della Corte va rinvenuta nel punto 51 della sentenza, il quale recita: «Quanto al carattere necessario della conservazione dei dati imposta dalla direttiva 2006/24, si deve constatare che, invero, la lotta contro la criminalità grave, in particolare contro la criminalità organizzata e il terrorismo, è di capitale importanza per garantire la sicurezza pubblica e la sua efficacia può dipendere

nicazione interessati. La presente direttiva non richiede la conservazione dei dati per quanto riguarda le chiamate non collegate».

⁷⁸ Punto 34 della sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2014 in cause riunite n. C-293/12 e n. C-594/12.

⁷⁹ *Ivi*, punto 36.

⁸⁰ *Ivi*, punto 37.

⁸¹ Il punto 46 della sentenza recita: «Si deve ricordare che il principio di proporzionalità esige, secondo una costante giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi (v., in tal senso, sentenze *Afton Chemical*, C-343/09, EU:C:2010:419, punto 45; *Volker und Markus Schecke e Eifert*, EU:C:2010:662, punto 74; *Nelson e a.*, C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, punto 71; *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 50, nonché *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, punto 29)».

in larga misura dall'uso delle moderne tecniche di indagine. Tuttavia, simile obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria ai fini della suddetta lotta». In altri termini, la Corte rimarca che la conservazione dei dati, come disciplinata dalla direttiva n. 2006/24/Ce, non si configura come una misura che si limita allo stretto necessario per raggiungere l'obiettivo di accertare e perseguire reati gravi, come, in particolare, i reati legati alla criminalità organizzata e al terrorismo. Le motivazioni sottese a tale statuizione della Corte sono puntualmente enucleate nei paragrafi successivi della pronuncia.

In questi si legge, specificamente ai punti 56-58, che la conservazione dei dati «concerne tutti i mezzi di comunicazione elettronica il cui uso è estremamente diffuso e di importanza crescente nella vita quotidiana di ciascuno», ma anche che «riguarda in maniera globale l'insieme delle persone che fanno uso dei mezzi di comunicazione elettronica, senza tuttavia che le persone i cui dati vengono conservati debbano trovarsi, anche indirettamente, in una situazione che possa dar luogo a indagini penali. Essa pertanto si applica anche a persone per le quali non esiste alcun indizio tale da far credere che il loro comportamento possa avere un nesso, ancorché indiretto o lontano, con reati gravi».

Inoltre, appaiono latenti anche i criteri per regolamentare gli aspetti «tecnico-procedurali» della conservazione di dati, in particolare manca un «criterio oggettivo che permetta di delimitare l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e il loro uso ulteriore a fini di prevenzione, di accertamento o di indagini penali»⁸² nonché un «criterio oggettivo che permetta di limitare il numero di persone che dispongono dell'autorizzazione di accesso e di uso ulteriore dei dati conservati a quanto strettamente necessario alla luce dell'obiettivo perseguito»⁸³.

Lo «stretto necessario» non è rispettato nemmeno in relazione alla durata di conservazione dei dati. Infatti, la direttiva n. 2006/24/Ce prevede che la conservazione dei dati si protragga per un periodo di almeno sei mesi⁸⁴ «senza che venga effettuata alcuna distinzione tra le categorie di dati previste all'articolo 5 della direttiva a seconda della loro eventuale utilità ai fini dell'obiettivo perseguito o a seconda delle persone interessate» e «senza che venga precisato che la determinazione della durata di conser-

⁸² Punto 60 della sentenza.

⁸³ *Ivi*, punto 62.

⁸⁴ Direttiva n. 2006/24/Ce, art. 6, periodi di conservazione: «Gli Stati membri provvedono affinché le categorie di dati di cui all'articolo 5 siano conservate per periodi non inferiori a sei mesi e non superiori a due anni dalla data della comunicazione».

vazione debba basarsi su criteri obiettivi al fine di garantire che sia limitata allo stretto necessario»⁸⁵.

La Corte, dunque, dichiara invalida la direttiva, poiché, nell'adozione della stessa, il legislatore dell'Unione ha oltrepassato i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità, con specifico riguardo per la necessità della conservazione dei dati, alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Quello che la Corte intende ribadire con tale pronuncia è che la direttiva non considera in maniera adeguata le esigenze legate alla tutela del diritto fondamentale alla *privacy* e alla protezione dei dati personali dei cittadini dell'Unione. È proprio questa la ragione che l'ha spinta a dichiarare l'invalidità della direttiva stessa.

Va altresì ricordato che, in quasi tutti gli Stati membri, la direttiva ha sin da subito trovato attuazione mediante la trasposizione nelle legislazioni nazionali, le quali spesso presentano contenuti analoghi, se non identici, a quelli della direttiva⁸⁶. L'incompatibilità tra le legislazioni nazionali di attuazione della direttiva e la sentenza della Corte di giustizia appare senz'altro in grado di sollevare non pochi profili problematici nel sistema giuridico europeo. Infatti, la contrarietà ai principi fondamentali del diritto dell'Unione ben potrebbe essere nuovamente confermata da nuove pronunce della Corte di giustizia, anche con riferimento alle varie normative interne di attuazione.

La tutela del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali ha assunto nuovamente un ruolo di primissimo piano nella ancor più recente sentenza del 13 maggio 2014 in causa n. C-131/12, della Corte di giustizia dell'Unione europea, pronunciata ai danni di *Google Spain* e di *Google Inc.* Con tale provvedimento la Corte ha giudicato le due aziende responsabili per il trattamento dei dati personali da esse effettuato in relazione a *personal data* presenti su pagine *web* pubblicate da terzi.

L'inizio della vicenda risale al 2010, quando il signor Mario Costeja Gonzalez presentava reclamo alla *Agencia Espanola de Proteccion de Datos*⁸⁷ (Autorità spagnola per la protezione dei dati, *AEPD*) nei confronti

⁸⁵ Punti 63-64 della sentenza.

⁸⁶ A mero titolo esemplificativo, può essere richiamato il Codice della *privacy* italiano (dlgvo n. 196/2003 e successive modificazioni), con specifico riguardo per gli artt. 132, 154 e 162 *bis*.

⁸⁷ L'*Agencia Espanola de Proteccion de Datos* rientra nel novero delle «Autorità di controllo» previste dall'art. 28 della direttiva n. 95/46/Ce, il quale prevede, al primo paragrafo, che «ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche siano incaricate di sorvegliare, nel suo territorio, l'applicazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva, adottate dagli Stati membri. Tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite». Il terzo paragrafo del medesimo articolo indica i poteri di

dell'editore *La Vanguardia Ediciones SL* e di *Google Spain* e *Google Inc.*. Con tale reclamo il signor Costeja Gonzalez richiedeva, da una parte, che l'editore rimuovesse del proprio sito *web* alcune pagine contenenti informazioni relative alla vendita all'asta di suoi immobili pignorati e, dall'altra, che *Google Spain* o *Google Inc.* eliminassero o occultassero i suoi dati personali dall'elenco dei risultati di ricerca generati dal motore di ricerca *Google*. Infatti, l'inserimento del nome del signor Costeja Gonzalez nel motore di ricerca *Google* conduceva verso alcune pagine del quotidiano *online* dell'editore relative ad una azione esecutiva immobiliare contro lo stesso, ancorché la stessa fosse ormai da tempo interamente definita. Il 30 luglio 2010, l'AEPD respingeva il reclamo nei confronti dell'editore, ritenendo legittimamente pubblicate le informazioni⁸⁸, mentre accoglieva il reclamo in riferimento alla condotta di *Google Spain* e di *Google Inc.* Alle due società veniva ingiunto di rimuovere i dati dai loro indici di ricerca in modo da precludere in futuro la possibilità di accesso agli stessi.

Google Spain e *Google Inc.* proponevano allora ricorso⁸⁹ dinanzi all'*Audiencia Nacional*⁹⁰ (Alta Corte spagnola) contro l'AEPD e contro il signor Costeja Gonzalez, richiedendo l'annullamento della decisione del-

tali autorità: «Ogni autorità di controllo dispone in particolare: di poteri investigativi, come il diritto di accesso ai dati oggetto di trattamento e di raccolta di qualsiasi informazione necessaria all'esercizio della sua funzione di controllo; di poteri effettivi d'intervento, come quello di formulare pareri prima dell'avvio di trattamenti, conformemente all'articolo 20, e di dar loro adeguata pubblicità o quello di ordinare il congelamento, la cancellazione o la distruzione dei dati, oppure di vietare a titolo provvisorio o definitivo un trattamento, ovvero quello di rivolgere un avvertimento o un monito al responsabile del trattamento o quello di adire i Parlamenti o altre istituzioni politiche nazionali; del potere di promuovere azioni giudiziarie in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva ovvero di adire per dette violazioni le autorità giudiziarie». Inoltre, il quarto paragrafo dell'art. 28 dispone: «Qualsiasi persona, o associazione che la rappresenti, può presentare a un'autorità di controllo una domanda relativa alla tutela dei suoi diritti e libertà con riguardo al trattamento di dati personali. La persona interessata viene informata del seguito dato alla sua domanda».

⁸⁸ Più precisamente, al par. 16 della sentenza della Corte di giustizia, si legge che «l'AEPD ha respinto il suddetto reclamo nella parte in cui era diretto contro *La Vanguardia*, ritenendo che la pubblicazione da parte di quest'ultima delle informazioni in questione fosse legalmente giustificata, dato che aveva avuto luogo su ordine del Ministero del Lavoro e degli Affari sociali e aveva avuto lo scopo di conferire il massimo di pubblicità alla vendita pubblica, al fin di raccogliere il maggior numero di partecipanti all'asta».

⁸⁹ In proposito, al termine del terzo paragrafo dell'art. 28, si legge, in riferimento alle funzioni delle Autorità nazionali di controllo che: «è possibile un ricorso giurisdizionale avverso le decisioni dell'autorità di controllo recanti pregiudizio».

⁹⁰ L'*Audiencia Nacional* è un genere di tribunale unico in Europa. Creata nel 1977, si tratta di un tribunale speciale con competenze assai vaste. Essa ha giurisdizione su tutto il territorio spagnolo, così come su illeciti e crimini a carattere internazionale rientranti nelle competenze dei tribunali spagnoli. Per approfondire il ruolo dell'*Audiencia Nacional* si veda, benché con riferimento ad altri casi, M. F. MASSO GARROTE, *Stati nazionali e protezione di diritti umani: la globalizzazione della giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, I, 1999, pp. 281-284; M. M. PISANI, *Problemi costituzionali relativi all'applicazione del mandato di arresto europeo negli Stati membri*, in www.federalismi.it, 15/2005.

l'Autorità spagnola. Durante il procedimento dinanzi alla Corte spagnola vengono sollevate varie questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in relazione agli obblighi dei gestori dei motori di ricerca previsti dalla direttiva n. 95/46/Ce⁹¹.

La Corte, in primo luogo appura che la questione ricade nel campo di applicazione della direttiva, in quanto *Google Spain* può essere senz'altro definito uno «stabilimento»⁹² di *Google Inc.* sul territorio spagnolo ed in quanto le attività poste in essere da *Google Spain* e da *Google Inc.* possono essere qualificate «trattamento»⁹³ di dati personali.

La Corte si preoccupa quindi di affrontare il nocciolo della questione, verificando se il gestore di un motore di ricerca possa essere ritenuto il responsabile del trattamento. La risposta alla questione offerta dalla Corte prende le mosse dall'art. 2, lett. *d.*, della direttiva n. 95/46/Ce, il quale definisce il «responsabile del trattamento» come «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali». La Corte non mostra dubbi nell'individuare tale soggetto nel gestore di un motore di ricerca, infatti «è il gestore del motore di ricerca a determinare le finalità e gli strumenti di tale attività e dunque del trattamento di dati personali che egli stesso effettua nell'ambito dell'attività

⁹¹ La direttiva n. 95/46/Ce è stata trasposta nell'ordinamento spagnolo mediante la legge organica n. 15/1999 del 13 dicembre 1999, relativa alla tutela dei dati personali.

⁹² Ai par. 43 e seguenti della sentenza della Corte di giustizia in esame si legge che, poiché «*Google Spain*, (...) sviluppa le proprie attività essenzialmente a destinazione delle imprese basate in Spagna, operando quale agente commerciale del gruppo suddetto in tale Stato membro», «occorre affermare che il trattamento di dati personali realizzato per le esigenze di servizio di un motore di ricerca come *Google Search*, il quale venga gestito da un'impresa con sede in uno Stato terzo ma avente uno stabilimento in uno Stato membro, viene effettuato "nel contesto delle attività" di tale stabilimento qualora quest'ultimo sia destinato a garantire, in tale Stato membro, la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari proposti dal suddetto motore di ricerca, che servono a rendere redditizio il servizio offerto da quest'ultimo».

⁹³ Direttiva n. 95/46/Ce, art. 2, lett. *b.*: «"trattamento di dati personali" ("trattamento"): qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione». In proposito, il concetto risolutivo espresso dalla Corte è quello contenuto nel paragrafo 28 della sentenza, il quale recita: «occorre constatare che, esplorando Internet in modo automatizzato, costante e sistematico alla ricerca delle informazioni ivi pubblicate, il gestore di un motore di ricerca "raccolge" dati siffatti, che egli "estrae", "registra" e "organizza" successivamente nell'ambito dei suoi programmi di indicizzazione, "conserva" nei suoi server e, eventualmente, "comunica" e "mette a disposizione" dei propri utenti sotto forma di elenchi dei risultati delle loro ricerche. Poiché tali operazioni sono contemplate in maniera esplicita e incondizionata all'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46, esse devono essere qualificate come «trattamento» ai sensi di tale disposizione, senza che rilevi il fatto che il gestore del motore di ricerca applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazioni e non distingua tra queste e i dati personali».

medesima, ed è di conseguenza lui a dover essere considerato come il «responsabile» di tale trattamento a norma del citato articolo 2, lettera d)⁹⁴. La conseguenza è che «nella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti *web*, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca quale soggetto che determina le finalità e gli strumenti di questa attività deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita privata»⁹⁵.

Da ultimo, la Corte si occupa del diritto di cancellazione dei dati e del diritto di opposizione al trattamento degli stessi. Questi due diritti, spettanti alla persona interessata, sono disciplinati rispettivamente dall'art. 12, lett. b.⁹⁶ e dall'art. 14, lett. a.⁹⁷, della direttiva n. 95/46/Ce. Sul punto la Corte afferma che «nel valutare domande di questo tipo proposte contro un trattamento di dati quale quello in esame nel procedimento principale, occorre verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome»⁹⁸. In virtù della manifesta prevalenza⁹⁹ degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei confronti dell'interesse economico del gestore del motore di ricerca, nonché sull'interesse del pubblico a trovare l'informazione contenente dati personali mediante una ricerca relativa al nome di questa persona, «occorre affermare che, tenuto conto del carattere sensibile delle in-

⁹⁴ Punto 33 della sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2014 in causa n. C-131/12.

⁹⁵ *Ivi*, punto 38.

⁹⁶ Direttiva n. 95/46/Ce, art. 12, lett. b.: «Gli Stati membri garantiscono a qualsiasi persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento: (...) b) a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni della presente direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati».

⁹⁷ Direttiva n. 95/46/Ce, art. 14, lett. a.: «Gli Stati membri riconoscono alla persona interessata il diritto: a) almeno nei casi di cui all'articolo 7, lettere e) e f), di opporsi in qualsiasi momento, per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare, al trattamento di dati che la riguardano, salvo disposizione contraria prevista dalla normativa nazionale. In caso di opposizione giustificata il trattamento effettuato dal responsabile non può più riguardare tali dati».

⁹⁸ Punto 96 della sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2014 in causa C-131/12.

⁹⁹ Cfr. *ivi*, punto 97.

formazioni contenute in tali annunci per la vita privata di detta persona, (...) la persona interessata vanta un diritto a che tali informazioni non siano più collegate al suo nome attraverso un elenco siffatto»¹⁰⁰. La persona interessata ha quindi il diritto di pretendere che i *link* presenti nell'elenco di risultati prodotto dal motore di ricerca vengano soppressi ai sensi degli artt. 12 e 14 della direttiva n. 94/46/Ce.

Il messaggio della Corte è chiaro. Il gestore di un motore di ricerca sul *web* è responsabile del trattamento dei dati personali, anche per quei dati che compaiono sulle pagine *web* pubblicate da siti terzi. La conseguenza è che il gestore è obbligato, dietro domanda ad esso direttamente rivolta dall'interessato, ad eliminare dall'elenco dei risultati di ricerca, qualora l'utente invochi la tutela del proprio diritto alla *privacy* e, in particolare, il diritto di ottenere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano, nonché la rinuncia a un'ulteriore diffusione di tali dati (il «diritto all'oblio»), i *link* che conducono su pagine *web* contenenti i dati personali del soggetto¹⁰¹. A nulla vale invocare il legittimo interesse degli utenti di internet ad avere accesso a tali informazioni, quando tali dati risultino ina-

¹⁰⁰ *Ivi*, punto 98.

¹⁰¹ Va comunque segnalato che, le conclusioni a cui è pervenuta la Corte di giustizia si discostano non poco dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, il quale, nelle proprie conclusioni presentate il 25/06/2013, al punto 138, aveva osservato: «1. Il trattamento dei dati personali viene effettuato nell'ambito delle attività di uno «stabilimento» del responsabile del trattamento, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, allorché l'impresa che fornisce il motore di ricerca crea in uno Stato membro, ai fini della promozione e della vendita di spazi pubblicitari sul motore di ricerca, un ufficio o una controllata che indirizzi le proprie attività verso gli abitanti del suddetto Stato. 2. Un fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet, il cui motore di ricerca localizza informazioni pubblicate o immesse in Internet da terzi, le indicizza in modo automatico, le archivia temporaneamente e infine le mette a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, «tratta» dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 quando tali informazioni contengono dati personali. Tuttavia, il fornitore di servizi di motore di ricerca su Internet non può essere considerato «responsabile del trattamento» di tali dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, fatta eccezione per i contenuti dell'indice del suo motore di ricerca, sempre che il fornitore di servizi non indicizzi o archivi dati personali contro le istruzioni o le richieste dell'editore della pagina web. 3. Il diritto di cancellazione e di congelamento dei dati, previsto all'articolo 12, lettera b), e il diritto di opposizione, previsto all'articolo 14, lettera d), della direttiva 95/46, non consentono alla persona interessata di rivolgersi essa stessa ad un fornitore di servizi di motore di ricerca per impedire l'indicizzazione di informazioni che la riguardano personalmente, pubblicate legalmente su pagine web di terzi, facendo valere la sua volontà che tali informazioni non giungano a conoscenza degli utenti di Internet, quando la persona interessata ritenga che le suddette potrebbero arrecarle pregiudizio o desideri che vengano dimenticate». Il testo in italiano delle conclusioni è consultabile al link <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=IT>. Per una ulteriore disamina delle Conclusioni dell'Avvocato Generale si veda G. VERSACI, *Diritto all'oblio: la sentenza della corte di cassazione italiana n. 5525/2012, tappa fondamentale di una configurazione in fieri*, in *I quaderni europei n. 63/14, Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, pp. 74-75.

deguati, non più pertinenti ovvero eccessivi in rapporto al tempo trascorso ed alle finalità per le quali sono stati trattati.

Nell'analisi delle possibili implicazioni della pronuncia, risultano certamente evidenti i profili di contrasto con il diritto alla libertà di espressione tutelato dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 10 della CEDU. I gestori di motori di ricerca saranno infatti costretti, su domanda dell'interessato, a provvedere alla deindicizzazione dei *link* contenenti dati personali, senza alcuna comunicazione al sito *web* terzo che ha pubblicato le informazioni. Concretamente, i gestori di motori di ricerca potrebbero preferire «autocensurarsi» piuttosto che rischiare di incorrere in provvedimenti sanzionatori per aver violato la normativa sul diritto alla *privacy*.

Il doveroso bilanciamento¹⁰² di diritti riguarderà ora, da un lato, il diritto alla *privacy*, con riferimento alle sue specifiche implicazioni nel mondo del *web* e, dall'altro, il diritto alla libertà di espressione, comprensivo anche del diritto a cercare ed ottenere informazioni da internet¹⁰³.

Il dato oggettivo relativo al crescente aumento del numero di controversie internazionali che, come appena illustrato, frequentemente sfociano in procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione europea non può che contribuire al delinearsi di un quadro di incertezza giuridica sicuramente preoccupante e che, ancora una volta, richiama il legislatore dell'Unione affinché acceleri l'*iter* legislativo di approvazione di un adeguato progetto di riforma della materia del diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali.

¹⁰² Su questo tema si è soffermato ampiamente l'Avvocato Generale Niilo Jääskinen nelle proprie conclusioni, il quale, al punto 2, ha affermato che «Internet ha rivoluzionato le nostre vite rimuovendo le barriere tecniche e istituzionali alla diffusione e alla ricezione delle informazioni ed ha creato una piattaforma per numerosi servizi della società dell'informazione. Tali servizi vanno a beneficio dei consumatori, delle imprese e della società in generale. Ciò ha dato origine a situazioni senza precedenti, nelle quali occorre trovare un equilibrio tra più diritti fondamentali, come la libertà di espressione, la libertà di informazione e la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei dati personali e della riservatezza degli individui, dall'altro lato».

¹⁰³ Anche su questo aspetto è opportuno richiamare le parole dell'Avvocato Generale: «Il problema della protezione dei dati, che è al centro della presente controversia, si pone solo nel caso in cui un utente di Internet inserisca il nome e il cognome della persona interessata nel motore di ricerca ottenendo un *link* verso le pagine web del giornale in cui compaiono gli annunci contestati. In una situazione di questo genere l'utente di Internet esercita attivamente il proprio diritto ad ottenere informazioni relative alla persona interessata provenienti da fonti pubbliche per motivi che solamente lui conosce. Nella società contemporanea dell'informazione, cercare informazioni pubblicate su Internet tramite motori di ricerca costituisce uno degli strumenti più importanti per esercitare detto diritto fondamentale. Tale diritto comprende, indubbiamente, quello di cercare informazioni relative ad altre persone, ossia, in linea di principio, informazioni protette dal diritto alla vita privata, come quelle che compaiono su Internet a proposito delle attività svolte da un imprenditore o da un politico» (conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, punti 130-131).

5. La tutela della riservatezza nei recenti accordi internazionali in tema di *Passenger Name Records*

La materia del diritto alla riservatezza è negli ultimi anni venuta in rilievo anche in relazione alla questione del trasferimento dei dati personali dei passeggeri¹⁰⁴ di linee aeree, contenuti nei *Passenger Name Records*¹⁰⁵, a determinate autorità di controllo nazionali. I profili critici della questione riguardano specificamente la compatibilità degli accordi internazionali, stipulati al fine di regolare il flusso di tali dati, con le norme di diritto internazionale a tutela del diritto alla *privacy*.

Merita particolare attenzione il fatto che l'Unione europea ha di recente stipulato diversi accordi¹⁰⁶ in materia di trattamento e trasferimento di dati personali contenuti nei PNR. In proposito sembra significativo segnalare che i primi aspetti problematici relativi a tale tipologia di accordi internazionali vanno fatti risalire già al 2004, data del primo accordo in materia tra Unione europea e Stati Uniti d'America¹⁰⁷. I profili critici riguardano in particolare

¹⁰⁴ Per approfondire la tematica si segnala S. D'ACUNTO, *Unione europea e diritti dei passeggeri: bilancio e prospettive*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 239-280 (Parte Prima) e *ivi*, 2013, pp. 541-564 (Parte Seconda).

¹⁰⁵ Nel contesto del traffico aereo, per *Passenger Name Record (PNR)*, si intende una registrazione, archiviata in un apposito database, contenente, oltre ai dati personali del passeggero, quali nome, cognome, data di nascita e indirizzo di residenza, anche quelli relativi all'itinerario compiuto dallo stesso. A fronte di ogni prenotazione, viene creato un PNR all'interno di un archivio informatico. Ad ogni PNR è associato un codice alfanumerico che lo individua univocamente.

¹⁰⁶ Si fa qui riferimento, ad esempio, all'accordo tra l'Unione e l'Australia sul trattamento e trasferimento di dati del codice di prenotazione PNR da parte dei vettori aerei, la cui firma è stata autorizzata con decisione del Consiglio del 22 settembre 2011, n. 2012/380/Ue, approvato con decisione del Consiglio del 13 dicembre 2011, n. 2012/381/Ue; nonché all'accordo tra l'Unione e gli Stati Uniti autorizzato con Decisione del Consiglio del 13 dicembre 2011, n. 2012/471/Ue, in seguito approvato con Decisione del Consiglio del 26 aprile 2012, n. 2012/472/Ue.

¹⁰⁷ Nel 2004 l'Unione europea ha infatti concluso con gli Stati Uniti un primo accordo internazionale sui PNR (il cui testo è allegato alla decisione di approvazione del Consiglio del 17 maggio 2004, n. 2004/496/Ce). La vicenda, sfociata nella conclusione di tale accordo, ha avuto origine nel 2001 con l'adozione da parte degli U.S.A. di uno specifico atto normativo (*Aviation and Transportation Security Act – ATSA* – del 19 novembre 2001), con il quale veniva imposto alle compagnie aeree (anche europee) di trasmettere i PNR di tutti i passeggeri imbarcati in voli diretti verso gli Stati Uniti ad una competente autorità pubblica di controllo. In tale disposizione è stata ravvisata una violazione della già citata direttiva n. 95/46/Ce, essendo gli Stati Uniti una nazione non ritenuta in grado di garantire l'adeguato livello di garanzia richiesto dall'art. 25 della direttiva. Il rischio di vedere negato l'atterraggio sul suolo statunitense alle compagnie aeree europee ha costretto la Commissione europea ad intavolare appositi negoziati al fine di giungere alla conclusione di un accordo in linea con la normativa dell'Unione. Il punto di approdo delle trattative è stato raggiunto con una dichiarazione di impegno degli U.S.A., con la quale viene garantito il rispetto di adeguate modalità di trattamento dei dati personali contenuti nei PNR, a fronte dell'approvazione da parte della Commissione europea della decisione n. 2004/535/CE, con la quale viene espressamente dichiarato adeguato il livello di tutela dei dati personali garantito dagli Stati Uniti. La conclusione del conseguente accordo è approvata con decisione n. 2004/496/Ce del Consiglio. Tuttavia, sia la

la compatibilità della normativa pattizia con le norme sui diritti umani vigenti nel quadro giuridico europeo. Infatti, come visto più sopra, la materia del diritto alla riservatezza come diritto umano è, specialmente nell'ambito europeo, oggetto di un fitto reticolato normativo in cui si intersecano, tra le altre, le norme CEDU e la normativa dell'Unione europea¹⁰⁸.

In primo luogo, dunque, vanno tenuti in debito conto i dettami provenienti dal sistema CEDU. Si è già avuto modo di vedere che l'art. 8 CEDU, al secondo comma, esclude che vi possano essere ingerenze di autorità pubbliche nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata, salvo che tali ingerenze siano previste dalla legge e costituiscano una misura necessaria per una società democratica.

Pacificamente ammesso che, al momento della richiesta di trasferimento dei dati contenuti nei PNR, ci si trovi dinanzi ad una ingerenza di autorità pubblica (nel caso degli U.S.A. l'autorità competente è il *Bureau of Customs and Border Protection*, ufficio del Dipartimento di Difesa nazionale, *Department of Homeland Security – DHS*), occorre valutare se tali compressioni del diritto alla riservatezza siano in linea con la seconda parte del secondo comma dell'art. 8. Il carattere di legittimità dell'ingerenza («tale ingerenza sia prevista dalla legge») non è di certo discutibile, alla luce dell'autorizzazione di tali accordi mediante apposite decisioni del Consiglio dell'Unione europea. Maggiori dubbi invece sorgono quando si fa riferimento alla necessità di tali misure per una società democratica, principio che ricomprende, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche il c.d. principio di proporzionalità¹⁰⁹.

decisione della Commissione, che quella del Consiglio, sono state impugnate dinanzi la Corte di giustizia dell'UE (sentenza del 30 maggio 2006 in cause riunite n. C-317/04 e n. C-318/04), la quale si è pronunciata negando la competenza dell'Unione a concludere l'accordo, in quanto le finalità antiterrorismo manifestate dagli U.S.A. rientrano nella categoria di «pubblica sicurezza», espressamente esclusa dal campo di applicazione della direttiva, come disposto dall'art. 3 della direttiva stessa. Ad ogni modo, tale previsione veniva aggirata mediante l'utilizzo, come base giuridica per la conclusione di un accordo internazionale, degli al tempo vigenti art. 24 TUE (disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza) e art. 38 TUE (disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale). Per una più completa analisi dell'intera vicenda si veda F. ROSSI DAL POZZO, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 169 ss.

¹⁰⁸ Le criticità, ovviamente, riguardano anche le norme internazionali in tema di rispetto della vita privata, come ad esempio il menzionato art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Tuttavia, anche in virtù delle reciproche influenze ed analogie contenutistiche, come visto più sopra, i più importanti rilievi mossi all'interno del quadro europeo riguardano la compatibilità con la disciplina posta in essere nel contesto del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea.

¹⁰⁹ Sul principio di proporzionalità in senso generale, come concepito all'interno del sistema della CEDU, si veda D. J. HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. *supra*, nota 22, pp. 10-11.

La problematicità sta nel fatto che le finalità di sicurezza nazionale, elemento necessario in ogni società democratica, a cui è rivolto l'accordo, riguardano sostanzialmente soltanto la pubblica sicurezza della nazione verso cui sono dirette le linee aeree in questione (anche se va comunque detto che sono talvolta inserite clausole di reciprocità per futuri accordi in direzione opposta). Inoltre, l'eccessiva lunghezza del periodo di conservazione dei dati contenuti nei PNR ha ulteriormente dato luogo a non poche obiezioni¹¹⁰.

Importanti discordanze sono state ravvisate anche con riguardo alla Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale del 28 gennaio 1981. Quest'ultima, traendo ispirazione dall'art. 8 CEDU¹¹¹, svolge certamente un importante compito in tema di protezione dei dati personali, soprattutto in ragione del pacifico riconoscimento al suo interno degli *standard* minimi di protezione in materia di trattamento dei dati personali.

I più frequenti punti di attrito riguardano, in particolare, la predeterminazione delle finalità all'interno degli accordi (art. 5 della Convenzione¹¹²) e il riconoscimento di specifiche ed ulteriori garanzie per i dati a carattere sensibile¹¹³ (art. 6 della Convenzione¹¹⁴), elementi cardine della Convenzione¹¹⁵.

¹¹⁰ Cfr. A. TERRASI, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: l'accordo tra Unione europea e Stati Uniti del 2007*, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 397-398.

¹¹¹ In tema si veda anche M. E. BONFANTI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e nella Convenzione europea dei diritti umani: similitudini e difformità di contenuti*, cit. *supra*, nota 25, p. 449 ss.

¹¹² Art. 5 Convenzione n. 108: «I dati a carattere personale oggetto di elaborazione automatica devono essere: a. ottenuti ed elaborati lealmente e legalmente; b. registrati per fini determinati e legittimi e non devono essere utilizzati in modo incompatibile con tali fini; c. adeguati, pertinenti e non eccessivi in rapporto ai fini per i quali sono registrati; d. esatti e, se necessario, aggiornati; e. conservati sotto una forma che permetta l'identificazione delle persone interessate per un periodo non superiore a quello necessario per i fini per i quali essi sono registrati».

¹¹³ Sulla tematica dello scambio di informazioni sensibili si segnala G. BELOTTI - E. GAMBARARA, *La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto antitrust con particolare riferimento allo scambio e all'acquisto di informazioni tramite società terze*, in questa *Rivista*, 2011, p. 523 ss.

¹¹⁴ Art. 6 Convenzione n. 108: «I dati a carattere personale che rivelano l'origine razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o altre convinzioni, nonché i dati a carattere personale relativi alla salute o alla vita sessuale, non possono essere elaborati automaticamente a meno che il diritto interno preveda delle garanzie appropriate. Lo stesso vale per i dati a carattere personale relativi a condanne penali».

¹¹⁵ Per approfondire si veda anche A. TERRASI, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: l'accordo tra Unione europea e Stati Uniti del 2007*, cit. *supra*, nota 111, pp. 385-386.

Ad oggi, l'Unione europea è legata da accordi internazionali relativi al trasferimento e al trattamento dei dati personali contenuti nei *Passenger Name Records* con Stati Uniti d'America¹¹⁶, Australia¹¹⁷ e Canada¹¹⁸.

Analizzando questi ultimi accordi si nota che il livello di garanzie approntato in relazione al trattamento e al trasferimento dei dati personali contenuti nei PNR è in fase di crescente aumento. Basti a tal fine confrontare i due più recenti accordi vigenti (quelli stipulati nel 2011 con Australia e Stati Uniti) con il più datato accordo tra l'Unione europea ed il Canada. Infatti, benché in tutti e tre gli accordi siano presenti solidi elementi posti a garanzia dei dati personali¹¹⁹, solo nei due più recenti si notano accorgimenti più dettagliati. Basti a tal fine notare, a mero titolo esemplificativo, che in merito alla predeterminazione delle finalità del trattamento dei dati, concetto senz'altro fondamentale per la tematica in esame, nell'art. 1 dell'accordo con il Canada queste non sono delineate in maniera specifica, limitandosi lo stesso ad utilizzare una formula piuttosto vaga, senza alcun riferimento alle finalità antiterrorismo invece menzionate negli altri due. Infatti, all'art. 1 dell'accordo con il Canada, si legge: «Il presente accordo è inteso a garantire che i dati API/PNR delle persone che effettuano viaggi pertinenti all'accordo siano forniti nel pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla *privacy*».

¹¹⁶ Si tratta dell'*Accordo tra gli Stati Uniti d'America e l'Unione europea sull'uso e il trasferimento delle registrazioni dei nominativi dei passeggeri al dipartimento degli Stati Uniti per la sicurezza interna* (d'ora innanzi *Accordo Stati Uniti*), stipulato a Bruxelles il 14 dicembre 2011, ed approvato dal Consiglio dell'Unione europea con la decisione del 26 aprile 2012, n. 2012/472/UE, in *Gu-Ue* n. L 215 dell'11 agosto 2012, p. 4, il quale segue e sostituisce i precedenti accordi in materia intercorsi a partire dal 2004 tra UE e Stati Uniti.

¹¹⁷ Il trattato in questione è l'*Accordo tra l'Unione europea e l'Australia sul trattamento dei dati del codice di prenotazione (Passenger Name Record – PNR) da parte dei vettori aerei dell'Agenzia australiana delle dogane e della protezione di frontiera* (d'ora innanzi *accordo Australia*), stipulato il 29 settembre 2011, ed approvato dal Consiglio UE con la decisione n. 2012/380/UE del 22 settembre 2011, in *Gu-Ue* n. L 186 del 14 luglio 2012, p. 2.

¹¹⁸ Per quanto riguarda il rapporto tra UE e Canada, benché le parti siano attualmente in fase di rinegoziazione, è ancora applicabile un accordo internazionale stipulato nel 2005 (d'ora innanzi semplicemente *accordo Australia*), ed approvato con decisione del Consiglio UE del 18 luglio 2005, relativa alla *conclusione di un accordo tra la Comunità europea e il governo del Canada sul trattamento dei dati API/PNR*, n. 2006/230/Ce, in *Gu-Ue* n. L 82 del 21 marzo 2006, p. 14. La fase di negoziazione è ben avviata, dato che, alla fine del 2013 il Consiglio ha già predisposto una bozza di accordo (contraddistinta in data 4 settembre 2013 attraverso la numerazione 12645/13 e 12637/13 come *Draft Agreement between Canada and the European Union to allow the use and transfer of passenger name record - PNR - data to the Canadian Competent Authority*).

¹¹⁹ In particolare si fa riferimento alla predeterminazione dei fini (art. 3 accordo Australia; art. 4 accordo Stati Uniti, art. 1 accordo Canada), alle modalità di trasferimento (art. 4 accordo Australia; artt. 15, 16, 17 accordo Stati Uniti; art. 2 accordo Canada) e trattamento (artt. da 7 a 10 accordo Australia; artt. 5, 6, 8, 14 accordo Stati Uniti; artt. 3 e 5 accordo Canada), nonché un apparato di specifici diritti individuali (artt. da 11 a 14 accordo Australia; artt. da 10 a 13 accordo Stati Uniti; art. 4 accordo Canada).

Nei due più recenti accordi, in particolare all'art. 4 dell'accordo Stati Uniti e all'art. 3 dell'accordo Australia, si fa invece lo stesso preciso riferimento a «prevenire, accertare, indagare e perseguire i reati di terrorismo».

Ad ogni modo, è opportuno evidenziare che le menzionate criticità da più parti sono state viste come cause di incompatibilità degli accordi stipulati dall'UE con la normativa internazionale. Valga questo a dimostrare che, in tale contesto, il riordino della disciplina dell'Unione europea gioverebbe senz'altro anche nei rapporti che l'Unione intrattiene con i Paesi esterni al territorio dell'Unione stessa. L'ambito delle relazioni esterne, infatti, merita, forse più di altri, la previsione di adeguate garanzie e cautele in tema di riservatezza e tutela dei dati personali, anche alla luce delle inevitabili difformità di contenuti con i vari ordinamenti giuridici extra-UE.

6. Conclusioni

Quello che più preoccupa dell'intera vicenda, dalla quale hanno preso spunto le osservazioni di chi scrive, è la pronta disponibilità in capo a strutture pubbliche e private di strumenti in grado di "spiare" milioni di persone. L'aprioristica ed esclusiva attribuzione di responsabilità alla vicenda "*datagate*" è la strada più facile da percorrere per giustificare la debolezza del sistema di protezione della *privacy*, ma non per trovare una soluzione al problema.

In questo contesto, la risoluzione delle Nazioni Unite è un atto fortemente sintomatico della volontà generale di tutelare i diritti delle persone e la sicurezza degli Stati da possibili condotte illecite. Sebbene non si tratti di uno strumento giuridicamente vincolante, essa può senz'altro costituire un primo passo verso una nuova e più adeguata regolamentazione della materia, come, ad esempio, sta accadendo nel contesto giuridico dell'Unione europea per mezzo del pendente progetto di riforma della vigente disciplina UE.

Nel sistema giuridico globale, tuttavia, siamo ancora lontani dalla predisposizione di una convenzione internazionale dedicata alla disciplina della tutela del diritto alla *privacy* e dello spionaggio internazionale in tempo di pace, anche se esistono già, come visto, meccanismi che, anche se non propriamente specifici, sono diretti a tutelare il diritto alla *privacy* e alla protezione dei dati personali. In proposito, occorre segnalare che alcuni Stati hanno sottolineato l'assenza nella risoluzione di un cenno all'introduzione futura di uno specifico meccanismo internazionale¹²⁰. Questa

¹²⁰ Si richiama il già menzionato Comunicato emesso dallo *United Nations Department of Public Information*, dove si legge che: «Following the approval, some delegates stressed the

piccola "lacuna" può essere senz'altro giustificata dall'intento di ricercare il *consensus* anche degli Stati coinvolti attivamente nelle operazioni di spionaggio internazionale, *in primis* gli Stati Uniti¹²¹.

Gli attuali sistemi di protezione, come abbiamo visto, presentano pregi e difetti e senza dubbio dovranno essere oggetto di continue opere di revisione ed aggiornamento per restare al passo con l'evoluzione della materia del diritto alla riservatezza, particolarmente soggetta a cambiare con il passare del tempo e con l'introduzione di nuove tecnologie¹²². Sarà dunque sempre più realistica l'introduzione di nuovi e più adeguati strumenti a tutela del diritto alla *privacy* dei singoli cittadini, come sta accadendo con il progetto di riforma presentato dalla Commissione UE. D'altro canto, i recenti episodi di sorveglianza di massa, hanno mostrato che la mancanza di un'adeguata tutela del diritto alla riservatezza dell'individuo può produrre notevoli conseguenze anche sulla sicurezza nazionale. In gioco, dunque, non sono solo interessi meramente individuali, ma anche interessi di carattere nazionale e sovranazionale. Proprio per questa ragione la predisposizione di un adeguato strumento di tutela internazionale, a carattere globale, costituisce una esigenza sempre più sentita dalla comunità internazionale.

Nell'attesa, è indubbio che il legislatore dell'Unione dovrebbe senz'altro accelerare l'*iter* di approvazione del progetto di riforma dell'attuale normativa a tutela della *privacy*. Le recentissime pronunce della Corte di giustizia in tema di protezione dei dati personali hanno infatti sollevato ulteriori e altrettanto spinose problematiche che necessitano di puntuali risposte da parte delle istituzioni dell'Unione, le quali non possono oramai più permettersi di restare inerti di fronte a tale quadro.

Anche se non è possibile conoscere con certezza se l'approvazione della risoluzione produrrà azioni concrete ed immediate nel senso auspicato, essa si pone comunque come una chiara dichiarazione di principio della comunità internazionale, con la quale, senza dubbio, la questione verrà mantenuta per lungo tempo al centro del dibattito politico e giuridico globale.

Edoardo Alberto Rossi*

need for agreed international human rights mechanisms in relation to ensuring privacy and freedom of expression. Some expressed regret over the lack of a specific reference to such mechanisms in the draft».

¹²¹ Cfr. N. RONZITTI, *L'Onu batte un colpo su privacy e spioni*, in www.affarinternazionali.it del 10 dicembre 2013.

¹²² Fino a pochi anni fa era impensabile, ad esempio, che potessero essere elaborati programmi di sorveglianza quali quelli utilizzati dalla NSA, come *Prism*, *XKeyscore* e *Tempora*, portati alla ribalta globale con le rivelazioni di Snowden, in grado di intercettare comunicazioni e raccogliere un enorme numero di dati personali su scala di massa.

* Dottorando di ricerca / Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

SINTESI

La risoluzione delle Nazioni Unite del novembre 2013, intitolata «Il diritto alla *privacy* nell'era digitale», adottata in risposta ai recenti scandali in tema di attività di sorveglianza di massa, può essere qualificata come una decisa dichiarazione di principio volta a ribadire la centralità della tutela del diritto alla *privacy* nel contesto giuridico globale ed europeo. Essa si colloca in un fitto quadro normativo costituito dalle disposizioni del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966), dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla normativa dell'Unione europea, oggetto di un pendente progetto di riforma.

La necessità di un rinnovato e rinforzato sistema giuridico di tutela del diritto alla *privacy* è sottolineata anche da alcune recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione. Queste pronunce hanno evidenziato nuove problematiche in materia di protezione dei dati personali che necessitano di specifiche e precise risposte da parte delle istituzioni dell'Unione europea.

Dopo l'analisi dei singoli strumenti e meccanismi di tutela del diritto alla *privacy*, si è cercato di rilevare quale potrebbe essere il ruolo della risoluzione e quale futuro scenario potrebbe essere aperto nel quadro giuridico globale ed europeo.

ABSTRACT

The United Nation resolution of November 2013, entitled «The right to privacy in the digital age», issued in answer to the recent scandals in order to the mass surveillance activities, can be qualified as a clear statement of principle directed to reaffirm the centrality of the protection of the right to privacy in the global and European juridical context. The resolution is placed in a dense regulatory framework composed by the rules of the International Covenant on civil and political rights (1966), by the European Convention on Human Rights and by the EU law, object of a pending reform project.

The necessity of an improved and updated system of protection of the right to privacy is also stressed by some recent judgements of the Court of Justice of the European Union. These decisions highlighted new problems in order to the personal data protection needing specific and accurate answers from the EU institutions.

After the analysis of the instruments and the mechanisms of protection of the right to privacy, the Author tried to observe which role can have the resolution and which future scenario can be opened in the global and European juridical framework.

I. SENTENZE E COMMENTI

UNA DENOMINAZIONE GEOGRAFICA NON REGISTRATA IN SEDE COMUNITARIA PUÒ ESSERE COMUNQUE TUTELATA DA UNA DISPOSIZIONE NAZIONALE PURCHÉ TALE DISPOSIZIONE NON SIA IN CONTRASTO CON LE NORME UE IN MATERIA DI TUTELA DI IGP E DOP E DI LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 maggio 2014 in causa n. C-35/13*

Assica - Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi, Kraft Foods Italia SpA c. Associazione fra produttori per la tutela del «Salame Felino», La Felinesa Salumi SpA, Salumificio Monpiù Srl, Salumi Boschi Fratelli SpA, Gualerzi SpA, Alinovi Tullio di Alinovi Giorgio & C. Snc, Salumificio Gastaldi di Gastaldi Franco & C. Snc, Boschi Cav. Umberto SpA, Fereoli Mario & Figlio Snc, Salumificio Ducale Snc di Morini & Tortini, Fereoli Gino & Figlio Snc, Ronchei Srl, Salumificio B.R.B. Snc

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Cee) n. 2081/92, art. 2, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 535/97 - Tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli ed alimentari - Ambito di applicazione - Protezione nazionale delle denominazioni di origine geografica - Inesistenza di registrazione comunitaria - Effetti - Presupposti per un regime di protezione sul mercato di uno Stato membro.

Il Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni

* EU:C:2014:306, inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 373 ss., il commento di *MATTEO GRAGNANI* e di *NICOLA COPPOLA*.

di origine dei prodotti agricoli ed alimentari, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 535/97 del Consiglio, del 17 marzo 1997, deve essere interpretato nel senso che esso non attribuisce un regime di protezione a una denominazione geografica priva di registrazione comunitaria, ma che quest'ultima può essere protetta, eventualmente, in forza di una disciplina nazionale relativa alle denominazioni geografiche concernenti i prodotti per i quali non esiste un nesso particolare tra le loro caratteristiche e la loro origine geografica, a condizione, tuttavia, da un lato, che l'applicazione di siffatta disciplina non comprometta gli obiettivi perseguiti dal Regolamento n. 2081/92, come modificato dal Regolamento n. 535/97, e, dall'altro, che essa non sia in contrasto con la libera circolazione delle merci di cui all'art. 28 CE, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare.

LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL SALAME FELINO RISOLVE IL CASO DI SPECIE MA NON L'EQUIVOCO SULLA FUNZIONE SVOLTA DALLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE*

Sommario: **I.** *La competenza dell'UE in materia di Indicazioni Geografiche* – **1.** *In generale* - **2.** *Sviluppi legislativi: il Regolamento (Ue) n. 1151/2012* - **II.** *La saga del Salame di Felino* - **1.** *Giurisprudenza di merito* - **2.** *La Cassazione e l'oggetto del rinvio del 2013* - **3.** *La risposta della Corte di giustizia Ue* - **III.** *Analisi della sentenza* - **IV.** *Incoerenza rispetto alla disciplina delle IG sugli spiriti* - **V.** *Le possibili conseguenze pratiche della decisione* - **1.** *Spazi residui rimessi alla competenza degli Stati membri* - **a.** *La situazione normativa in Italia* - **b.** *La situazione normativa in Portogallo* - **2.** *I riflessi della decisione a livello internazionale* - **a.** *Le problematiche relative all'applicazione dell'Accordo TRIPs* - **b.** *Le conseguenze della sentenza rispetto all'Accordo di Lisbona* - **c.** *La sentenza sul Salame Felino e la revisione dell'Accordo di Lisbona* - **VI.** *Legislazione de iure condendo* - **VII.** *Risvolti relativi al Salame di Felino* - **VIII.** *Considerazioni finali.*

I. La competenza dell'Ue in materia di Indicazioni Geografiche

1. In generale

La disciplina armonizzata a livello Ue per le Indicazioni Geografiche (IG) nel settore agroalimentare, stabilita nel 1992 con l'emanazione del Regolamento (Ce) n. 2081/92, ha sostituito i sistemi nazionali precedentemente in vigore. Quale conseguenza, la capacità da parte degli Stati membri di adottare regole nazionali confliggenti con gli «schemi europei di

* Sebbene questo contributo sia frutto di ricerca ed analisi comune, e gli Autori condividano le opinioni in esso espresso, le parti relative agli spazi residui rimessi alla competenza degli Stati membri ed i riflessi della sentenza in commento a livello internazionale sono attribuibili a *MATTEO GRAGNANI*; quelle riguardanti la saga del Salame Felino, l'incoerenza rispetto alla disciplina di protezione IG sugli spiriti e le conseguenze sulla legislazione *de iure condendo* a *NICOLA COPPOLA*. Le considerazioni svolte in questo testo riflettono esclusivamente le opinioni personali dei singoli Autori e non quelle delle rispettive istituzioni di appartenenza.

qualità», o di estendere l'ambito di protezione tramite accordi internazionali, è stata fortemente limitata.

Da questo punto di vista, la questione giuridica più problematica risiede nella misura in cui gli Stati membri possono attribuire una protezione nazionale alle denominazioni di origine geografica. La soluzione di tale quesito presuppone la precisa identificazione dell'ambito di applicazione del Regolamento comunitario, cosa che da sempre crea attriti fra gli Stati membri, i quali rivendicano spazi per una protezione parallela nazionale, e la Commissione.

Il carattere esauriente della competenza Ue sul sistema di protezione IG è stato per la prima volta affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Budvar c. Ammersin*¹, in riferimento al Regolamento (Ce) n. 510/2006, che aveva sostituito il previgente Regolamento (Ce) n. 2081/92². Con tale decisione la Corte ha sancito la preclusione della validità degli accordi fra due Stati membri tesi al riconoscimento di denominazioni protette in uno dei due, in assenza di una registrazione della denominazione di origine ai sensi del Regolamento comunitario.

Il principio affermato in *Budvar*, che ha confermato quanto stabilito in modo meno esplicito in precedenti pronunce³, ha consolidato la posizione della Commissione europea, contraria al mantenimento di una protezione nazionale per le denominazioni di prodotti agroalimentari le cui caratteristiche sono legate ad uno specifico territorio.

2. Sviluppi legislativi: il Regolamento (Ue) n. 1151/2012

Il dibattito scaturito in seguito all'annuncio della proposta di riforma del Regolamento (Ce) n. 510/2006 ha rinvigorito le aspettative degli Stati membri di rimediare alla «privazione» delle loro competenze da parte del Parlamento europeo, il cui ruolo è divenuto determinante nel processo legislativo con l'inserimento dell'art. 118 TFUE nella base legale del nuovo

¹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7721, EU:C:2009:521.

² Per una analisi approfondita della decisione, cfr. V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza BUD II*, in questa *Rivista*, 2010, p. 225; F. CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in questa *Rivista*, 2010, p. 401 ss. Per un approfondimento della disciplina comunitaria si veda M. GRAGNANI, *The law of geographical indications in the EU*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2012, 7: 271-282. doi:10.1093/jiplp/jps020.

³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1998 in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, *Epoisses de Bourgogne*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3315, punto 21, EU:C:1998:274.

Regolamento⁴. Tale disposizione stabilisce che nell'adozione di atti in materia di proprietà intellettuale si deve far ricorso alla procedura legislativa ordinaria ex art 294 TFUE, che attribuisce al Parlamento gli stessi poteri del Consiglio, in linea con le riforme introdotte dal Trattato di Lisbona.

Nonostante la posizione simpatetica del Parlamento UE alle istanze descritte, il Regolamento (Ce) n. 1151/2012 non ha chiarito il punto in questione. Come nella legislazione previgente, esso consente solo la protezione nazionale su base transitoria, in pendenza della decisione della Commissione sulla domanda di registrazione di una DOP o IGP.

II. La saga del Salame di Felino

La saga del Salame di Felino ha inizio nel 1998, quando l'Associazione fra produttori di «Salame di Felino», una salsiccia di carne di maiale del paese di Felino (Parma), citava in giudizio Kraft Jacobs Suchard SpA per concorrenza sleale, adducendo che la parte convenuta aveva posto in vendita una salsiccia chiamata «Salame Felino» realizzata al di fuori dell'area «tradizionale» di produzione, e precisamente a Cremona. La controversia era incardinata innanzi al Tribunale di Parma⁵.

1. *Giurisprudenza di merito*

Nel febbraio 2001, il Tribunale di Parma stabiliva che l'operato della Kraft Jacobs Suchard costituiva un atto di concorrenza sleale ai sensi del dlgs n. 198/1996 (contenente disposizioni volte ad assicurare la conformità della legislazione nazionale in materia di proprietà intellettuale con le disposizioni vincolanti dell'accordo TRIPS).

La decisione veniva quindi confermata dalla Corte d'appello di Bologna secondo la quale la registrazione di un nome ai sensi dello schema europeo

⁴ Si veda in tal senso 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.; N. COPPOLA, *Regolamento 1151/2012 su DOP, IGP ed STG: una occasione mancata?*, in *Alimenta*, 2013, n. 2, p. 31-35.

⁵ Peraltro, il Tribunale di Modena presentò un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per un aspetto ulteriore della stessa controversia, ossia il rapporto fra marchi collettivi ed indicazioni geografiche. Tale aspetto fu risolto dalla Corte europea con una prima decisione sul «salame di Felino» del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07, *Alberto Severi c. Regione Emilia Romagna*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8041. Tale rinvio riguardava un giudizio sul riconoscimento della protezione nazionale del Salame di Felino, denominazione solo di recente iscritta nel registro delle denominazioni protette tramite il Regolamento (Ce) n. 186/2013 della Commissione del 5 marzo 2013. Già nel 2009, ossia prima della sua registrazione come IGP, la Corte si era pronunciata in merito alla controversia generata da un «Salame di Felino» prodotto a Cremona dalla KRAFT, a marchio Invernizzi, senza però approfondire la questione relativa alla natura delle competenze nazionali e comunitarie in materia di IG agroalimentari.

per DOP o IGP era necessaria solo se il Regolamento comunitario veniva invocato, ma non per ottenere protezione in base alla legge nazionale.

In sostanza, entrambi i giudici di merito hanno stabilito la mancata necessità di una registrazione formale ai fini della protezione nazionale.

2. *La Cassazione e l'oggetto del rinvio del 2013*

Questo approccio ha attirato l'attenzione della Corte Suprema di Cassazione, preoccupata che tale situazione potesse costituire un potenziale rischio di prevalenza della norma nazionale su quella comunitaria.

Per questo motivo, la Corte di cassazione propone rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE e pone le seguenti domande alla Corte di giustizia Ue⁶.

«1) Se l'articolo 2 del regolamento n. 2081/1992 debba essere interpretato nel senso di escludere che una associazione di produttori possa vantare il diritto di utilizzare in esclusiva, all'interno dell'[Unione], una denominazione di origine geografica impiegata nel territorio di uno Stato membro per designare un certo tipo di salume, senza aver previamente ottenuto da tale Stato membro un provvedimento giuridicamente vincolante nel quale risultino stabiliti i confini della zona geografica di produzione, il disciplinare della produzione, ed eventuali requisiti che i produttori debbano possedere per beneficiare del diritto di utilizzare la denominazione stessa.

2) Quale sia, con riferimento alle disposizioni del regolamento (...) n. 2081[/]1992, il regime da applicare nel mercato [dell'Unione] ed altresì in quello di uno Stato membro, ad una denominazione geografica priva della registrazione di cui si tratta».

3. *La risposta della Corte di giustizia Ue*

La Corte di giustizia Ue si è pronunciata in data 8 maggio 2014, a seguito di procedura accelerata, e dunque senza ottenere previamente le conclusioni dell'Avvocato Generale⁷.

Secondo la Corte (punto 39): «il regolamento n. 2081/92 deve essere interpretato nel senso che esso non attribuisce un regime di protezione a

⁶ Ord. Cass. civ., sez. I, del 18 gennaio 2013, n. 1236, in *Gu-Ue* n. C-86 del 23 marzo 2013, p. 13.

⁷ Sulla tendenza recente della Corte di giustizia di prescindere dalle conclusioni degli Avvocati Generali si veda: E. ROSATI, *Luxembourg, we have a problem: where have the Advocates General gone?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, (2014) 9 (8): 619 doi:10.1093/jiplp/jpu115.

una denominazione geografica priva di registrazione comunitaria⁸, ma che quest'ultima può essere protetta, eventualmente, in forza di una disciplina nazionale relativa alle denominazioni geografiche concernenti i prodotti per i quali non esiste un nesso particolare tra le loro caratteristiche e la loro origine geografica, a condizione, tuttavia, da un lato, che l'applicazione di siffatta disciplina non comprometta gli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 2081/92 e, dall'altro, che essa non sia in contrasto con la libera circolazione delle merci di cui all'articolo 28 CE, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare».

III. Analisi della sentenza

La Corte di giustizia Ue sembra travisare l'ampiezza ed il senso del secondo quesito. Sostiene infatti la Corte (punto 24) che: «Con la sua seconda questione (...) il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il regolamento n. 2081/92 debba essere interpretato nel senso che esso attribuisce un regime di protezione a una denominazione geografica priva di registrazione comunitaria». In realtà il giudice nazionale si era limitato a chiedere quale fosse, con riferimento alle disposizioni del Regolamento (Ce) n. 2081/1992, il regime da applicare ad una denominazione geografica priva di registrazione comunitaria nel mercato dell'Unione e, soprattutto, in quello di uno Stato membro⁹. È chiaro che si tratta di due modi diversi di inquadrare la questione o addirittura di due questioni diverse. La domanda originaria, alla quale la Corte avrebbe dovuto rispondere, partiva dalla consapevolezza della necessità di individuare una protezione, nazionale o comunque alternativa al regime comunitario, in soccorso delle numerose denominazioni (o indicazioni) non registrate, difficilmente riconducibili alla categoria delle indicazioni geografiche c.d. semplici¹⁰. Al contrario, la

⁸ Una delle caratteristiche peculiari dei Regolamenti comunitari sulle IG è che essi non conferiscono il diritto all'uso esclusivo del nome ad un particolare individuo o ad un gruppo specifico, ma a qualsiasi operatore che rispetti le regole fissate dal disciplinare di produzione. L'approvazione di una disciplina armonizzata sulle IG agroalimentari ha separato in via di fatto i gruppi di produttori dalla proprietà del nome registrato, al contrario di quanto era previsto in alcune legislazioni nazionali previgenti. A maggior ragione, come correttamente evidenziato dalla Corte, nessuna esclusiva è invocabile da un privato nei confronti di un altro in assenza di un provvedimento (europeo o nazionale) di riconoscimento.

⁹ Cfr. ord. Cass. civ., sez. I, del 18 gennaio 2013, n. 1236, *cit. supra*, nota 6.

¹⁰ Le indicazioni geografiche semplici esauriscono la loro funzione nel comunicare al consumatore la provenienza dell'alimento senza evidenziare determinate caratteristiche qualitative associate a tale origine. Sin da ora si precisa che in questo contributo tali indicazioni verranno menzionate anche come «indicazioni geografiche semplici», «IG semplici» o «indicazioni di provenienza». Ad esse si contrappongono le indicazioni e denominazioni geografiche

ricostruzione del quesito operata dalla Corte di giustizia sembra volerne anticipare la soluzione, restringendo lo spettro delle possibili risposte.

La Corte conclude che il Regolamento (Cee) n. 2081/92 non attribuisce un regime di protezione a una denominazione geografica priva di registrazione comunitaria, ma che quest'ultima può essere protetta, eventualmente, in forza di una disciplina nazionale relativa alle denominazioni geografiche concernenti i prodotti per i quali non esiste un nesso particolare tra le loro caratteristiche e la loro origine geografica.

La Corte omette tuttavia di considerare un aspetto fondamentale: il fatto che una denominazione geografica non sia stata registrata a livello comunitario non significa automaticamente che il relativo prodotto sia privo di un legame tra caratteristiche ed origine geografica. Sebbene, infatti, lo schema di tutela Ue preveda tale nesso quale requisito essenziale per accedere alla protezione, la mancata registrazione non dovrebbe in ogni caso impedire alle denominazioni geografiche non registrate di comunicare, insieme con il luogo di provenienza, anche le qualità del prodotto ad esso collegate. Affermare il contrario equivale ad istituire una finzione normativa che mal si presta a disciplinare la realtà. Difatti, l'approccio della Corte genera un duplice inconveniente; in primo luogo, quello di equiparare *ex lege* prodotti privi di nesso a prodotti che possono vantare un preciso legame tra qualità e origine geografica, pur non essendo stati registrati a livello UE. Inoltre, seguendo il ragionamento della Corte, i prodotti con nesso tra caratteristiche ed origine geografica e denominazione non registrata dovrebbero essere disciplinati dalle normative nazionali previste per prodotti privi di tale *link*. È tuttavia poco probabile che queste normative siano in grado di fornire una protezione adeguata alle predette denominazioni, proprio perchè concepite per la tutela di prodotti differenti.

Con la sentenza in commento la Corte vorrebbe dunque degradare tutte le denominazioni non registrate a livello comunitario a semplici indicazioni di provenienza, anche quando non lo sono. Le considerazioni che precedono trovano una paradossale conferma proprio nel caso di specie. Al momento dei fatti oggetto della causa di merito la denominazione «Salame Felino» non era registrata a livello Ue. Nel marzo 2013 è stata regi-

qualificate, in prosieguo denominate anche «IG qualificate» o «denominazioni qualificate», che si caratterizzano per il fatto di associare all'origine geografica del prodotto determinate qualità e, dunque, per essere qualificate dal particolare legame con il territorio. La distinzione fra IG qualificate e semplici appare rigida nel concetto ed artificiosa in pratica: cfr. in questo senso G. COSCIA, *Considerazioni sulla portata esauriente del Regolamento n. 510/2006*, in P. BORGHI - L. COSTATO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, Jovene, 2011, p. 440.

strata a livello comunitario come IGP¹¹. Indubbiamente sarebbe difficile sostenere che prima della registrazione comunitaria lo stesso prodotto, accompagnato dalla medesima denominazione, fosse privo di determinate caratteristiche riconducibili all'origine geografica¹². Tutto ciò dimostra che la conclusione della Corte si risolve in una finzione giuridica. Al riguardo sarebbe forse più ragionevole riconoscere che i prodotti agroalimentari presentano o meno determinate caratteristiche legate al luogo di origine, in modo del tutto indipendente dalla registrazione Ue. E se hanno tali caratteristiche non si vede perchè non dovrebbero trovare adeguata protezione a livello nazionale.

Numerosi sono infatti i prodotti di mera rilevanza e consumo locale che non vengono esportati al di fuori del mercato nazionale, o più spesso regionale, di origine.

Infine la Corte di giustizia Ue subordina l'applicabilità di un'eventuale disciplina nazionale a precise condizioni (punto 34): «la protezione attribuita da un regime nazionale deve avere l'effetto non di garantire ai consumatori che i prodotti i quali godono di tale protezione presentino una qualità o una caratteristica determinata, bensì esclusivamente quello di garantire che siffatti prodotti provengano effettivamente dall'area geografica di cui si tratti». Si tratta, invero, di due aspetti difficili da distinguere tra loro. Raramente, infatti, la garanzia dell'origine geografica assume agli occhi del consumatore una valenza che prescinde dalle qualità ad essa intrinsecamente collegate. Inoltre, sempre secondo la Corte (punto 38), spetterebbe al giudice nazionale verificare le predette condizioni. Trattandosi di condizioni negative la verifica si prospetta poco agevole.

La decisione *Salame di Felino* conferma l'anomalia dell'approccio della Corte europea in riferimento alle Indicazioni Geografiche: pure essendo esse intese quali diritti di proprietà intellettuale¹³, non è consentito un sistema di protezione parallelo valido entro i confini nazionali, al pari di quanto invece accade per altri diritti di tale natura, quali marchi, disegni e brevetti. Garantire una simile protezione non sarebbe dunque in contrasto con il principio di supremazia del diritto europeo.

¹¹ *Gu-Ue* n. C-19 del 20 gennaio 2011, p. 11.

¹² Analoghe considerazioni possono essere esposte con riguardo alla sentenza del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur*, antecedente al Regolamento (Ce) n. 2081/92: i prodotti considerati furono poi registrati a livello europeo.

¹³ La stessa Corte ne riconosce l'appartenenza alla materia della proprietà intellettuale: Parere n. 1/94 della Corte di giustizia, in *Raccolta*, 1994, I, p. 526 ss. Non è questa la sede per discutere le opinioni di coloro che contestano tale orientamento.

IV. Incoerenza rispetto alla disciplina delle IG sugli spiriti

Le osservazioni finora svolte si riferiscono agli strumenti DOP e IGP previsti per la tutela delle denominazioni dei prodotti agro-alimentari.

La precisazione assume rilievo in quanto permette di evidenziare un altro possibile elemento di incoerenza sistematica derivante dall'approccio della Corte, in questo caso non in relazione alla materia della proprietà intellettuale latamente intesa ma alla stessa disciplina europea delle IG.

Il Regolamento (Ce) n. 110/2008 relativo alla protezione delle IG per bevande spiritose¹⁴, stabilisce all'art. 9(5): «Le denominazioni di vendita possono essere completate o sostituite da una delle indicazioni geografiche registrate nell'allegato III conformemente al capo III oppure completate, in conformità delle disposizioni nazionali, da un'altra indicazione geografica, purché ciò non induca in errore i consumatori». Tale disposizione potrebbe dunque essere interpretata¹⁵ nel senso di ammettere la coesistenza fra sistema Ue e sistemi nazionali di protezione delle suddette IG.

V. Le possibili conseguenze pratiche della decisione

1. *Spazi residui rimessi alla competenza degli Stati membri*

La decisione in commento genera una serie di contraddizioni di ordine sistematico relative alla ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri in materia di denominazioni di origine ed indicazioni geografiche per prodotti agroalimentari.

La Corte fonda le proprie conclusioni sulla precedente decisione *Budvar* che nel 2009 aveva ugualmente affermato l'esaustività del sistema comunitario. Ciononostante, a tale sentenza sembrano essere sopravvissute fino ad oggi diverse discipline nazionali.

a. *La situazione normativa in Italia*

In Italia, gli artt. 29 e 30 del Codice della Proprietà Industriale (c.p.i.), in principio applicabili anche ai prodotti agroalimentari, stabiliscono un

¹⁴ Regolamento (Ce) n. 110/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 gennaio 2008 relativo alla definizione, alla designazione, alla presentazione, all'etichettatura e alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose e che abroga il Regolamento (Cee) n. 1576/89 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 39 del 16 13 febbraio 2008.

¹⁵ N. COPPOLA, *The CJEU confirms the exclusive character of EU competence in PDO/PGI schemes*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, (2014) 9 (9): 717-718. doi: 10.1093/jiplp/jpu124.

regime di protezione per indicazioni geografiche con nesso tra qualità, reputazione o caratteristiche, e luogo d'origine del prodotto. Dal punto di vista sistematico, l'applicazione di tale disciplina sembrerebbe subordinata alle sole «*convenzioni internazionali in materia*», mentre nessun richiamo è operato rispetto al Regolamento comunitario per prodotti agroalimentari.

L'art. 29 c.p.i. definisce in termini identici le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine, senza quindi seguire il modello comunitario che, al contrario, distingue le due fattispecie¹⁶. Tale aspetto è indicativo di una scelta autonoma del legislatore italiano che, sebbene sia intervenuto su questi due articoli¹⁷ anche dopo la decisione *Budvar*, non ha modificato l'impostazione originaria. Pertanto gli artt. 29 e 30 c.p.i. configurano un regime nazionale potenzialmente capace di trovare applicazione per la protezione di IG qualificate, sia pure solo in via residuale rispetto alla disciplina comunitaria. Inoltre gli artt. 29 e 30 del c.p.i. tutelano tutte le indicazioni geografiche indipendentemente da una loro registrazione, lettura peraltro confermata in passato dalla stessa giurisprudenza nazionale¹⁸.

Infine l'art. 30 c.p.i. lascia aperta la possibilità di integrare la protezione ivi stabilita con quella offerta dalla disciplina codicistica sulla concorrenza sleale (art. 2598 cod. civ.). Rispetto a quest'ultima, è stato correttamente osservato come l'espressione geografica che costituisce una denominazione o indicazione dovrebbe, sempre e comunque, essere autonomamente proteggibile in forza delle regole generali sulla lealtà commerciale¹⁹. Ciò sembra frapporre un ulteriore limite all'esplicarsi delle pretese esaustive della sentenza in commento. È vero, infatti, che una lettura rigida delle conclusioni della Corte dovrebbe precludere l'applicazione degli artt. 29 e 30 c.p.i. ad una IG qualificata ma non registrata a livello comunitario. Difficilmente però si potrebbe arrivare a negare l'applicabilità, a tutela del medesimo segno, dell'art. 2598, n. 2, peraltro capace di offrire una protezione superiore alla soglia minima dell'inganno del pubblico ed estesa anche agli illeciti di natura parassitaria²⁰.

Vale anche la pena ricordare che le indicazioni geografiche qualificate possono essere tutelate in Italia utilizzando i marchi collettivi alle condi-

¹⁶ Così L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, quinta edizione, Padova, Cedam, 2012, p. 217.

¹⁷ Da ultimo con il dlgs n. 131 del 13 agosto 2010.

¹⁸ Così Corte app. Milano, 5 aprile 2002.

¹⁹ Così V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette*, cit. *supra*, nota 2, p. 269.

²⁰ Cfr. A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, sesta ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 97 e p. 351; L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, cit. *supra*, nota 16; in questo senso si veda inoltre G. E. SIRONI, *La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 542.

zioni previste dall'art. 11.4 c.p.i.²¹. Dunque la tesi dell'esclusività dello schema europeo è ulteriormente indebolita da questo residuo spazio di competenza nazionale.

Le discipline di natura generale non esauriscono il panorama normativo italiano. Ad esse si accompagna una miriade di provvedimenti a carattere speciale, spesso risalenti nel tempo ma mai esplicitamente abrogati²². A titolo di esempio, ad oggi è vigente la l. n. 125 del 10 aprile 1954, «Tutela delle denominazioni di origine e tipiche dei formaggi»²³ che annovera, tra gli altri, Asiago, Gorgonzola e Fontina. Tra i provvedimenti che riguardano prodotti specifici vige la l. n. 26 del 13 febbraio 1990, «Tutela della denominazione di origine "Prosciutto di Parma"»²⁴.

b. *La situazione normativa in Portogallo*

Sempre nell'ottica di una ricognizione non esaustiva, merita attenzione la situazione portoghese. Ancora oggi (a distanza di cinque anni dalla precedente decisione della Corte) anche il Portogallo prevede uno schema generale per la tutela di denominazioni d'origine ed indicazioni geografiche potenzialmente autonomo rispetto a quello europeo²⁵.

Come per il c.p.i. italiano, anche nel codice portoghese le definizioni di denominazione di origine (*Denominação de Origem*) e indicazione geo-

²¹ Ed inizialmente le prime denominazioni d'origine erano protette attraverso i marchi collettivi. Su questo punto cfr. F. CAPELLI, *La protezione giuridica dei prodotti agro-alimentari di qualità e tipici in Italia e nell'Unione europea*, in questa Rivista, 2001, p. 177 ss.

L'art. 11.4 c.p.i. prevede che: «In deroga all'articolo 13, comma 1, un marchio collettivo può consistere in segni o indicazioni che nel commercio possono servire per designare la provenienza geografica dei prodotti o servizi. In tal caso, peraltro, l'Ufficio italiano brevetti e marchi può rifiutare, con provvedimento motivato, la registrazione quando i marchi richiesti possano creare situazioni di ingiustificato privilegio o comunque recare pregiudizio allo sviluppo di altre analoghe iniziative nella regione. L'Ufficio italiano brevetti e marchi ha facoltà di chiedere al riguardo l'avviso delle amministrazioni pubbliche, categorie e organi interessati o competenti. L'avvenuta registrazione del marchio collettivo costituito da nome geografico non autorizza il titolare a vietare a terzi l'uso nel commercio del nome stesso, purché quest'uso sia conforme ai principi della correttezza professionale». Al riguardo la decisione della Corte di appello di Milano del 5 aprile 2002 afferma che «L'indicazione geografica qualificata, anche non registrata, assume il valore di una sorta di marchio collettivo non registrato ove, da un lato, i singoli utilizzatori della denominazione sono tenuti a rispettare una disciplina imposta dalle regole di correttezza professionale e dall'altro i terzi, estranei al gruppo degli aventi diritto all'utilizzazione, sono tenuti ad astenersi da qualsiasi atto confusorio che rappresenti una minaccia per l'altrui azienda o per l'altrui prodotto, o che sia idoneo ad ingannare il pubblico».

²² In passato un'opera di censimento era stata effettuata da G. ANGELICCHIO, *Censimento delle norme in materia di indicazioni geografiche*, in UBERTAZZI, *Materiali per un codice di diritto industriale*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.ubertazzi.it/it/censnorme/censimentodenominazioni.PDF>.

²³ In *Guri* n. 99 del 30 aprile 1954.

²⁴ In *Guri* n. 42 del 20 febbraio 1990.

²⁵ Cfr. gli articoli da 305 a 315 del Codice di Proprietà Industriale portoghese.

grafica (*Indicação Geográfica*) divergono da quelle comunitarie²⁶. Si tratterebbe in apparenza di titoli di proprietà intellettuale su base territoriale nazionale, collegati ad IG qualificate, distinte rispetto al riconoscimento comunitario. Il c.p.i. portoghese prevede inoltre un sistema di registrazione nazionale per IG qualificate²⁷. Sembrerebbe, pertanto, un regime nazionale parallelo e separato da quello europeo. Difatti nessun riferimento è operato rispetto alla procedura comunitaria. Anche se in realtà una ricostruzione conforme alla sentenza in commento dovrebbe portare a considerare la protezione nazionale portoghese quale tutela transitoria in attesa del riconoscimento comunitario.

Le normative nazionali appena considerate dimostrano come il "dogma dell'esaustività" del regime comunitario, affermato per la prima volta nel 2009, non abbia ad oggi determinato modifiche sostanziali delle discipline nazionali, quantomeno in alcuni degli Stati membri. Resta ora da vedere come la decisione in commento verrà recepita dai legislatori nazionali.

Del resto una rigida applicazione della tesi della Corte di giustizia Ue porterebbe a conseguenze faticosamente accettabili e comunque paradossali. Basti pensare che le predette discipline codicistiche italiana e portoghese, appositamente concepite per IG con nesso qualitativo, non potrebbero trovare applicazione nei confronti dell'oggetto naturale della loro tutela, oltretutto in un settore di rilevanza cruciale quale quello agroalimentare.

Le conclusioni della Corte lasciano ad ogni modo un certo margine per l'utilizzo delle discipline sulla concorrenza sleale.

Ad ogni modo la direttiva n. 2000/13/Ce sull'etichettatura e la presentazione degli alimenti dovrebbe assicurare la sopravvivenza di talune normative nazionali relative ai prodotti agroalimentari. Da un lato, infatti, la predetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di impedire etichettature tali da indurre in errore l'acquirente su qualità, origine e provenienza del prodotto. Dall'altro, essa riconosce agli Stati membri il potere di applicare disposizioni nazionali non armonizzate giustificate da motivi «di tutela della proprietà industriale e commerciale, di indicazioni di provenienza, di denominazioni d'origine e di repressione della concorrenza sleale» (art. 18, par. 2).

Infine, le innumerevoli leggi speciali e provvedimenti nazionali relativi a categorie specifiche o singoli prodotti dovrebbero considerarsi tacitamente abrogati ponendo rilevanti problemi in termini di certezza del diritto.

²⁶ Cfr. art. 305 del Codice di Proprietà Industriale portoghese.

²⁷ Cfr. articoli del Codice di Proprietà Industriale portoghese.

2. *I riflessi della decisione a livello internazionale*

La sentenza in commento pone inoltre una serie di interrogativi circa la coerenza del regime comunitario con gli accordi internazionali in materia.

a. *Le problematiche relative all'applicazione dell'Accordo TRIPs*

L'Italia, come gli altri Stati membri dell'Unione europea, è parte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e, come tale, è tenuta al rispetto dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (meglio conosciuto come TRIPs dal suo acronimo inglese)²⁸. Tale accordo richiede agli Stati membri OMC di garantire uno *standard* minimo di tutela per tutte le indicazioni geografiche, purchè la qualità, la notorietà, o altra caratteristica del prodotto siano essenzialmente attribuibili all'origine geografica²⁹. L'accordo TRIPs esige, dunque, una protezione delle indicazioni geografiche qualificate che prescinde dalla loro registrazione.

In Italia gli obblighi conseguenti all'accordo TRIPs, per ciò che riguarda le indicazioni geografiche, sono stati attuati con il dlgs n. 198/1996, ora sostituito dagli artt. 29 e 30 del c.p.i. che, come abbiamo visto, definiscono una tutela delle indicazioni geografiche qualificate indipendente da qualsiasi registrazione.

Tuttavia, l'imposizione della registrazione in sede Ue quale unica possibilità per accedere alla tutela, pena l'esclusione dal beneficio della protezione anche a livello nazionale e la "retrocessione" al rango di IG semplici, dovrebbe escludere l'applicabilità degli articoli del c.p.i. italiano. In questo modo, pertanto, l'accesso alla protezione per le indicazioni geografiche qualificate verrebbe alquanto diminuito. Circostanza che sembra confliggere con gli obblighi imposti all'Italia dallo stesso TRIPs. In ultima istanza, infatti, una maggiore difficoltà di ottenere tutela si traduce in una minore possibilità di protezione adeguata (*rectius* in una protezione più debole: quella prevista per le IG semplici). Si pone quindi un problema di compatibilità tra regolamento comunitario sulle denominazioni di origine e

²⁸ Per l'Italia si veda la l. n. 747 del 29 dicembre 1994, «Ratifica ed esecuzione degli atti concernenti i risultati dei negoziati dell'Uruguay Round, adottati a Marrakech il 15 aprile 1994», in *Guri* n. 7 del 10 gennaio 1995, *suppl. ord.*

²⁹ Artt. 22-24 TRIPs.

indicazioni geografiche per prodotti agroalimentari, così come interpretato dalla Corte, e le norme nazionali di attuazione dell'Accordo (TRIPs)³⁰.

b. *Le conseguenze della sentenza rispetto all'Accordo di Lisbona*

L'Accordo di Lisbona per la protezione delle denominazioni d'origine e la loro registrazione internazionale è stato concepito per facilitare la protezione delle denominazioni d'origine a livello internazionale³¹. L'accordo stabilisce un'ampia protezione³² nei territori di tutti gli Stati aderenti. La tutela è subordinata al previo riconoscimento e protezione della denominazione nel Paese di origine ed alla sua registrazione presso l'Ufficio Internazionale dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI)³³.

L'Accordo di Lisbona definisce le denominazioni di origine ponendo l'accento sul collegamento tra qualità, caratteristiche ed ambiente geografico, inteso come comprensivo dei fattori naturali ed umani³⁴. Si tratta quindi di uno strumento normativo che tutela una particolare categoria di indicazioni geografiche qualificate (le denominazioni d'origine) cui è richiesto un forte legame tra prodotto e territorio. Il sistema di Lisbona ammette, inoltre, la protezione di denominazioni d'origine per prodotti artigianali ed industriali.

Sebbene l'Accordo di Lisbona stabilisca i contenuti minimali della tutela che gli Stati devono garantire alle denominazioni d'origine registrate, esso lascia tuttavia un'ampia flessibilità quanto agli strumenti nazionali da adottare per assicurare in concreto tale protezione.

Attualmente sono sette gli Stati membri dell'Unione europea che sono anche parti dell'Accordo di Lisbona: Bulgaria (1975), Repubblica Ceca, Francia, Ungheria, Italia, Portogallo e Slovacchia.

³⁰ Per esigenze di sintesi è stato preso ad esempio il caso italiano. Tuttavia il medesimo ragionamento può essere applicato ad analoghe normative nazionali che costituiscono attuazione degli impegni imposti dal TRIPs in materia di indicazioni geografiche.

³¹ L'Accordo è stato concluso a Lisbona il 31 ottobre 1958, ratificato dall'Italia con legge n. 424 del 28 aprile 1976, ed è oggi in vigore nel testo revisionato a Stoccolma il 14 luglio 1967. L'Unione di Lisbona costituisce un'Unione particolare all'interno dell'Unione di Parigi.

³² Cfr. art. 3 dell'Accordo di Lisbona: «Protection shall be ensured against any usurpation or imitation, even if the true origin of the product is indicated or if the appellation is used in translated form or accompanied by terms such as "kind," "type," "make," "imitation," or the like».

³³ L'OMPI notifica agli altri Stati membri ogni domanda di registrazione che riceve. Entro un anno dalla ricezione di tale notifica ciascuno Stato membro può rifiutare di proteggere la denominazione in questione.

³⁴ Cfr. art. 2(1) dell'Accordo di Lisbona: «In this Agreement, "appellation of origin" means the geographical denomination of a country, region, or locality, which serves to designate a product originating therein, the quality or characteristics of which are due exclusively or essentially to the geographical environment, including natural and human factors».

L'eshaustività del regime comunitario affermata dalla Corte pone una serie di questioni inerenti l'Accordo di Lisbona.

Innanzitutto, l'applicazione dell'accordo nei sette Stati che sono anche membri UE può dar luogo a titoli di proprietà intellettuale paralleli, azionabili e proteggibili a livello nazionale in modo indipendente rispetto al sistema comunitario. È vero che alla base della registrazione ai sensi dell'Accordo di Lisbona deve esservi pur sempre un riconoscimento (e dunque una protezione) nazionale. Ed è anche vero che le domande di registrazione provenienti da Stati membri UE pervenute recentemente presso l'OMPI hanno indicato quale base legale delle denominazioni gli stessi regolamenti comunitari³⁵. Ovviamente in questi casi non si pongono problemi di sorta: infatti la registrazione presso l'OMPI si fonda sulla registrazione comunitaria che resta così in grado di condizionare l'effetto della protezione negli Stati Ue aderenti a Lisbona. Sennonché il registro internazionale di Lisbona contiene anche denominazioni di origine di Paesi Ue registrate esclusivamente sulla base di normative nazionali. Ad esempio la celebre denominazione «Parmigiano-Reggiano» è tuttora registrata presso l'OMPI in forza del Decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 1955, n. 1269 («Riconoscimento delle denominazioni circa i metodi di lavorazione, caratteristiche merceologiche e zone di produzione dei formaggi»³⁶), ancora vigente, e non in base al Regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione che ha iscritto tale denominazione nel registro comunitario. Tuttavia, anche in questo caso, un'applicazione rigorosa della tesi dell'eshaustività della normativa comunitaria imporrebbe di considerare il dpr 30 ottobre 1955 n. 1269 inapplicabile (o tacitamente abrogato) con la conseguenza di privare la denominazione «Parmigiano-Reggiano» della base legale interna, necessaria ai sensi dell'Accordo di Lisbona³⁷.

Grazie alla doppia registrazione, peraltro fondata su normative differenti, la denominazione «Parmigiano-Reggiano» può vantare negli altri Paesi membri Ue aderenti a Lisbona una duplice protezione, quella conseguente al registro OMPI e quella relativa al registro europeo³⁸. Trattandosi di regimi alquanto simili, non sembrano porsi problemi di coesistenza, posto che la relativa tutela è cumulabile, se non addirittura sovrapponibile.

³⁵ Così ad esempio la denominazione d'origine «Gorgonzola», iscritta al n. 927 del Registro di Lisbona, indica quale base legale il Regolamento (Ce) n. 1107/1996 della Commissione del 12 giugno 1996.

³⁶ *Guri* n. 295 del 22 dicembre 1955.

³⁷ Anche se in questo caso la registrazione comunitaria dovrebbe essere sufficiente a soccorrere la celebre denominazione.

³⁸ Cfr. *database* DOOR al seguente indirizzo internet <http://ec.europa.eu/agriculture/quality/door/list.html>.

Ad ogni modo, per tutte le denominazioni che (come «Parmigiano-Reggiano») sono iscritte in entrambi i registri rimane l'incongruenza di un duplice diritto azionabile a livello nazionale ed in alcuni soltanto degli Stati Ue. È chiaro che ciò non pone problemi fino a quando entrambi i titoli sono validi e proteggibili. Dopo di che, la mancanza di una connessione diretta tra le due tutele potrebbe causare inconvenienti in tutti quei casi in cui la base legale della protezione di Lisbona è nazionale e non comunitaria.

Ancora più complessa è la situazione di quelle denominazioni di Paesi Ue registrate ai sensi dell'Accordo di Lisbona, ma non in sede comunitaria (oltre venti, provenienti da Bulgaria, Francia e Repubblica Ceca)³⁹. In quanto tali devono essere protette nei territori degli altri Stati membri Ue aderenti all'Accordo. Stando alla lettera delle conclusioni della Corte, in questo caso la situazione sarebbe paradossale: avremmo denominazioni d'origine qualificate dal nesso qualitativo (richiesto dalla definizione di Lisbona) alle quali sarebbe negata una protezione come tali nel Paese d'origine (perché contraria all'esclusività comunitaria), tuttavia capaci, in forza dell'Accordo di Lisbona, di trovare protezione in una porzione limitata del mercato europeo. La conseguente asimmetria territoriale della tutela potrebbe incrinare la tesi dell'obbligatorietà della registrazione comunitaria per la protezione di IG qualificate.

In conclusione, da un breve esame delle problematiche relative all'applicazione dell'Accordo di Lisbona negli Stati membri Ue, emerge un quadro di scarsa armonia rispetto al regime comunitario «esauriente» invocato dalla Corte di giustizia.

La giurisprudenza della Corte rende difficile la coesistenza tra l'Accordo di Lisbona ed il sistema comunitario interpretato in modo esclusivo. Non è chiara la ragione per la quale la Corte di giustizia Ue persista nell'ignorare tale aspetto. Ancora una volta, infatti, la Corte omette di coordinare l'esclusività del sistema comunitario con gli effetti derivanti dall'applicazione dell'Accordo di Lisbona negli Stati membri Ue che ne sono parte⁴⁰.

c. *La sentenza sul Salame Felino e la revisione dell'Accordo di Lisbona*

L'Accordo di Lisbona conta un numero limitato di membri (ventotto) e, nella sua versione attuale, non prevede la possibilità di adesione da par-

³⁹ Per la lista completa cfr. il *database* Lisbon Express al seguente indirizzo internet <http://www.wipo.int/ipdl/en/search/lisbon/search-struct.jsp>.

⁴⁰ Nella sentenza *Budvar c. Ammersin* la Corte aveva addirittura escluso espressamente l'Accordo di Lisbona dall'oggetto della causa, nonostante precise richieste in tal senso da parte del giudice del rinvio, EU:C:2009:521 (punto 51).

te di organizzazioni intergovernative. Per porvi rimedio l'OMPI, a partire dal 2009, ha lanciato un processo di revisione dell'Accordo finalizzato ad attirare un maggior numero di utilizzatori e di membri. Tale processo dovrebbe concretizzarsi con l'adozione dell'Accordo revisionato nel contesto della Conferenza Diplomatica prevista per il 2015⁴¹.

Il nuovo testo contiene novità importanti quali l'estensione alle indicazioni geografiche, un miglioramento degli aspetti procedurali ed un chiarimento delle relazioni tra segni registrati e diritti anteriori⁴². In particolare, la proposta di revisione introduce la possibilità per le organizzazioni intergovernative di aderire al sistema di Lisbona.

L'Unione europea ha mostrato un forte interesse in tal senso, partecipando attivamente ai Gruppi di Lavoro dedicati alla revisione. In effetti, un'eventuale adesione dell'Unione europea determinerebbe un duplice vantaggio: da un lato, il sistema di Lisbona aumenterebbe la *membership* fino a raggiungere i territori di quarantanove Paesi. Dall'altro, l'adesione potrebbe offrire ai produttori europei un efficace strumento di protezione internazionale, alternativo all'accordo TRIPs e, a differenza di quest'ultimo, fondato su un registro delle denominazioni d'origine e indicazioni geografiche vincolante per tutte le Parti contraenti. D'altra parte, una soluzione multilaterale alla questione delle IG consentirebbe all'Unione europea di evitare il ricorso agli accordi bilaterali, sicuramente più onerosi in termini di sacrifici commerciali rispetto al quadro globale di un trattato internazionale.

Alla luce di queste considerazioni, l'approccio delle istituzioni UE dovrebbe essere orientato in modo da non limitare le possibilità di aderire in futuro a tale strumento. In tal senso la sentenza sul Salame Felino non ha prodotto risultati soddisfacenti. Al contrario, i punti da chiarire sono ancora molti. È in particolare auspicabile un intervento che definisca, una volta per tutte, le problematiche relative all'applicazione dell'Accordo di Lisbona all'interno degli Stati membri Ue.

VI. Legislazione *de iure condendo*

La decisione sul Salame di Felino potrebbe avere un impatto negativo sulla legislazione *de iure condendo* dell'Unione europea relativa alle IG⁴³.

⁴¹ Nell'ottobre 2013 l'Assemblea di Lisbona ha approvato, la convocazione di una Conferenza Diplomatica per l'adozione nel 2015 di un «*Revised Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications*».

⁴² Cfr. l'ultima proposta di revisione «*Draft Revised Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications*» doc. WIPO LI/WG/DEV/10/2 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=284339.

⁴³ N. COPPOLA, *The CJEU confirms the exclusive character of EU competence in*

Ci si riferisce in particolare alla recente proposta di estendere la protezione offerta dalle IG anche ai prodotti non-agroalimentari, quali ad esempio i prodotti dell'artigianato. Il sistema da svilupparsi renderebbe la legislazione europea più allineata all'art. 22 del TRIPs, il cui ambito di applicazione non è limitato a vini, alcolici e prodotti agroalimentari a indicazione geografica come avviene attualmente nella disciplina Ue, ma è esteso a tutti i tipi di prodotti⁴⁴. Vi è motivo di ritenere che la sentenza in esame possa condizionare le opzioni di *policy* del legislatore europeo, nel senso di limitare la scelta fra un sistema di protezione «esclusivo» ed uno affiancato a quelli nazionali sulla protezione dell'artigianato (ovviamente limitato alla tutela interna). In questo senso, un'eventuale futura disciplina comunitaria con ambizioni di esclusività dovrebbe fare i conti con le discipline per la tutela delle IG artigianali ed industriali già vigenti in diversi Stati membri⁴⁵.

VII. Risvolti relativi al Salame di Felino

Come affermato nell'ultima parte del punto 39 della sentenza, sopra riportato, la Corte afferma che è compito del giudice nazionale stabilire se la normativa interna si pone in contrasto con il principio di libera circolazione. Nel caso del Salame di Felino la rilevanza della decisione è comunque limitata al periodo antecedente al marzo 2013; in tale data, infatti, la relativa denominazione è stata registrata quale IGP beneficiando in tal modo della protezione ai sensi del Regolamento n. 1151/2012.

VIII. Considerazioni finali

La ricostruzione della Corte nella decisione in commento conduce alla sostanziale esclusione delle competenze degli Stati membri in materia di indicazioni geografiche, senza tuttavia giustificare in modo approfondito tale conclusione. La tesi dell'attribuzione esclusiva/esauriente all'UE non

PDO/PGI schemes', in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, (2014) 9 (9): 717-718. doi: 10.1093/jiplp/jpu124.

⁴⁴ Analoghe considerazioni possono essere svolte a proposito dell'eventuale adesione dell'UE all'Accordo di Lisbona, che include appunto anche i prodotti non-agroalimentari.

⁴⁵ Per un quadro completo delle normative nazionali relative a prodotti diversi dagli agroalimentari si veda «*Study on geographical indications protection for non-agricultural products in the internal market*», Final report – 18 February 2013, Insight Consulting, REDD e OriGIn per la Commissione Europea, disponibile sul seguente sito internet http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/geo-indications/index_en.htm#maincontentSec3

è giuridicamente sostenibile perchè manca qualsiasi tipo di riferimento normativo capace di fondare il trasferimento dei relativi poteri. In effetti, non esiste alcuna norma del Trattato che attribuisca all'Unione europea una competenza in materia di denominazioni d'origine ed indicazioni geografiche per prodotti agroalimentari.

La Corte sembra seguire le ambizioni di esaustività normativa della Commissione, senza però riuscire a collocarle all'interno di una cornice di competenze definite, supportate da una solida base giuridica.

Ne risulta un quadro sfuocato e incerto, lontano dalla pretesa uniformità di disciplina, dove residuano spazi per il sovrapporsi di normative nazionali. Anzi, a ben vedere, quest'ultime appaiono assolutamente necessarie per colmare inaccettabili vuoti di tutela. Tutto ciò pone numerosi interrogativi sia dal punto di vista teorico-sistematico che da quello pratico.

Del resto le incongruenze della giurisprudenza Ue risultano ancora più nitide se osservate alla luce degli immensi sforzi sostenuti dalla Commissione per raggiungere risultati soddisfacenti nei negoziati internazionali. L'Unione europea, paladina delle indicazioni geografiche a livello mondiale, è costretta ad ostacolare la protezione delle IG dei propri Stati membri a livello nazionale ed infraregionale.

Il rischio maggiore riguarda le innumerevoli denominazioni geografiche che non possono ambire alla registrazione europea, o semplicemente non necessitano della relativa protezione, ad esempio perchè hanno una diffusione ed una rilevanza esclusivamente locale. Solo in Italia si stima che siano utilizzate circa quattromilacinquecento denominazioni geografiche di prodotti agroalimentari. Se, da un lato, è evidente che non tutte possono essere registrate in sede europea, dall'altro è altrettanto pacifica la necessità di consentire l'applicazione di strumenti nazionali di tutela, alternativi al regime comunitario, per evitare che questo immenso patrimonio vada disperso⁴⁶.

Matteo Gragnani - Nicola Coppola*****

⁴⁶ In merito a tale aspetto si veda F. CAPELLI, Sintesi dell'intervento «*Valorizzazione dei prodotti agroalimentari italiani tipici e tradizionali*», presentato al Convegno di Milano del 25 ottobre 2013, organizzato dall'Ordine degli avvocati di Milano, in questa *Rivista*, 2014, *infra*, p. 487 ss., dove si afferma che: «Se non si consente agli Stati membri di proteggere, registrando in sede nazionale, le denominazioni che non hanno una grande diffusione al di fuori delle zone di produzione, sarà impossibile tutelarle in futuro, perché l'Unione europea, che ha impiegato venti anni per registrare 230 (circa) denominazioni italiane, non riuscirà mai a tutelare le rimanenti 4250, le quali resteranno pertanto prive di tutela».

** Associate Legal Officer, World Intellectual Property Organization (WIPO)

*** Centre for Intellectual Property Policy and Management / Bournemouth University

SINTESI

La Corte di giustizia dell'Unione europea conferma il carattere esauriente della competenza Ue in materia di indicazioni geografiche riferite ai prodotti agro-alimentari. Si tratta della prima decisione in merito alla questione della competenza fra Ue e Stati membri dall'entrata in vigore del Regolamento (Ue) 1151/2012: essa pone numerose questioni di coerenza sistematica, con possibili risvolti pratici sia in relazione all'ambito residuo di protezione nazionale che all'applicazione degli accordi internazionali.

ABSTRACT

The CJEU confirms the exhaustive character of the EU competence with regard to geographical indications (GIs) related to agricultural products and foodstuffs. This is the first decision regarding the issue of competence between the EU and its Member States, since the entry into force of Regulation (EU) 1151/2012. It poses several questions of systematic coherence, which could potentially have practical implications with reference to both the remaining scope for national protection and the negotiation of international agreements.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA PORTATA
DEL PRINCIPIO DELL'INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO
INTERNO IN UNA SITUAZIONE CONTRASTANTE CON
IL DIRITTO DELL'UNIONE**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 luglio 2014 in causa n. C-213/13*

Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari, con l'intervento di: Complesso Residenziale Bari 2 Srl, Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari, Giuseppe Albenzio, in qualità di «commissario ad acta», Ministero della Giustizia, Regione Puglia

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/37/Cee - Appalti pubblici di lavori - Nozione - Procedure di aggiudicazione - Atto di «impegno a locare» edifici non ancora costruiti - Qualificazione del contratto - Pronuncia giurisdizionale nazionale passata in giudicato - Interpretazione offerta dalla Corte posteriormente alla decisione dell'organo giurisdizionale nazionale - Discrasia con il diritto dell'Unione.

1. L'art. 1, lett. a., della direttiva n. 93/37/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'art. 1, lett. a., iii., della direttiva n. 92/50/Cee del Consiglio, del 18

* EU:C:2014:2067, inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 395 ss., il commento di *Maria Teresa Stile*.

giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi.

2. Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

ANCORA SULLA *RES IUDICATA*: GIUDICATO ISTANTANEO O A FORMAZIONE PROGRESSIVA? IL CASO *PIZZAROTTI*

Sommario: *Introduzione - 1. La vicenda posta a base del rinvio pregiudiziale - 2. La soluzione offerta dalla Corte di giustizia alle due questioni sollevate: a. la qualificazione di un'opera come appalto pubblico; b. il rapporto tra diritto UE e giudicato interno con esso contrastante - 3. I precedenti più significativi della Corte in tema di giudicato nazionale - 4. Conclusioni.*

Introduzione

La sentenza in esame¹ merita qualche riflessione non solo per avere puntualizzato, in relazione all'annosa vicenda legata alla costruzione della «Cittadella della Giustizia» di Bari, l'imprescindibilità, per la realizzazione della stessa, di un «appalto pubblico di lavori» e non di una semplice «ricerca di mercato», ma anche e soprattutto per avere opportunamente chiarito i rapporti tra diritto dell'Unione e giudicato interno nei casi in cui quest'ultimo si fondi su una non corretta interpretazione del diritto sovranazionale, così come risultante da pronunce della Corte di giustizia. Il chiarimento fornito dalla Corte UE è palesemente diretto a sgomberare il campo da possibili equivoci prospettabili con riguardo ad alcune decisioni della stessa Corte rispetto alle quali parte della dottrina ha ritenuto sia stato messo in discussione il principio di intangibilità del giudicato interno² anche nei casi in cui la legislazione nazionale non lo consentirebbe.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2014 in causa n. C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari*, EU:C:2014:2067. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu.

Per un commento v. M. CASTELLANETA, *Caso Pizzarotti: intangibile il giudicato interno anche se la sentenza è contraria al diritto Ue*, in *Guida al diritto*, n. 31/2014, p. 80 ss.

² Sulla cosa giudicata esiste una imponente letteratura; si ricordano, *ex plurimis*, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, ristampa inalterata con prefazione di V. Andrioli, Napoli, Iovene, 1965, p. 906 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 785 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 2002; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 1 ss.; E. T. LIEBMAN, *Unità del giudicato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1986, p. 233 ss.

La sentenza di Lussemburgo ha, pertanto, tenuto a statuire, in maniera decisa, che il giudicato interno è intangibile anche se è contrario al diritto dell'Unione europea, a meno che il diritto nazionale non permetta di completare la sentenza definitiva (attraverso la c.d. formazione progressiva del giudicato) o ritornare sulla decisione. Questo perché il diritto Ue, nel rispetto dell'autonomia degli Stati e in assenza di una normativa europea in materia, non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne sul valore del giudicato.

La statuizione induce ad acclarare se i vari precedenti attinenti alla questione si armonizzino con il richiamato principio o se alcuni di essi ne ammettano nella sostanza deroghe, in modo da rapportare i risultati ottenuti al tema controverso.

1. La vicenda posta a base del rinvio pregiudiziale

La vicenda oggetto della sentenza in commento trae origine dalla pubblicazione, nell'agosto 2003, di un avviso di ricerca di mercato da parte del Comune di Bari, al fine di dotare, nel più breve tempo possibile, l'amministrazione giudiziaria di una nuova, idonea ed adeguata sede unica in cui accorpate tutti gli uffici giudiziari aventi sede nella città di Bari.

L'avviso richiedeva che gli offerenti si impegnassero ad avviare i lavori di costruzione delle opere entro la fine di quell'anno, e conteneva puntuali indicazioni circa i costi e le modalità di pagamento a carico dell'amministrazione comunale e del Ministero della Giustizia, tenendo conto del fatto che le risorse pubbliche disponibili ammontavano a 43,5 milioni di euro già assegnati, cui occorreva aggiungere altri 3 milioni corrispondenti all'importo dei canoni annuali all'epoca sostenuti dal Comune di Bari per la locazione degli immobili sede degli uffici giudiziari interessati.

Veniva selezionata, tra le quattro proposte pervenute, quella dell'impresa *Pizzarotti*, ma, successivamente alla selezione, il Ministero della Giustizia prima riduceva e poi sopprimeva del tutto il disposto finanziamento. Ciò induceva l'impresa a presentare al Comune una proposta concernente la realizzazione della sola parte dell'opera destinata alla locazione, come previsto nell'originario progetto. Non avendo l'Amministrazione dato riscontro alla proposta, l'impresa si rivolgeva al TAR Puglia, la cui sentenza di rigetto veniva riformata da quella del Consiglio di Stato n. 4267/2007, che, in accoglimento dell'appello, riteneva non esaurito il procedimento con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato e statuire che l'Amministrazione comunale dovesse dare corretta consequenziali-

tà ai propri atti portando il procedimento ad una conclusione plausibilmente congrua.

Impugnata la sentenza dal Comune di Bari con ricorso per revocazione – dichiarato inammissibile dallo stesso Consiglio di Stato con decisione n. 3816/2008 – e con ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione – respinto con ordinanza resa a Sezioni unite n. 30059 del 23 dicembre 2008 – il Consiglio di Stato, adito a più riprese per l'esecuzione della sentenza n. 4267/2007, dopo la nomina di due Commissari *ad acta*, con ordinanza del 10 aprile 2013, n. 1962 si poneva un duplice problema, la cui soluzione era ritenuta di fondamentale rilevanza ai fini della soluzione della intricata vicenda. Si domandava, in primo luogo, se uno stipulando contratto di locazione di un immobile futuro, sotto forma di un atto di impegno a locare detto bene, equivalesse, malgrado la presenza di alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione, a un contratto d'appalto di lavori sottratto all'applicazione della specifica ipotesi di esclusione prevista all'art. 16, par. 1, lett. *a.*, della direttiva n. 2004/18/Ce. A porsi tale domanda il Giudice amministrativo era stato indotto dall'apertura di un procedimento d'infrazione nei confronti dell'Italia, relativa alla costruzione della «Cittadella della Giustizia di Bari», avviato dalla Commissione europea su un esposto del comune di Bari (2012/4000), con cui veniva chiesta all'Italia l'applicazione della normativa dell'Unione sugli appalti pubblici per la costruzione dei nuovi edifici per l'amministrazione giudiziaria.

In secondo luogo, ammettendo che detto contratto costituisse un appalto pubblico di lavori, il medesimo giudice si domandava ancora se potesse ritenersi inefficace il giudicato formatosi con la sua sentenza n. 4267/2007, nei limiti in cui esso avesse portato, in ragione delle ulteriori decisioni di esecuzione e dei provvedimenti del «*commissario ad acta*», a una situazione incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aggrudicazione degli appalti pubblici. Al riguardo detto giudice evidenziava che, in virtù della propria giurisprudenza, esso poteva, a determinate condizioni, integrare l'originario disposto di una delle sue decisioni con una statuizione che ne costituisse attuazione, dando luogo a un «giudicato a formazione progressiva».

Il Consiglio di Stato decideva, quindi, di sospendere il procedimento, chiedendo alla Corte di giustizia di dare risposta alle suddette domande, riproposte sotto forma di altrettante questioni pregiudiziali³.

³ Questo il testo delle due questioni pregiudiziali, formulate dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 30050/2008: «1. Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare, equivalesse ad un appalto di lavori,

2. La soluzione offerta dalla Corte di giustizia alle due questioni sollevate

a. La qualificazione di un'opera come appalto pubblico

La prima questione – come sopra accennato – è stata sollevata dal giudice italiano sotto la spinta dell'avvio della procedura d'infrazione disposta dalla Commissione europea, secondo cui era da ritenersi contraria alla normativa europea sugli appalti pubblici una interpretazione volta ad escludere la sua applicabilità ai contratti di locazione di cosa futura, che non solo non sono ricompresi tra le eccezioni alla procedura di appalto pubblico, ma in concreto costituiscono anche un impegno negoziale scritto tra un operatore economico ed un'amministrazione aggiudicatrice finalizzato a realizzare un'opera pubblica⁴.

Sulla questione la Corte, dopo avere affermato l'irrilevanza del riferimento, da parte del giudice remittente, alla direttiva n. 2004/18/Ce piuttosto che a quelle applicabili *ratione temporis*, ha provveduto a riformularla in funzione di queste ultime, richiamando la direttiva n. 92/50/Cee del Consiglio del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (recepita con il decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157), la quale stabilisce che dalla nozione di appalti pubblici di servizi – ossia di quei contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice – sono esclusi i «*iii*. contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari». Ha richiamato, inoltre, l'art. 1, lett. *a*., della direttiva n. 93/37/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, volta a coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori⁵, definiti come «contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto l'esecuzione o,

sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non potesse essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'articolo 16 della direttiva 2004/18.

2. Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, potesse il giudice nazionale e, segnatamente, il Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, per avere consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e se fosse quindi possibile eseguire un giudicato nonostante tale contrasto».

⁴ L'ordinanza del Consiglio di Stato del 10 aprile 2013 n. 1962 è esplicita nel far confluire nelle ragioni del rinvio pregiudiziale le osservazioni della Commissione espresse in detti termini.

⁵ *Guce* n. L 199 del 9 agosto 1993, p. 54.

congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II⁶ o di un'opera di cui alla lett. c. oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice». Lo stesso articolo puntualizza poi i concetti di «amministrazioni aggiudicatrici» identificandole, tra le altre, con lo Stato e gli enti pubblici territoriali, fornendo anche ulteriori specificazioni, dalle quali può, tuttavia, prescindere tenuto conto dei limiti del tema in oggetto.

Giova rimarcare come la Corte di Lussemburgo abbia opportunamente esplicitato che stabilire se un'operazione costituisca o meno un appalto pubblico di lavori, ai sensi della normativa dell'Unione, rientra nell'ambito del diritto dell'Unione, negando così ogni decisività alla qualificazione, operata dalla *Pizzarotti* e dal Governo italiano.

Sulla base di tali premesse la Corte ha statuito che quando un contratto contiene sia elementi propri di un appalto pubblico di lavori sia elementi propri di un altro tipo di appalto, occorre riferirsi al suo oggetto principale per determinare la qualificazione giuridica e le norme del diritto dell'Unione applicabili⁷; ha, quindi, rilevato che il contratto in parola riguardava la costruzione di un'opera, sicché tale costruzione costituiva l'oggetto principale di detto contratto, ponendosi quale necessario presupposto della futura locazione.

Inoltre, posto che per affermare l'esistenza di un appalto pubblico di lavoro è necessario che l'opera da realizzare «risponda alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice», tale condizione era da ritenersi sussistente nella specie, avendo l'amministrazione definito le caratteristiche dell'opera e svolgendo un ruolo determinante nella progettazione. Ne consegue – osserva la Corte – che il contratto di cui trattasi, avendo per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda a esigenze specifiche dell'amministrazione aggiudicatrice, anche in considerazione dell'influenza «determinante sulla progettazione dell'opera da costruire», costituiva, ai sensi della direttiva n. 93/37/Cee, un appalto pubblico di lavori, che impone, in quanto tale, una gara pubblica e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'art. 1, lett. a., iii., della direttiva n. 92/50/Ce, anche se comportante un impegno a locare l'opera in discussione.

⁶ Tra le attività previste dall'allegato II figurano, tra le altre, la costruzione di edifici e di immobili di abitazione.

⁷ Si richiamano, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007 in causa n. C-220/05, *Auroux e a.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 385, punti 31 e 37, EU:C:2007:31; del 21 febbraio 2008 in causa n. C-412/04, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 619, punto 47, EU:C:2008:102; e del 9 giugno 2009 in causa n. C-480/06, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4747, punto 47, EU:C:2009:357.

In relazione a tale statuizione, la Corte, al fine di evidenziare la stretta inerenza della questione con la materia propria dell'Unione, ha tenuto a puntualizzare che la normativa sull'aggiudicazione degli appalti contiene «norme essenziali del diritto dell'Unione, in quanto mira ad assicurare l'applicazione dei principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza ai fini dell'apertura di una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri»⁸. In tal modo si è inteso risaltare quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Nils Wahl nelle sue conclusioni⁹, secondo cui l'obiettivo principale della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è eliminare le restrizioni alle libertà fondamentali e favorire una concorrenza effettiva¹⁰; obiettivo che sarebbe compromesso, ove un'amministrazione aggiudicatrice, senza avere preventivamente attuato le procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla normativa dell'Unione, affidi l'esecuzione di lavori o servizi a un'impresa, indipendentemente dalle ragioni o dal contesto di realizzazione di tali lavori o servizi, nonché dall'uso cui i medesimi siano destinati¹¹.

b. Il rapporto tra diritto UE e giudicato interno con esso contrastante

Se la prima questione esaminata s'inquadra in una problematica risolvibile senza particolare difficoltà, tenuto conto che sia la normativa di riferimento che la sua interpretazione sono appannaggio esclusivo dell'ordinamento sovranazionale, la seconda presenta profili, che, pur nella loro linearità, per il fatto stesso di riguardare il rapporto tra diritto UE come interpretato dalla Corte di Lussemburgo e giudicato interno, assumono rilievo generale, prestandosi ad essere oggetto di particolare attenzione.

Nel caso di specie – come osservato anche dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni¹² – la sola «cosa giudicata», cui fa riferimento il giudice del rinvio, è la sentenza n. 4267/2007 e, più precisamente, la decisione

⁸ A sostegno dell'affermazione si richiamano le sentenze della Corte di giustizia del 10 gennaio 2008 in causa n. C-70/06, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1, punto 40, EU:C:2008:3; del 16 dicembre 2008 in causa n. C-213/07, *Michaniki*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9999, punto 55, EU:C:2008:731; del 17 febbraio 2011 in causa n. C-251/09, *Commissione c. Cipro*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 13*, Pubblicazione sommaria, EU:C:2011:84, punti da 37 a 39; nonché del 10 ottobre 2013 in causa n. C-336/12, *Manova*, EU:C:2013:647, punto 28, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁹ Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Nils Wahl il 15 maggio 2014, EU:C:2014:335.

¹⁰ In tal senso, v. *considerando* n. 2 e n. 10 della direttiva n. 93/37/Cee, nonché *considerando* n. 2 della direttiva n. 2004/18/Ce.

¹¹ Vengono in proposito richiamate le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nella causa n. C-220/05, *Auroux e a.*, EU:C:2006:410, punto 43.

¹² Punto 86.

ivi contenuta in base alla quale il Comune di Bari, «nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, dando consequenzialità ai propri atti, dare al procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico».

Ma, in relazione a tale riferimento, lo stesso Avvocato Generale manifesta le proprie perplessità, osservando che se tale decisione – come espressamente sostenuto dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale – è «suscettibile di molteplici e diverse soluzioni attuative», non è agevole comprendere «per quali motivi l'esecuzione di tale sentenza si rivelerebbe necessariamente contraria al diritto dell'Unione e più precisamente all'applicazione della normativa pertinente in materia di appalti pubblici di lavori»¹³, spettando al giudice nazionale, nel dare esecuzione alle decisioni giudiziarie che si prestano a più interpretazioni, privilegiare quella diretta a garantire la conformità dell'azione amministrativa al diritto dell'Unione.

Su tale questione la Corte¹⁴ ha chiarito in modo inequivoco che, mancando una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, «ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività»¹⁵. Ne discende – mostrando la Corte di condividere l'opinione dell'Avvocato Generale – che, se il diritto interno ammette la possibilità per il giudice nazionale di tornare sulla decisione o completare il disposto originario di una delle sue sentenze con successivi provvedimenti di attuazione, dando luogo a quello che, nella specie, lo stesso giu-

¹³ Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Nils Wahl, EU:C:2014:335, punto 87.

¹⁴ Si richiama in proposito la sentenza del 3 settembre 2009 in causa n. C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7501, EU:C:2009:506, punto 24, su cui ci si soffermerà più avanti.

¹⁵ Sui principi di effettività ed equivalenza v. M. F. ORZAN, *Oops... the ECJ did it again!: The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach* ("Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate v Fallimento Olimpiclub Srl", ECJ (Second Chamber), judgment of 3 September 2009, C-2/08), in *European Law Reporter*, 2010, n. 2, p. 63 ss.; S. AMADEO, *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2009, p. 123 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 41; v., inoltre, sentenze della Corte di giustizia del 19 settembre 2006 in causa n. C-392/04 e n. C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2425, EU:C:2006:586, su cui M. TABOROWSKI, *Case Law, CMLR*, 2007, p. 1463 ss.; del 1° dicembre 1998 in causa n. C-326/96, *Levez*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7835, punto 39 ss., EU:C:1998:577; in argomento, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2010, p. 353 s.

dice del rinvio chiama «giudicato a formazione successiva», il medesimo giudice è tenuto ad integrare la decisione, privilegiando quella che garantisca l'osservanza della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici. Sotto quest'aspetto corretta – si afferma – potrebbe essere la soluzione, prospettata dal Comune di Bari, consistente nell'ordinare, a completamento di detta decisione, la chiusura del procedimento d'indagine di mercato senza accogliere nessuna proposta, rendendo possibile l'apertura di un nuovo procedimento, nel rispetto della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici.

Nello svolgimento di tali enunciazioni, la Corte non trascura di ricordare – ribadendo come gli ulteriori sviluppi della questione siano rimessi al giudice nazionale – l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'intangibilità del giudicato, in quanto l'impossibilità di rimettere in discussione decisioni giurisdizionali, divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi, costituisce garanzia sia della stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia della buona amministrazione della giustizia. Il diritto dell'Unione, cioè, non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche se ciò consentisse di risolvere un contrasto con il diritto UE.

A sostegno di tale assunto viene richiamata la sentenza *Lucchini*¹⁶, al fine di dimostrare che anche in quel caso, ritenuto da parte della dottrina comportante una deroga al principio in parola, questo sarebbe stato egualmente rispettato, senza trascurare di richiamare ulteriori pronunce sul tema per evidenziarne la coerenza al principio.

3. I precedenti più significativi della Corte in tema di giudicato nazionale

Passando ora ad esaminare alcune delle più significative decisioni della Corte di Lussemburgo, che si sono occupate dei rapporti tra diritto Ue e giudicato interno, per verificare la sussistenza o meno di detta coerenza, è opportuno prendere le mosse – non fosse altro che per ragioni cronologi-

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 2007 in causa n. C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 ss., EU:C:2007:434.

che – dalla sentenza *Köbler*¹⁷, pronunciata nel 2003, che, come è ormai ampiamente noto, è stata la prima a sancire, con riferimento ad un caso specifico, la responsabilità – fino a quel momento solo astrattamente ipotizzata – di uno Stato membro per fatto imputabile ad organo giurisdizionale. Ma, proprio, nell'applicare al caso concreto un principio ormai pacifico e come tale da attuarsi *de plano*, la Corte si è trovata ad affrontare alcuni problemi strettamente connessi a principi e regole saldamente radicati in tutti gli ordinamenti giuridici moderni e, segnatamente, a quello della certezza del diritto, nel quale va a confluire il più specifico principio costituito dalla intangibilità del giudicato non facilmente conciliabile con il diritto del singolo ad ottenere adeguata riparazione, ove il giudicato si ponga in contrasto con il diritto comunitario¹⁸.

Nel caso *Köbler*, la questione di fondo, che pur si propose ai Giudici di Lussemburgo in termini di pregnante rilievo, trovò agevole soluzione nell'affermazione perentoria della indiscussa insuperabilità del principio, che venne addirittura elevato a presupposto del diritto del danneggiato ai fini della sua realizzazione. In tal modo, proprio la perdurante forza cogente del giudicato venne a porsi come premessa della responsabilità dello Stato sul piano comunitario con il conseguente diritto del singolo ad agire per la reintegrazione del bene leso.

In questa prospettiva, dunque, lungi dal mettersi in discussione la validità dell'atto di diritto interno emanato dal singolo organo e pretenderne la rimozione degli effetti, se ne sancisce la sua illiceità dal punto di vista del diritto comunitario, attribuendone la responsabilità allo Stato considerato nella sua unità.

Analogo percorso argomentativo viene seguito in altra vicenda¹⁹, nella quale la Commissione ha censurato lo Stato italiano per non avere modificato l'art. 29, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, interpretato in sede amministrativa e giudiziaria in modo tale da rendere praticamente impossibile o, comunque, eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi, in violazione del principio di effettività, cardine dell'ordinamento giuridico comunitario.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, EU:C:2003:513, annotata in questa *Rivista*, 2004, I, 55.

¹⁸ In argomento, v. M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in questa *Rivista*, 2007, p. 237 ss.

¹⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003 in causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 14637, EU:C:2003:656, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 534.

La Corte di giustizia ha, infatti, ribadito la sua convinzione, secondo cui deve essere affermata la responsabilità dello Stato allorché la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, che interpreti la normativa interna in termini incompatibili con il diritto comunitario.

Il problema della immodificabilità di provvedimenti divenuti ormai definitivi viene ancora affrontato dalla Corte di Lussemburgo nella successiva sentenza, *Kühne & Heitz NV. c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, del 13 gennaio 2004²⁰, a seguito di rinvio pregiudiziale del giudice nazionale. La pronuncia ribadisce il dovere di tutte le autorità degli Stati membri di garantire la piena attuazione del diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze, sempre però che ciò non comporti una violazione del principio della intangibilità del giudicato, a meno che non sia lo stesso diritto interno a consentire una sua rivisitazione.

La conferma della esigenza di rispettare il principio in questi termini, la si rinviene nella decisione *Kapferer* del 2006²¹, ove la Corte comunitaria, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, ha sostenuto con vigore la prevalenza delle sentenze interne passate in giudicato sul principio di leale collaborazione stabilito dall'art. 10 del Trattato²², richiamando il consolidato orientamento in materia.

L'assestamento del richiamato orientamento – da apparire ormai definitivo – riceve ulteriore conferma dal successivo caso esaminato dalla Corte di giustizia²³, ove il rispetto del principio dell'intangibilità del giudicato di diritto interno non è in alcun modo posto in discussione, appuntandosi l'attenzione della Corte sulla questione della compatibilità della normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori dei giudici con i principi di diritto comunitario.

²⁰ Causa n. C-453/00, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837, EU:C:2004:17; in questa *Rivista*, 2004, p. 485 con commento di G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, p. 489 e in *Urbanistica e appalti*, 2004, 10, p. 1151, con nota di R. CARANTA.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2006 in causa n. C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585 ss., EU:C:2006:178, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 82.

²² Attuale art. 4, par. 3, TUE.

²³ Sentenza del 13 giugno 2006 in causa C-173/03, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177, EU:C:2006:391; annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 741; in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss., con nota di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, c. 418 ss.; di A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, c. 420 ss. e di T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, c. 423 ss.

Alla luce di siffatta consolidata giurisprudenza, dunque, una pronuncia giudiziaria divenuta definitiva non può più essere rimossa, derivando, nell'ipotesi inversa, una grave violazione del principio della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici, oltre che una altrettanto grave compromissione del potere giudiziario; rimane ferma, tuttavia, la sola possibilità di rivisitazione, per incompatibilità con il diritto comunitario, di una decisione, ancorché divenuta irrevocabile, qualora le regole procedurali nazionali lo consentano.

In questo scenario, la sentenza della Corte di giustizia del luglio 2007, che affronta, ai sensi dell'art. 234 CE, in seguito all'ordinanza del febbraio 2005 del Consiglio di Stato, il c.d. caso *Lucchini*, appare collocarsi, almeno ad un primo approccio, al di fuori del più volte segnalato tracciato²⁴.

La vicenda è fin troppo nota per essere esposta nei dettagli. Quel che preme rimarcare è che essa riguarda un caso di aiuto di Stato alla società *Lucchini*, ritenuto incompatibile con il mercato comune dalla Corte comunitaria, quando ormai era già passata in giudicato la pronuncia che aveva legittimato l'aiuto in questione.

La cosa giudicata è inefficace, nella sentenza *Lucchini*, perché il giudice nazionale ha invaso un settore di competenza propria della Commissione.

La pronuncia, però – come la Corte ha tenuto a ribadire anche nella sentenza in commento –, riguardava una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi disciplinanti la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato; ed in relazione a tale situazione la Corte aveva statuito che «il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva».

In realtà, nella specie, è più che legittima la convinzione che non si sia verificata la violazione del detto principio se si considera il contesto in cui si è realizzata la fattispecie caratterizzata da una dura presa di posizione

²⁴ Per un commento sulla pronuncia, cfr. M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 733 ss.; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, c. 533 ss.; G. GATTINARA, *Obbligo di recupero degli aiuti illegali e incompatibili e res judicata nazionale: il caso Lucchini*, in *Studi integ. eur.*, 2008, p. 639; v., inoltre, B. CORTESE, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri – Il caso Lucchini*, in F. SPITALERI, (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, in *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2009, spec. p. 44 ss.

verso lo Stato italiano nel suo complesso, al punto da fare adombrare il sospetto che la soluzione offerta sia non priva di una componente di tipo sanzionatorio.

Già l'opinione espressa dall'Avvocato Generale²⁵ contiene critiche estremamente aspre non solo nei confronti dei giudici nazionali, ma anche dell'apparato amministrativo dello Stato italiano.

I primi, investiti della causa – afferma l'Avvocato Generale – , «o per ignoranza o per incuria, hanno compiuto gravi errori, sia in primo grado che in sede di appello»: in primo grado, hanno ignorato se fossero soddisfatti gli obblighi derivanti dall'art. 88, n. 3, CE (regola di «*standstill*»), o dal suo equivalente nel relativo codice degli aiuti CECA, e se esistessero decisioni della Commissione ostative all'erogazione dell'aiuto; in secondo grado, «cosa ancora più grave, la Corte d'appello non ha voluto rispettare la decisione negativa nel frattempo resa dalla Commissione». Inoltre – prosegue l'Avvocato Generale – anche le autorità italiane hanno commesso errori omettendo di comunicare che la Commissione, nel corso del giudizio, aveva già adottato una decisione, nella quale l'aiuto richiesto veniva espressamente dichiarato incompatibile con il mercato comune. Infine, la stessa *Lucchini*, quale attrice nel procedimento dinanzi al giudice civile interno, pur essendo a conoscenza che il Governo italiano poteva erogare l'aiuto ad essa promesso soltanto dopo avere ricevuto l'approvazione della Commissione, allorquando questa adottò la sua decisione negativa, non aveva voluto avvalersi delle possibilità di ricorso offerte dal diritto comunitario. Di qui la conclusione – formulata espressamente dall'Avvocato Generale – di non potersi sottrarre «all'impressione che nella fattispecie la *Lucchini* abbia cercato il punto debole della catena giurisdizionale che può essere invocata per giudicare della legittimità della concessione degli aiuti di Stato».

Sulla medesima linea, anche se in forma meno aspra, si colloca la motivazione adottata dalla Corte nella sentenza, ove si sottolinea, tra l'altro, la presenza nel sistema di un principio, vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario, in forza del quale la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione²⁶.

Di fronte a questo argomentare, non limitato alla sola questione di competenza ma esteso ad una serie di inadempienze di notevole spessore,

²⁵ Cfr. le conclusioni presentate nella causa *Lucchini* il 14 settembre 2006 dall'Avvocato Generale Geelhoed, specie al punto 87, EU:C:2006:576.

²⁶ *Ivi*, punto 22, EU:C:2006:576.

vi è allora da chiedersi se il giudicato di cui si parla non si sia, in realtà, mai formato, per l'abnormità delle vicende che lo hanno caratterizzato, rendendolo privo dei requisiti che devono contraddistinguere le pronunce giudiziarie affinché possano considerarsi tali²⁷.

Anche nella successiva sentenza *Kempter*²⁸ il principio di intangibilità del giudicato non sembra violato.

Questi brevemente i fatti: la società tedesca *Kempter*, esportatrice di bovini verso Paesi extracomunitari, aveva ottenuto la restituzione alle esportazioni ai sensi del Regolamento comunitario n. 3665/87. Tuttavia, poiché alcuni animali erano periti durante il trasporto, nonché nel periodo di quarantena presso i Paesi di destinazione, l'organo amministrativo nazionale – lo *Hauptzollamt* – aveva intimato alla società la restituzione dei rimborsi percepiti.

Successivamente al passaggio in giudicato della sentenza emessa dai giudici nazionali, che aveva reso definitivo il provvedimento amministrativo in tema di rimborsi comunitari, era intervenuta una pronuncia della Corte di giustizia che, in altro giudizio, aveva affermato rilevanti principi concernenti la materia in oggetto e non conciliabili con l'atto interno.

Tale pronuncia aveva pertanto indotto la *Kempter*, pregiudicata dal provvedimento amministrativo definitivo, a rivolgersi ai giudici nazionali affinché riesaminassero la precedente decisione per adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria. I giudici hanno rimesso la questione interpretativa alla Corte di giustizia al fine di stabilire se l'obbligo di riapertura del procedimento amministrativo, relativo ad un atto amministrativo divenuto definitivo, sussista anche qualora il ricorrente abbia omissso di sollevare la violazione del diritto comunitario tra i motivi del ricorso. Dall'altro, il giudice chiede se, in riferimento a tale specifico vizio, sussista un limite temporale di decadenza o di prescrizione entro il quale il diritto comunitario imponga un obbligo di riesame.

²⁷ V. sul tema dell'abnormità del provvedimento giudiziario, tra le tante, Cass. 12 settembre 1995, n. 9628, ove, sia pure su diversa materia, si afferma che nello speciale procedimento, disciplinato dagli artt. 28 e 29 della legge 13 giugno 1942 n. 794, di liquidazione a favore dell'avvocato o del procuratore, e nei confronti del suo cliente, delle spese, degli onorari e dei diritti – che ha come presupposto essenziale la non contestata esistenza del rapporto professionale – la prevista competenza del capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo in cui il legale ha svolto la sua opera è funzionale ed inderogabile anche con riferimento alla persona del titolare dell'ufficio. «Conseguentemente è qualificabile come abnorme e giuridicamente inesistente il provvedimento al riguardo emanato non già dal pretore dirigente della pretura, ma dal dirigente della sezione lavoro, e in relazione ad un rapporto professionale di contestata esistenza».

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 12 febbraio 2008 in causa n. C-2/06, *Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 411, EU:C:2008:78, in questa *Rivista*, 2008, p. 463.

L'adita Corte risolve la prima questione affermando che il diritto comunitario non richiede che il ricorrente della causa principale debba invocare la violazione del diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno, mentre con riguardo alla seconda – relativa all'esistenza di un limite temporale entro il quale il ricorrente deve proporre istanza di riesame di un procedimento amministrativo conclusosi con un atto definitivo – stabilisce, in virtù del principio di autonomia procedurale²⁹, che non esiste una disciplina comunitaria che fissi un termine di decadenza uniforme.

Il principio di autonomia procedurale³⁰ degli Stati membri osta alla fissazione di un termine a livello comunitario, per cui spetta agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, tra cui la fissazione di un termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame; termine che, comunque, deve rispondere ad un principio di ragionevolezza, in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente oneroso l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività) come nel caso di fissazione di termini eccessivamente ristretti³¹.

Spostando ora l'attenzione sul discusso caso *Olimpiclub*, nonostante le apparenze³², condivise da buona parte della dottrina, un'attenta disamina

²⁹ Cfr. sentenze della Corte giustizia del 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, *Adeneler*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6057, punto 95, EU:C:2006:443; del 7 settembre 2006 in causa n. C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7213, punto 52, EU:C:2006:517; del 7 settembre 2006 in causa n. C-180/04, *Vassallo*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 7251, punto 37, EU:C:2006:518; del 7 gennaio 2004 in causa n. C-201/02, *Wells*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 723, punto 67, EU:C:2004:12.

³⁰ Sul principio dell'autonomia processuale degli Stati membri ed i suoi limiti, v. sentenze del 16 dicembre 1976 in causa n. 33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989, EU:C:1976:188, e, in pari data, in causa n. 45/76, *Comet*, in *Raccolta*, 1976, p. 2043, EU:C:1976:191; del 19 giugno 2003 in causa n. C-34/02, *Pasquini*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 6515, EU:C:2003:366, punto 56 ss.; v. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 447 ss.; M. LOMBARDO, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 490 ss.

³¹ Non può negarsi, prescindendo dalle affermazioni di principio, che con tali puntualizzazioni la Corte abbia mostrato di prendere a cuore il diritto dei singoli optando per una interpretazione meno restrittiva, rispetto al passato, del principio della certezza del diritto.

³² Si tratta di ambiguità, cui va talvolta incontro il giudice UE, allorché, dopo avere fornito la propria interpretazione sul tema oggetto del rinvio pregiudiziale, procede ad alcuni *distinguo* per evitare possibili contraddizioni, ma che rendono problematica, per il giudice nazionale, l'applicazione del *dictum* alla fattispecie concreta. Su tali connotazioni delle pronunce della Corte UE, v. F. CAPELLI, *Quando la sentenza interpretativa della Corte di giustizia mette in difficoltà il giudice nazionale*, in *Alimenta*, n. 9/2010 e in questa *Rivista*, 2011, p. 79 ss.

della pronuncia induce ad escludere il mancato rispetto del principio di autorità del giudicato.

La decisione è stata originata dal rinvio pregiudiziale della Corte di Cassazione italiana, riguardante una presunta evasione in materia di IVA da parte della società *Olimpiclub*.

La detta società, proprietaria di un complesso di attrezzature sportive ubicate su zona demaniale, aveva concesso in comodato gratuito ad una associazione – senza fini di lucro – l'intero impianto affinché ne curasse la gestione. A titolo di corrispettivo l'Associazione, i cui soci erano detentori delle quote sociali della concedente, si obbligava al pagamento del canone demaniale, ad un rimborso spese annuo ed al trasferimento all'*Olimpiclub* delle entrate lorde dell'Associazione stessa, consistenti nelle quote associative. In seguito ad una verifica fiscale venivano accertate irregolarità in materia di IVA protrattesi per più annualità. Ma tali irregolarità venivano escluse con sentenza passata in giudicato, secondo cui il trasferimento della gestione all'associazione comodataria non era finalizzato all'evasione, inducendo la società a far valere l'accertamento sul punto anche in relazione alle ulteriori indagini fiscali basate su detto presupposto.

La Corte di legittimità, tuttavia, ritenuto che in tal modo si sarebbe preclusa la possibilità di esaminare la controversia in violazione della giurisprudenza UE in tema di abuso, formatasi proprio in materia di IVA, sospendeva il giudizio, sottoponendo alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale, che veniva, di conseguenza a prospettarsi³³, con la precisazione che, secondo il diritto vivente italiano, nelle controversie tributarie, il giudicato esterno, qualora l'accertamento consacrato concerna un punto fondamentale comune ad altre cause, esplica, rispetto a questo, efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta³⁴.

³³ Questo il testo del quesito: «Se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 [del codice civile], tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato (...) e, segnatamente, in materia di IVA e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta».

³⁴ Invero, in materia fiscale, ma non solo, molteplici pronunce avevano affermato che il giudicato, formatosi su una annualità, produceva i suoi effetti esclusivamente per l'anno di riferimento, sicché gli effetti non si estendevano ai periodi seguenti o pregressi. È stato necessario, quindi, per porre fine ai contrasti, l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite che, spinta anche dalla esigenza di garantire, in via interpretativa, la celerità del processo, con sentenza n. 13916/2006 ha affrontato e risolto due rilevanti questioni in tema di giudicato, civile e tributario. Per un verso, superando residue incertezze giurisprudenziali, ha sancito la rilevanza di ufficio del giudicato sostanziale c.d. «esterno», anche nel processo di legittimità; per altro verso, ha affermato come l'accertamento giudiziale su un elemento fondamentale di un rapporto valga anche in successivi giudizi, concernenti rapporti differenti sul piano temporale, ma coincidenti sul piano contenutistico e soggettivo con quello accertato. Stante l'unicità ed il protrarsi nel tempo dell'interesse protetto, l'accertamento, con una prima sentenza, del-

Alla questione la Corte di giustizia ha dato riscontro con la richiamata pronuncia in causa n. C-2/08, affermando, tra l'altro, che l'ampia interpretazione dell'art. 2909 c.c., presupposta dal provvedimento di rinvio, urta contro il principio di effettività³⁵, senza poter essere ragionevolmente giustificata dal principio della certezza del diritto. Infatti, una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe la conseguenza – non accettabile – che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, tale scorretta applicazione si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza possibilità di correzione³⁶.

Occorre ora verificare se l'intervento della Corte di giustizia costituisca o meno un attentato al principio della intangibilità del giudicato, secondo l'interpretazione offerta dal giudice nazionale, rispetto ai rapporti che si reiterano nel tempo.

l'esistenza dell'obbligo oggetto del giudizio, non può – a situazione normativa e fattuale immutata – essere negato, diminuito o aumentato da successive sentenze, sol perché identici rapporti sorgono in periodi diversi.

La sentenza ha immediatamente destato l'attenzione della dottrina, v. *ex plurimis*, E. MANZON, *I limiti oggettivi del giudicato tributario nell'ottica del "giusto processo": lo swing-over della Cassazione*, in *Corr. giur.*, n. 12/2006, p. 1701 ss.; F. TESAURO, *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in *Boll. Trib.*, 2006, n. 14, p. 1173 ss.; C. F. GERMELMANN, *Die Rechtskraft zwischen europäischer Mindesteffektivität und italienischem Verfassungsrecht: zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 3. September 2009, Rs. C-2/08 (Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate gegen Fallimento Olimpiclub Srl)*, in *Europarecht*, 2010, n. 4, Juli/Aug., p. 538 ss.; A. GAVA, *Corte europea di Giustizia 3 settembre 2009, causa C-2/08, Amministrazione dell'economia e delle finanze e Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub srl: contrasto tra giudicato nazionale e giudicato comunitario - Rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2010, n. 1, p. 293 ss.; C. GLENDI, *Giuste aperture al "ne bis in idem" in Cassazione ma discutibili estensioni del "giudicato tributario" extra moenia*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2006, p. 557 ss. Cfr. R. CAPONI, *Nota a Cass. Sez. Un. n. 13916/2006*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 494; per una più ampia trattazione sul punto v., ancora, *Id.*, *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1193; per la contrapposta impostazione, in tema di giudicato tributario (dalla quale la Suprema Corte prende le distanze con la richiamata pronuncia), v. C. CONSOLO - N. D'ASCOLA, *Giudicato tributario*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 478.

³⁵ La giurisprudenza ha sviluppato il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale soprattutto in vista dell'esigenza di uniformità del livello di tutela nell'Unione. V., in proposito, le sentenze *Comet*, EU:C:1976:191, punti 12-16; 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, I, p. 3595, punto 14, EU:C:1983:318; 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599, punto 12, EU:C:1995:437; 1 giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, punti 31-41, EU:C:1999:269; 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage & Crehan*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6297, punto 29, EU:C:2001:465; 11 settembre 2003 in causa n. C-13/01, *Safalero*, *Raccolta*, 2003, I, p. 8679, punti 49-50 (in materia di legittimazione ad agire), EU:C:2003:447; 15 aprile 2008 in causa n. C-268/06, *Impact*, *Raccolta*, 2008, I, p. 2483, punto 55, C-268/06.

³⁶ V. sentenza *Olimpiclub*, EU:C:2009:506, punto 30.

L'avvio per la soluzione del problema deve muovere dalla considerazione che le situazioni soggettive di carattere durevole tendono, per loro natura, a proseguire anche dopo la formazione di un giudicato, purché non intervenga un fatto estintivo o modificativo della fattispecie principale.

La questione allora si sposta sull'incidenza che il rinvio pregiudiziale assume nell'ambito decisionale del giudice remittente³⁷ e, più direttamente, sul rilievo che la sentenza della Corte, che fa seguito a tale rinvio, vincola il giudice *a quo*, che, dunque, è tenuto a dare esecuzione al dettato del giudice UE. Ma è proprio tale efficacia vincolante che esclude una uniformità di situazioni concernenti i diversi periodi di imposta ed esclude, quindi, che il giudicato formatosi sul primo rapporto produca i suoi effetti su quello successivo, non ancora deciso.

Tale conclusione si pone in linea con quanto sostenuto dall'Avvocato Generale, laddove ha escluso che la decisione della Corte possa investire le sentenze definitive pronunciate su annualità fiscali precedenti³⁸.

Il punto essenziale, evidenziato soprattutto nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, si sostanzia, infatti, nell'assunto che le sentenze passate in giudicato non vengono rimesse in discussione «in quanto tali», ma ne viene soltanto limitata l'efficacia con riguardo al periodo d'imposta cui si riferiscono.

In altri termini, in seguito ad un rinvio pregiudiziale, il responso che viene dato dalla Corte di giustizia costituisce un elemento nuovo rispetto al precedente giudicato, che non più giustifica l'ultrattività dello stesso, consentito solo rispetto a situazioni rimaste invariate.

Pertanto, anche nel caso esaminato, il giudicato deve ritenersi rispettato³⁹.

Neppure può dirsi negato il principio in relazione al successivo caso *Asturcom Telecomunicaciones s.l.*⁴⁰, caratterizzato, per il profilo che qui

³⁷ V. L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in questa *Rivista*, 2008, p. 469 ss. V., inoltre, sul rinvio pregiudiziale, M. CONDINANZI - R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 186 ss.; e, ancora, R. MASTROIANNI, *Pregiudiziale comunitaria*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, Utet, 2010, p. 400 ss.

³⁸ Cfr. par. 4 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Jàn Mazák del 24 marzo 2009 nella causa n. C-2/08, *Olimpiclub*, EU:C:2009:180.

³⁹ Per una più articolata disamina, cfr. M. T. STILE, *La pronuncia della Corte di giustizia come evento sopravvenuto di interruzione dell'efficacia del giudicato nel tempo*, in questa *Rivista*, 2010, p. 661 ss.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in causa n. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9579, EU:C:2009:615. V., in dottrina, *ex plurimis*, C. MAK, *Judgment of the Court (First Chamber) of 6 October 2009, Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira, Case C-40/08*, in *European Review of Contract Law*, Vol. 6, Issue 4, p. 437-448, ISSN (online) 1614-9939, ISSN (print) 1614-9920, DOI: 10.1515/ercl.2010.437, November 2010.

interessa, da una esecuzione forzata, promossa da detta compagnia telefonica sulla base di un lodo passato in giudicato, nei confronti di una ex abbonata, Rodríguez Nogueira, per il recupero della somma di circa seicento euro, che l'arbitro aveva riconosciuto, nella contumacia di quest'ultima, dovuti alla società. In detta fase esecutiva, il giudice, pur constatando che la clausola compromissoria contenuta nel contratto d'abbonamento aveva carattere abusivo⁴¹, nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario, decideva di sospendere il procedimento, rinviando alla Corte affinché chiarisse se il giudicato formatosi sul punto dell'*an debeatur* dovesse venire annullato stante la circostanza che la clausola prevedente l'arbitrato, così com'era strutturata, era in contrasto con la normativa comunitaria in tema di diritti dei consumatori⁴². La Corte di Lussemburgo, dopo avere osservato che la nullità (derivata) del lodo passato in giudicato per contrarietà alla direttiva n. 93/13 della clausola arbitrale poteva essere rilevata d'ufficio dal giudice dell'esecuzione se lo stesso potere di rilievo d'ufficio gli era riconosciuto per far valere la contrarietà della clausola alle norme nazionali di ordine pubblico, lascia alla valutazione del giudice remittente la sussistenza o meno, nel caso concreto, di detto potere.

Con tale pronuncia la Corte, mentre, per un verso, non introduce, a tutela del diritto UE, limiti al giudicato diversi da quelli già previsti dal diritto nazionale, per altro verso, pur equiparando, sotto questo aspetto, il diritto UE alle norme interne di ordine pubblico, riconosce la generale prevalenza del giudicato nazionale sul diritto dell'Unione violato.

4. Conclusioni

Il risultato della sommaria indagine appena svolta conferma la validità del tradizionale concetto di *res iudicata* come manifestazione definitiva della volontà concreta della legge statale. Il sovrapporsi a quello nazionale di un sistema normativo affidato al controllo giurisdizionale impone di inserire il giudicato in una dimensione nella quale non è ravvisabile alcun

⁴¹ Il carattere abusivo della clausola veniva ricavato dal fatto che, anzitutto, le spese che il consumatore avrebbe dovuto sostenere per recarsi alla sede dell'ente arbitrale erano superiori all'importo della somma oggetto della controversia principale. Secondo tale giudice, inoltre, tale sede è situata ad una considerevole distanza dal domicilio del consumatore e non è indicata nel contratto. Infine, l'ente arbitrale elabora esso stesso i contratti di telefonia che sono poi utilizzati dalle imprese di telecomunicazioni.

⁴² Il contrasto viene più specificamente dedotto in relazione alla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee.

cedimento del principio della sua intangibilità, se non previsto dalla normativa nazionale.

La Corte in proposito – come si è tentato di dimostrare – è rimasta coerente con le sue posizioni poiché, anche laddove è sembrato che potessero configurarsi eccezioni a tale intangibilità, situazioni del tutto peculiari sono valse ad escludere l'avvenuta violazione del principio, il cui rispetto – giova rimarcare – lascia inalterato il contrasto tra «cosa giudicata» e diritto UE, con tutte le conseguenze che ne discendono.

Proprio con riferimento al caso *Pizzarotti*, l'Avvocato Generale, nelle formulate conclusioni, pur specificando che spetta al giudice nazionale privilegiare, nel dare esecuzione alle decisioni giudiziarie che si prestano a più interpretazioni, quella che garantisce la conformità al diritto dell'Unione⁴³, non trascura di rammentare che, nel caso in cui l'autorità di cosa giudicata renda impossibile tale conformità, permane la possibilità di agire per ottenere il risarcimento dei danni causati ai terzi⁴⁴.

È evidente, allora, che per evitare tali conseguenze, è necessario che gli Stati approntino i mezzi idonei per risolvere in maniera adeguata queste situazioni.

Del resto, sul versante convenzionale, proprio perché incentrato in via esclusiva sulla tutela dei diritti fondamentali, è da segnalare l'accorato invito rivolto dal Giudice delle Leggi al legislatore ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, specie nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU.

Rimasta senza esito tale esortazione, la Corte costituzionale con sentenza n. 113/2011⁴⁵, ha inteso colmare la lacuna, aderendo all'impostazione del giudice *a quo*, e con intervento additivo sulla normativa prevista dall'art. 630 c.p.p., ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, introducendo un diverso caso di revisione della sentenza o di decreto penale di condanna, al fine di conseguire la riapertura del processo. Ciò, naturalmente, allorché sia necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ab-

⁴³ Punto 91 delle conclusioni, EU:C:2014:335.

⁴⁴ Punto 102 delle conclusioni, EU:C:2014:335.

⁴⁵ Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Guida al diritto*, n. 17/2011, p. 44 ss., con commento di M. CASTELLANETA, *Grande impatto sull'attuale gerarchia delle fonti*, p. 57 ss.; e, ancora, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3299 ss., con note di M. GIALUZ, *Una "sentenza additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, *ivi*, p. 3308 ss., e di C. MUSIO, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU: la Corte Costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, *ivi*, p. 3321 ss.; nonché in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss., con nota di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*.

bia accertato il mancato rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione in materia di equo processo, salvaguardando l'interesse della parte alla *restitutio in integrum* mediante la rinnovazione del giudizio.

Nonostante l'assenza di altre alternative, è indubitabile che la soluzione "additiva" adottata dalla Corte appare inadeguata alla complessiva «tenuta del sistema»⁴⁶, occorrendo una più dettagliata disciplina, che esula dalle competenze della stessa.

Il legislatore dovrebbe, dunque, apprestare uno strumento processuale volto, per un verso, a soddisfare l'esigenza di consentire al nostro sistema di uniformarsi alle decisioni delle Corti europee e, per altro verso, ad evitare, quanto più è possibile, di vanificare i risultati dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria, tenendo conto della prospettiva sottesa al giudizio di bilanciamento spettante alle Corti nazionali in relazione ai superiori valori di libertà e di dignità della persona rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità sulle quali tradizionalmente poggia la funzione assegnata al principio d'intangibilità del giudicato.

Maria Teresa Stile*

SINTESI

La recente sentenza della Corte di giustizia UE, *Pizzarotti*, sottolinea la portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

Al riguardo si afferma che, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi e che, a determinate condizioni, nell'ordinamento interno, è possibile completare il disposto originario delle sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo al c.d. «giudicato a formazione progressiva».

L'articolo si conclude con l'auspicio di una futura revisione della posizione giurisprudenziale e normativa onde raggiungere un più equilibrato compromesso fra *res iudicata*, normativa UE ed interessi economici delle imprese.

⁴⁶ Cfr. G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte Costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 28 giugno 2011, p. 4 s.; al riguardo v., inoltre, S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalcontemporaneo.it, 18 maggio 2011, p. 1 ss.

* Docente di «Diritto dell'Unione europea» / Università Telematica Pegaso; Avvocato in Napoli

ABSTRACT

The recent sentence of the Court of Justice EU, Pizzarotti, highlights the scope of the principle of res judicata in the event of a situation which is incompatible with EU law.

In this regard, it is stated that, in the absence of EU legislation in this area, the procedures implementing the principle of res judicata are a matter for the domestic legal order of the Member States, in accordance with the principle of the procedural autonomy of the latter and that, under certain conditions, into national legal system, it is possible supplement the original provisions of judgments with subsequent implementation decisions, giving rise to the so-called «progressively formed res judicata».

The article concludes with a request for a future revision of the jurisprudence and legislation in order to achieve a better balance between res judicata, EU Law and economics interests of businesses.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA CHE L'UTILIZZO DELLA LINGUA TEDESCA DAVANTI AI TRIBUNALI DELLA PROVINCIA DI BOLZANO DEVE ESSERE RICONOSCIUTA A TUTTI I CITTADINI DELL'UNIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 27 marzo 2014 in causa n. C-322/13

Ulrike Elfriede Grauel Rüffer c. Katerina Pokorná

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Artt. 18 e 21 TFUE - Cittadinanza dell'Unione - Azione di risarcimento danno davanti al Landessgericht Bozen (Tribunale di Bolzano-Italia) - Principio di non discriminazione - Utilizzo della lingua tedesca nei procedimenti giudiziari della Provincia autonoma di Bolzano - Scelta del regime linguistico applicabile ai processi civili - Sussistenza del contrasto.

Gli artt. 18 TFUE e 21 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che riconosce il diritto di utilizzare, nei processi civili pendenti dinanzi ai giudici di uno Stato membro che abbiano sede in un determinato ente locale di tale Stato, una lingua diversa dalla lingua ufficiale di detto Stato solo ai cittadini di quest'ultimo che siano residenti in questo stesso ente locale¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ La scelta del regime linguistico applicabile davanti ai Tribunali civili della provincia di Bolzano non può essere riservata unicamente ai cittadini italiani residenti in tale regione, ma deve essere estesa a tutti i cittadini dell'Unione. Questo è quanto ha affermato la Corte di giustizia nella sentenza, sopra massimata, pronunciata nell'ambito di un contenzioso tra la signora Rüffer – cittadina tedesca e residente in Germania – e la signora Pokorná – cittadina ceca e residente nella Repubblica Ceca – in merito ad un'azione di risarcimento danni

conseguente ad un incidente sciistico che le ha viste coinvolte.

Ai sensi dell'art. 122, prima comma, del c.p.c. italiano, il processo deve svolgersi con l'uso della lingua italiana. In deroga a quanto sopra, può essere usata la lingua tedesca dinanzi alle giurisdizioni della provincia di Bolzano, nelle cause civili, penali e amministrative (previsioni contenute nel dpr n. 670/1972 e dpr n. 574/1988).

In seguito al predetto incidente sciistico, la signora Rüffer ha citato avanti il Tribunale di Bolzano la convenuta con un atto di citazione redatto nella lingua tedesca. Tale atto è stato tradotto in ceco e, successivamente, la signora Pokorná si è costituita in giudizio presentando la propria comparsa di risposta in lingua tedesca.

Il giudice nazionale ha subito sollevato la questione della scelta della lingua, tedesca o italiana, in cui occorreva proseguire il procedimento davanti al Tribunale. Il giudice nazionale, in proposito ha richiamato la sentenza della Corte di cassazione n. 20715 del 22 novembre 2012 nella quale la detta Corte aveva precisato che le disposizioni del dpr 574/1988 si applicano solamente ai cittadini italiani residenti nella Provincia di Bolzano. A parere del giudice nazionale del rinvio, avrebbero dovuto essere dichiarati nulli sia l'atto di citazione sia la comparsa di costituzione successiva.

Nonostante ciò, il Tribunale di Bolzano ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se la normativa comunitaria sulla cittadinanza europea contrasti con la normativa italiana che riconosce il diritto di utilizzare la lingua tedesca nei processi civili pendenti dinanzi ai giudici della Provincia di Bolzano solamente ai cittadini italiani residenti nella provincia stessa senza riconoscerlo ai cittadini di altri Stati membri dell'Unione.

La Corte di giustizia ha ricordato che sulla questione si era già espressa nella sentenza *Bickel e Franz* (sentenza del 24 novembre 1998 in causa n. C-274/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 563, EU:C:1998:563, annota in questa *Rivista*, 1999, p. 69) nella quale ha affermato che, nell'ambito di un procedimento penale, è ammesso che il processo si svolga in una lingua diversa dalla lingua principale dello Stato interessato. Non riconoscendo siffatto principio, un cittadino di lingua tedesca di uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana, che si trovi nella Provincia di Bolzano, sarebbe decisamente svantaggiato rispetto ad un cittadino italiano di lingua tedesca che risiede nella provincia stessa. Nel caso di specie, sarebbe stato negato alla signora Rüffer – cittadina tedesca circolante in Italia – di ottenere che il giudizio civile si svolgesse in tedesco.

Le argomentazioni addotte dal Governo italiano (peraltro le stesse sostenute nella causa *Bicker e Franz*, cit.) secondo le quali: *a.* non sussisterebbero ragioni valide per estendere il diritto di usare la lingua delle minoranze etniche e culturali ad un cittadino di uno Stato diverso dalla Repubblica italiana perché esistono strumenti adeguati per l'esercizio degli stessi diritti; *b.* si avrebbe un appesantimento nell'organizzazione dei processi e *c.* si avrebbe un aumento dei costi supplementari di giustizia, non sono state accolte dalla Corte di giustizia. Infatti, a parere della Corte, la normativa italiana potrebbe essere giustificata solamente se supportata da considerazioni oggettive indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo perseguito dall'ordinamento nazionale. I giudici della provincia di Bolzano sono in grado di svolgere i procedimenti nella lingua italiana, tedesca o in entrambe le lingue e, infine, meri motivi di ordine economico non possono costituire una ragione sufficiente per limitare una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che la normativa nazionale italiana contrasta con la normativa comunitaria sulla cittadinanza europea e non può giustificarsi per le ragioni sopra dette.

LA CORTE DI GIUSTIZIA HA AFFERMATO CHE L'INDENNITÀ FINANZIARIA A TITOLO DI FERIE NON GODUTE SI TRASMETTE AGLI EREDI DEL LAVORATORE ANCHE IN ASSENZA DI UN'ESPRESSA RICHIESTA DA PARTE DEL SOGGETTO INTERESSATO

Corte di giustizia

Sentenza del 12 giugno 2014 in causa n. C-118/13

Gülai Bollacke c. K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 2003/88/Ce - Organizzazione dell'orario di lavoro - Diritto alle ferie annuali retribuite - Indennità finanziaria in caso di decesso del lavoratore a titolo di ferie non godute - Espressa domanda dell'interessato - Espressione «ferie annuali retribuite» - Sussistenza del contrasto.

L'art. 7 della direttiva n. 2003/88/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a legislazioni o prassi nazionali, quali quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che prevedono che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue senza dare diritto ad un'indennità finanziaria a titolo delle ferie non godute, quando il rapporto di lavoro termina per decesso del lavoratore. Il beneficio di una tale indennità non può dipendere da una previa domanda dell'interessato¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 7 della direttiva n. 2003/88/Ce sull'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Guce* n. L 299 del 2003, p. 9) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Bollacke e, dall'altro lato, l'ex datore di lavoro del marito defunto, la società K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG (di seguito denominata K + K), relativamente al diritto della ricorrente a percepire un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non godute dal marito al momento della scomparsa.

L'art. 7 della direttiva n. 2003/88/Ce prevede che gli Stati membri si adoperino affinché ogni lavoratore benefici delle ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni nazionali. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro. La normativa tedesca prevede che: «Qualora le ferie non possano essere più concesse, integralmente o in parte per cessazione del rapporto di lavoro, deve essere corrisposta un'indennità sostitutiva».

Il marito della ricorrente è stato alle dipendenze della società K+K per circa dodici anni, fino alla data del decesso. A tale momento, si erano cumulati 140,5 giorni di ferie annuali non godute. La vedova chiedeva così alla società un'indennità finanziaria corrispondente alle ferie annuali non godute dal marito. Il datore di lavoro respingeva la domanda ritenendo che non si trattasse di un diritto trasmissibile agli eredi.

Il Tribunale tedesco del lavoro adito in appello dalla signora Bollacke si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se il diritto alle ferie annuali retribuite (su tale diritto cfr. sentenze del 20 gennaio 2009 in cause riunite n. C-350/06 e n. C-520/06, *Schultz-Hoff e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 18, EU:C:2009:18, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 85; del 22 novembre 2011 in causa n. C-214/10, *KHS*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 761, EU:C:2011:761 nonché del 24 gennaio 2012 in causa n. C-282/10, *Dominguez*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2012, EU:C:2012:33, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 74) si estingua al momento del decesso del lavoratore senza così riconoscere agli eredi un'indennità finanziaria a titolo di ferie non godute.

La Corte ha precisato che, secondo una propria costante giurisprudenza, nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro e non è più possibile l'effettiva fruizione delle ferie annuali retribuite, l'art. 7, par. 2, della direttiva n. 2003/88/Cee riconosce al lavoratore il diritto ad un'indennità (cfr., in tal senso, sentenze *Schultz-Hoff e a.*, *cit.*, nonché del 3 maggio 2012 in causa n. C-337/10, *Neidel*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2012, EU:C:2012:263 e ancora sull'espressione «ferie annuali retribuite»: sentenze *Schultz-Hoff e a.*, *cit.*; *KHS*, *cit.*, nonché *Dominguez*, *cit.*).

Ne consegue che le disposizioni nazionali che non riconoscono, al momento della cessazione del rapporto di lavoro un'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute al lavoratore che sia stato, per esempio, in congedo per malattia, contrastano con la normativa comunitaria. Secondo la Corte, alla luce di tali considerazioni, occorre valutare se la circostanza – costituita dalla morte dell'interessato – che ha posto fine al rapporto di lavoro, possa impedire che il diritto alle ferie annuali retribuite si trasformi in un'indennità finanziaria.

A parere della Corte di giustizia, il beneficio di una compensazione pecuniaria, nel caso in cui il rapporto di lavoro finisce per la morte del lavoratore risulta più che mai indispensabile per garantire l'effetto utile del diritto alle ferie annuali retribuite riconosciuto al lavoratore dalla direttiva n. 2003/88/Cee. Se così non fosse, un avvenimento fortuito comporterebbe retroattivamente la perdita totale del diritto alle ferie annuali retribuite. Ne consegue che il diritto riconosciuto dalla direttiva non può estinguersi con il decesso del lavoratore.

LA CORTE DI GIUSTIZIA HA STATUITO CHE L'ISCRIZIONE ALL'ALBO IN ITALIA DEGLI *ABOGADOS* NON COSTITUISCE UN ABUSO DEL DIRITTO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 luglio 2014 in cause riunite n. C-58/13 e n. C-59/13

Angelo Alberto Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata (causa n. C-58/13) e Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata (causa n. C-59/13)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Nozione di «organo giurisdizionale di uno Stato membro» - Consiglio Nazionale Forense (CNF) – Indipendenza - Imparzialità - Interpretazione dell'art. 3 della direttiva n. 98/5/Ce - Esercizio permanente della professione di avvocato in

uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica - Validità - Possibilità di respingere l'iscrizione presso l'albo degli avvocati di soggetti che abbiamo acquisito la professione in uno Stato membro diverso da quello d'origine - Abuso del diritto - Rispetto dell'identità nazionale.

L'art. 3 della direttiva n. 98/5/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, dev'essere interpretato nel senso che non può costituire una pratica abusiva il fatto che il cittadino di uno Stato membro si rechi in un altro Stato membro al fine di acquisirvi la qualifica professionale di avvocato a seguito del superamento di esami universitari e faccia ritorno nello Stato membro di cui è cittadino per esercitarvi la professione di avvocato con il titolo professionale ottenuto nello Stato membro in cui tale qualifica professionale è stata acquisita¹.

L'analisi della seconda questione sollevata non ha rivelato alcun elemento tale da inficiare la validità dell'art. 3 della direttiva n. 98/5/Ce².

¹⁻² Non costituisce una pratica abusiva fare ritorno in uno Stato membro per esercitarvi la professione con il titolo ottenuto in un altro Stato membro. Questo è quanto ha chiarito la Corte di giustizia nella sentenza, sopra massimata.

I signori Angelo Alberto Torresi e Pier Francesco Torresi, cittadini italiani laureati in giurisprudenza prima in Italia e poi Spagna, hanno acquisito il diritto di usare il titolo professionale di «abogado» in Spagna (sono stati iscritti come avvocati nell'albo dell'Ordine degli Avvocati di Santa Cruz de Tenerife) e, successivamente, hanno richiesto l'iscrizione al competente Consiglio dell'Ordine degli avvocati in Italia per poter esercitare con il titolo di *abogado* la professione di avvocato in Italia.

Le domande presentate dai ricorrenti si basavano sulle leggi italiane di trasposizione della direttiva n. 98/5/Ce volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica (in *Guce* n. L 77 del 1988, p. 36).

I signori Torresi, in considerazione del fatto che il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata non si è pronunciato nei termini prescritti, hanno presentato ricorso dinanzi al Consiglio Nazionale Forense (di seguito denominato: CNF). Nel corso di tale procedimento, il CNF ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per l'interpretazione della direttiva n. 98/5/Cee alla luce dei principi che vietano l'«abuso del diritto» e impongono il «rispetto dell'identità nazionale» (cfr. art. 4, par. 2, TUE).

Sull'eccezione sollevata dai ricorrenti relativamente alla competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale presentato dal CNF, la Corte ha chiarito come quest'ultimo, esercitando un controllo ai sensi dell'art. 6, par. 8, del dlgo n. 96/2001 (che ha recepito la normativa comunitaria) costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE e la Corte è conseguentemente competente ad esaminare le questioni che esso sottopone alla sua attenzione (cfr., in particolare, sentenze del 14 giugno 2011 in causa n. C-196/09, *Miles e a.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 388, EU:C:2011:388, del 31 gennaio 2013 in causa n. C-394/11, *Belov*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2013:48 e del 19 settembre 2006 in causa n. C-506/04, *Wilson*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8613, EU:C:2006:587, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 542).

Con la prima delle questioni pregiudiziali presentate, è stato chiesto alla Corte di

giustizia di chiarire se le autorità di uno Stato membro (Italia) invocando l'abuso del diritto, possano legittimamente rifiutarsi di iscrivere, nell'albo degli avvocati stabiliti, cittadini italiani in possesso di una laurea conseguita in Italia e che si siano successivamente recati in un altro Stato membro (Spagna) al fine di acquisirvi la qualifica professionale di *abogados* e abbiano in seguito fatto ritorno in Italia per esercitarvi la professione di avvocato con il titolo professionale di *abogados* ottenuto nello Stato membro in cui è stata acquisita la qualifica professionale (Spagna).

La Corte di giustizia ha precisato che la direttiva n. 98/5/Cee ha come obiettivo quello di facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale e che essa istituisce un meccanismo di mutuo riconoscimento dei titoli professionali degli avvocati migranti che desiderino esercitare con il titolo conseguito nello Stato membro di origine. Ciò al precipuo scopo di eliminare le disparità tra le norme nazionali relativamente ai requisiti di iscrizione presso le competenti autorità nazionali che causavano ostacoli alla libera circolazione dei professionisti (cfr. sentenza del 7 novembre 2000 in causa n. C-168/98, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9131, EU:C:2000:598, annotata in *questa Rivista*, 2000, p. 773, nonché sentenza *Wilson*, cit. *supra*).

La direttiva, procedendo nell'armonizzazione dei requisiti preliminari richiesti per l'esercizio del diritto di stabilimento in essa contenuti, ha previsto che la presentazione all'autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro di origine (Spagna) costituisce l'unico requisito prescritto a cui deve essere subordinata l'iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante (Italia).

A parere del CNF, in qualità di giudice del rinvio, i signori Torresi non potrebbero avvalersi dell'art. 3 della direttiva perché l'acquisizione della loro qualifica in Spagna avrebbe unicamente l'effetto di eludere l'applicazione del diritto italiano relativo all'accesso alla professione di avvocato e costituirebbe, pertanto, un abuso del diritto di stabilimento, contrario agli obiettivi della direttiva.

La Corte, al riguardo, ha precisato che, per accertare l'effettiva esistenza di una pratica abusiva occorrono due elementi, uno oggettivo (il mancato raggiungimento dell'obiettivo) e uno soggettivo (volontà di ottenere un vantaggio indebito) (cfr. *SICES e a.*, C-155/13, EU:C:2014:145).

Orbene, un cittadino che ha conseguito una laurea in uno Stato membro è libero di recarsi in un altro Stato membro per acquisire una qualifica professionale e, successivamente, di far ritorno nel primo Stato per esercitarvi la professione con il titolo ottenuto nel secondo Stato. Tale comportamento non può, a parere della Corte, costituire un abuso del diritto di stabilimento ai sensi dell'art. 3 della direttiva.

Inoltre, anche la circostanza che un cittadino di uno Stato membro decida di acquisire il titolo professionale in un altro Stato membro solamente per poter beneficiare di una normativa a lui più favorevole, non può fondare l'esistenza di un abuso del diritto.

Ne consegue che il comportamento dei signori Torresi non costituisce una pratica abusiva e non contrasta con la normativa comunitaria sul diritto di stabilimento degli avvocati.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INDIVIDUA IL MOMENTO IN CUI IL VOLO AEREO PUÒ ESSERE CONSIDERATO IN RITARDO AI SENSI DEL REGOLAMENTO (CE) N. 261/2004 SUL DIRITTO DI COMPENSAZIONE IN CASO DI RITARDO PROLUNGATO

Corte di giustizia

Sentenza del 4 settembre 2014 in causa n. C-452/13

Germanwings GmbH c. Ronny Henning

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Artt. 2, 5 e 7 - Regole comuni in materia di compensazione pecuniaria ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato di un volo - Durata effettiva del ritardo - Nozione di «orario di arrivo» - Determinazione dell'entità del ritardo - Apertura di almeno uno dei portelloni dell'aereo.

Gli artt. 2, 5 e 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, devono essere interpretati nel senso che la nozione di «orario di arrivo», utilizzata per determinare l'entità del ritardo subito dai passeggeri di un volo, indica il momento in cui si apre almeno uno dei portelloni dell'aeromobile, posto che, in tale momento, i passeggeri sono autorizzati a lasciare il velivolo¹.

¹ La Corte di giustizia, con la sentenza sopra massimata, ha colto l'occasione per precisare la nozione di «orario di arrivo» ricavabile dal Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Guce* n. L 46 del 2004, p. 1).

Tale questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 261/2004 è stata sollevata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il vettore aereo Germanwings GmbH, e, dall'altro lato, il signor Henning relativamente al rifiuto, da parte del vettore, di riconoscere al signor Henning una compensazione pecuniaria per il ritardo con cui il proprio volo era arrivato all'aeroporto tedesco di Colonia/Bonn. Il signor Henning acquistava *on line* un biglietto aereo della Germanwings per andare da Salisburgo (Austria) a Colonia/Bonn. L'aeromobile in questione era partito con un ritardo di tre ore e dieci minuti e aveva raggiunto la posizione di parcheggio tre ore e tre minuti dopo l'orario di arrivo previsto. I portelloni dell'aeromobile venivano aperti poco dopo.

Il ricorrente ha sostenuto che la destinazione finale è stata raggiunta con un ritardo maggiore alle tre ore rispetto all'orario di arrivo previsto e ritiene, pertanto, di avere diritto ad una compensazione pecuniaria di duecentocinquanta euro ai sensi degli artt. 5-7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004. Per contro, la compagnia aerea ha sostenuto, invece, che quando il velivolo aveva toccato il suolo dell'aeroporto di Colonia/Bonn, il ritardo maturato era solamente di due ore e cinquantotto minuti, ritardo che non prevede il riconoscimento di alcuna compensazione pecuniaria.

Il signor Henning ha, quindi, adito il giudice austriaco al fine di far interpretare nonché chiarire la nozione di orario di arrivo effettivo, ossia se per orario di arrivo debba intendersi: *a.* il momento in cui le ruote dell'aeromobile toccano la pista di atterraggio dell'aeroporto di destinazione, *b.* il momento in cui l'aeromobile raggiunge la posizione di parcheggio, *c.* quando si apre il portellone dell'aereo.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che, per determinare l'entità del ritardo di un volo è necessario confrontare l'orario di arrivo previsto dell'aereo con quello di arrivo a destinazione. Il Regolamento non definisce l'orario di arrivo effettivo. Questa nozione, a parere della Corte di giustizia, deve trovare un'applicazione uniforme in tutta l'Unione (cfr.

in tal senso, sentenza del 18 gennaio 1984 in causa n. 327/82, *Ekro*, in *Raccolta*, 1984, p. 11, EU:C:1984:11). Secondo la Corte di giustizia, durante il volo i passeggeri si trovano in uno spazio chiuso e non sono in grado di occuparsi delle loro questioni personali, professionali e familiari. Ne consegue che l'orario di arrivo effettivo deve coincidere con il momento in cui tale stato di limitazione ha termine (cfr. sentenza del 26 febbraio 2013 in causa n. C-11/11, *Folkerts*, inedita in *Raccolta*, EU:C:2013:106, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 152). Lo stato di limitazione non può che essere superato nel momento in cui i passeggeri sono in grado di scendere dall'aereo. Ne consegue che il momento di arrivo da prendere in considerazione per determinare la corresponsione dell'indennizzo per il ritardo subito dai passeggeri di un volo è quello in cui i portelloni dell'aereo si aprono e i passeggeri sono autorizzati a lasciare l'aereo.

LA CORTE DI GIUSTIZIA HA CHIARITO CHE IL VETTORE AEREO È LIBERO DI APPLICARE UN COSTO AGGIUNTIVO PER IL TRASPORTO NELLA STIVA DEL BAGAGLIO REGISTRATO DEI PASSEGGERI

Corte di giustizia

Sentenza del 18 settembre 2014 in causa n. C-487/12

Vueling Airlines SA c. Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 1008/2008 - Norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità - Libertà in materia di tariffe - Supplemento di prezzo per i bagagli registrati - Nozione di «tariffa aerea passeggeri» - Ammenda inflitta al vettore aereo per abusività di una clausola contrattuale - Normativa spagnola secondo la quale il trasporto del passeggero e la registrazione di un bagaglio devono essere compresi nel prezzo di acquisto del biglietto aereo - Acquisto *on line* a prezzi vantaggiosi - Tutela dei consumatori - Contrasto con il diritto dell'Unione - Legittimità del supplemento di prezzo per i bagagli registrati.

L'art. 22, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga i vettori aerei, in tutte le circostanze, a trasportare non solo il passeggero, ma anche i bagagli registrati dello stesso, a condizione che tali bagagli posseggano determinati requisiti relativi in par-

ticolare al loro peso, per il prezzo del biglietto aereo e senza che possa essere richiesto alcun supplemento di prezzo per il trasporto di detti bagagli¹.

¹ La normativa nazionale spagnola che impone al vettore aereo il trasporto gratuito del bagaglio registrato dei passeggeri che hanno acquistato il biglietto *on line*, a prezzi vantaggiosi, contrasta con il diritto dell'Unione europea.

La Corte di giustizia, con la sentenza, sopra massimata, si è pronunciata in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 22, par. 1, («Libertà in materia di tariffe») del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 (in *Guce* n. L 293 del 2008, p. 3) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la compagnia aerea Vueling Airlines SA e, dall'altro lato, l'Istituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia, l'Istituto per la tutela dei consumatori della comunità autonoma di Galizia (di seguito denominato "l'Istituto Galego") per aver quest'ultima inflitto alla Vueling Airlines una sanzione amministrativa per la presenza di una clausola abusiva nei contratti di trasporto aereo conclusi dal vettore.

Nell'agosto del 2010 la signora Villegas acquistava *on line* quattro biglietti aerei andata-ritorno - La Coruña (Spagna) ed Amsterdam (Paesi Bassi) - della compagnia aerea Vueling Airlines registrando complessivamente due valigie per i quattro passeggeri e la Vueling Airlines aumentava di EUR 40 il prezzo di base dei biglietti aerei ammontante ad EUR 241,48.

La signora Villegas presentava un reclamo contro la compagnia aerea ritenendo che la stessa avesse inserito una clausola abusiva nei contratti di trasporto aereo. Secondo la signora Villegas, l'aumento di prezzo applicato dalla compagnia sarebbe incompatibile con la normativa spagnola applicabile che riconosce al passeggero il diritto di registrare una valigia senza costi supplementari. In seguito, l'Istituto Galego ha avviato un procedimento sanzionatorio contro la Vueling Airlines, infliggendole un'ammenda di tremila euro.

Il giudice del rinvio, lo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Ourense (Tribunale amministrativo n. 1 di Ourense, Spagna), adito dalla Vueling Airlines, ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se contrasta con il principio della libertà in materia di tariffe, la disposizione nazionale contenuta nella legge spagnola sulla navigazione aerea che obbliga le compagnie aeree a garantire in ogni caso ai passeggeri il diritto di registrare una valigia, senza imporre un supplemento rispetto al prezzo di base del biglietto pagato.

La Corte di giustizia ha precisato che, ai sensi dell'art. 22, par. 1, del Regolamento, i vettori aerei comunitari e, per reciprocità, i vettori aerei dei Paesi terzi, possono fissare liberamente le tariffe aeree per i passeggeri e per le merci in relazione ai servizi aerei intra-comunitari. Tale disposizione perciò afferma il principio della libertà in materia di fissazione delle tariffe per quanto riguarda il trasporto dei passeggeri, senza occuparsi della determinazione del prezzo per il servizio di trasporto dei bagagli registrati.

A parere della Corte di giustizia, per chiarire se il Regolamento comunitario consenta di imporre il pagamento di un prezzo separato per il servizio di trasporto dei bagagli registrati, occorre stabilire se il prezzo da pagare per il trasporto dei bagagli sia un elemento prevedibile del prezzo o configuri, invece, un supplemento di prezzo opzionale relativo ad un servizio complementare.

Sul punto, la Corte ha rilevato che la prassi generalmente seguita dalle compagnie aeree è quella di registrare i bagagli senza l'applicazione di costi aggiuntivi. Con l'avvento però delle compagnie aeree *low cost*, la prassi, sopra citata, è venuta modificandosi per il fatto che i prezzi praticati dalle compagnie *low cost* sono notevolmente inferiori a quelli delle compagnie aeree di linea. In tal caso si può così affermare che, per tali compagnie, il costo legato al trasporto dei bagagli è diventato una sorta di servizio aggiuntivo e conseguentemente deve considerarsi un supplemento di prezzo opzionale ai sensi dell'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008.

I bagagli non registrati, invece, devono essere considerati un elemento indispensabile del trasporto dei passeggeri e non possono essere sottoposti a supplementi di prezzo a condizione che rispondano a requisiti di peso e dimensioni e soddisfino le prescrizioni di sicurezza.

La normativa nazionale controversa che non consente ai vettori aerei di addebitare

separatamente un supplemento per il trasporto dei bagagli registrati e, quindi, di fissare liberamente il prezzo per il trasporto dei passeggeri contrasta con il diritto dei vettori aerei di fissare liberamente i prezzi da pagare per il trasporto dei passeggeri sui servizi aerei e rimette, altresì, in discussione l'obiettivo principale del Regolamento oggetto di interpretazione che è quello di rendere possibile l'effettiva comparabilità dei prezzi.

Infatti, i vettori aerei ai quali si applica tale normativa nazionale non sono autorizzati a specificare una tariffa separata per il servizio di trasporto dei bagagli registrati, mentre le compagnie aeree soggette alla normativa di un altro Stato membro possono indicare il supplemento di prezzo opzionale.

La Corte di giustizia perciò considera legittima l'imposizione di pagamenti per i bagagli registrati, fermo restando che a carico delle autorità nazionali resta il compito di verificare il rispetto degli obblighi di informazione e di trasparenza che devono caratterizzare lo svolgimento della prenotazione *on line* e del successivo acquisto dei biglietti aerei (cfr. sentenza del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C:2012:487, e in questa *Rivista*, 2012, p. 677 con commento di F. FORNI, *L'assicurazione contro l'annullamento del viaggio non è necessaria per volare*, p. 681; ancora, sentenze del 26 settembre 2000 in causa n. C-262/97, *Engelbrecht*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7321, EU:C:2000:492; del 27 ottobre 2009 in causa n. C-115/08, *CEZ*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 10265, EU:C:2009:660, e del 13 aprile 2010 in causa n. C-91/08, *Wall*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 2815, EU:C:2010:182).

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

SÌ ALLE "ECOTASSE" COMUNALI SOLO SE È EFFETTIVO IL DANNO ALL'AMBIENTE. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DEVE RISPETTARE IL DIRITTO EUROPEO

**Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
Sentenza del 2 luglio-26 settembre 2013, n. 4756***

Presidente FF, Francesco Caringella - Estensore, Doris Durante

Comune (*Omissis*) c. Consorzio e altri

Principio «chi inquina paga» - Direttiva n. 2006/12/Ce (art. 15) - Immediata cogenza - Diritto interno - Divieto - Normativa nazionale - Imporre ai singoli - Costi manifestamente inadeguati - Smaltimento dei rifiuti - Assenza - Legame sufficientemente ragionevole - Produzione dei rifiuti.

Il principio «chi inquina paga», sancito dall'art. 15 della direttiva n. 2006/12/Ce, ha immediata cogenza nel diritto interno e deve essere interpretato nel senso di precludere a normative interne di imporre ai singoli costi manifestamente inadeguati per lo smaltimento dei rifiuti in assenza di un legame sufficientemente ragionevole con la produzione dei rifiuti.

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. In argomento v. *infra*, p. 429 ss., il commento di ADABELLA GRATANI.

ADDEBITABILITÀ E PROPORZIONALITÀ DEI COSTI AMBIENTALI. PRINCIPI EUROPEI E NAZIONALI A CONFRONTO

Sommario: 1. *Introduzione. La "fiscalità euro-ambientale" quale misura persuasiva di correzione alla fonte delle condotte eco-nocive* - 2. *La poliedricità del "tributo ambientale": a. aggravio del carico fiscale, b. misura orientativa-coercitiva del contribuente, c. rispetto della capacità contributiva da correlare all'effettivo servizio e danno ambientale.* 3. *Ecotassa: un po' di storia. Costo indicizzato o effettivo alla produzione dei rifiuti?*

1. Introduzione. La "fiscalità euro-ambientale" quale misura preventiva efficiente di correzione alla fonte delle condotte eco-nocive

Non capita tutti i giorni che sia avvocato ed osservato il diritto dell'Unione europea nelle Corti nazionali, sin dal primo grado di giudizio. Spesso e volentieri si sorvolano tali profili, demandandoli alle successive sedi di gravame ed aggravando l'*iter* processuale, in attesa, forse, che altri sollevino il rinvio pregiudiziale¹. Trattasi di una "cultura giuridica", in specie nella magistratura ordinaria, ancora in via di perfezionamento.

In questo contesto, non isolata² e positivamente stridente, si pone la pronuncia in commento dei giudici amministrativi, giacché il TAR e il

¹ Il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE rappresenta uno strumento a tutela della corretta applicazione del diritto europeo, che si pone facoltativo, ed obbligatorio solo per l'ultimo grado di giudizio. La mancanza di sanzione comporta, poi, nel nostro ordinamento, che anche negli ultimi gradi si assista spesso alla sua elusione.

² Cfr. TAR Lombardia Brescia, dell'11 aprile 2005, n. 304, in *Foro amm.*, 2005, vol. 4, p. 966, che avoca il principio europeo di precauzione: «Nel rispetto di principio di precauzione, di matrice comunitaria, correttamente il Ministero dell'ambiente prescrive l'allontanamento dell'impianto di stoccaggio di rifiuti liquidi dalle immediate vicinanze del corso d'acqua, pur in presenza di uno studio di impatto ambientale prodotto per la VIA che esclude interferenze dell'impianto stesso con il corso d'acqua anche in caso di tracimazione delle acque in piena» nonché TAR Trentino, dell'8 luglio 2010, n. 171, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2010, vol. 7-8, p. 2317, ove è precisato che «la rilevanza del principio generale "di precauzione", che è come tale direttamente cogente per tutte le p.a., ha trovato ampio riconoscimento, ancorché sia menzionato nel trattato Ce soltanto in relazione alla politica ambientale, da parte degli organi comunitari soprattutto nel settore della salute, con una valenza non solo programmatica, ma di-

Consiglio di Stato, – in veste di controllo sul corretto operato del primo –, invocano e applicano i principi europei e nazionali di sussidiarietà e di proporzionalità dei costi ambientali³ che il singolo contribuente è chiamato a sostenere⁴, per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente.

Le forme di inquinamento, per quanto variegate, innumerevoli e non ancora tipizzate, chiamano a rapporto tutti i protagonisti della vita politica, legislativa e giudiziaria in un percorso sempre più teso ad acquisire una maggior consapevolezza nel reprimere sul nascere e, ancor prima, nel prevenire, tutti quei fenomeni, anche connessi alle attività umane, che hanno l'effetto, diretto o indiretto, di produrre un impatto negativo sulla natura, sulla esauribilità delle risorse naturali⁵, sulla salute e sulla qualità della vita degli esseri viventi e dell'uomo in particolare.

Sotto diversi profili è possibile registrare, malgrado la rimostranza esternata in più sedi e a più livelli dalla comunità, che le misure preventive-repressive, che trovano il loro fondamento proprio nella materia tributaria

rettamente imperativa nel quadro degli ordinamenti nazionali, vincolati ad applicarlo qualora sussistano incertezze con riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone. Ne consegue che, su tale scorta, si costituisce l'obbligo da parte delle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi anche se unicamente potenziali per la salute, la sicurezza e per l'ambiente, facendo in ciò necessariamente prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici dei singoli cui sia fondatamente addebitabile il pregiudizio temuto ovvero già occorso. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie e nazionali responsabili - in tutti i loro ambiti di azione - della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, la regola della precauzione può essere considerata come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del trattato».

³ Cfr., in argomento, l'art. 11 TFUE (ex art. 6 del TCE): «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile», l'art. 5, par. 2, TCE «Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario» e l'art. 191, par. 3, TFUE «Nel predisporre la sua politica in materia ambientale l'Unione tiene conto: (...) dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione».

⁴ Cfr. sui principi di precauzione, di prevenzione, di correzione in via prioritaria alla fonte dei danni e «chi inquina paga» l'art. 191, par. 2, TFUE (ex art. 174 del TCE) «La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"».

⁵ Vedasi, in argomento, il concetto di «sviluppo sostenibile» che trova la sua origine nel Report of the World Commission on Environment and Development: *Our Common Future, From One Earth to One World*, c.d. Rapporto Brundtland, Oslo, 20 marzo 1987, UN General Assembly as Annex to document A742/427- Development and International Co-operation: Environment, nella parte I ("The Global Challenge") capitolo 3 ("Sustainable Development"), p. 15, punto 27 «Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs (...)», in www.conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf.

ambientale⁶, sono più efficaci e dirompenti, rispetto ai tradizionali strumenti di normazione autoritativa (imposizione di *standard* e di divieti), di normazione su base volontaria (diffusione delle buone pratiche, dell'informazione, della gestione di marchi e di sistemi come *ecolabel-ecoaudit*, etc.) ovvero a quelle misure risanatorie o risarcitorie che pongono l'accento sul modello curativo, dopo che il fatto dannoso si sia verificato. Trattasi, anche in questa sede, di "cultura comportamentale" in via di perfezionamento, ove l'interlocutore primario in attesa è lo stesso "ambiente" che ci circonda.

Così, si apprende che gli strumenti economici e tributari⁷, quali i costi a beneficio fiscale per le imprese e per i singoli cittadini, i finanziamenti ecosostenibili che privilegiano determinate attività rispetto ad altre, le forme di tassazione ambientale graduate sui servizi in ragione delle maggiori forme di inquinamento⁸, l'introduzione delle tariffe, dei sussidi, delle sanzioni economiche, etc., si pongono quali forme più "apprezzate" ed utilizzate per esigere una attiva forma di collaborazione e di concertazione sulla tutela ambientale.

In questo panorama, lo strumento dell'«ecotassa»⁹, in una gestione accurata della «contabilità ambientale», denominata anche «l'internalizzazione dei costi»¹⁰ consente una nuova e più corretta definizione degli o-

⁶ In argomento vedere XV Conferenza sulla tassazione ambientale, a Eigtveds Pakhus, Ministero degli Affari Esteri, in Copenhagen, dal 24 al 26 settembre 2014 (www.antenna-bruxellesbasilicata.it/antennaBruxelles, sezione eventi). Vedere anche la Conferenza dal titolo «Fiscalità, innovazione e comunicazione – Come migliorare le prospettive di una riforma fiscale in senso ambientale», tenutasi sempre a Copenhagen il 15-16 settembre 2014 (www.fiscooggi.it/dal-mondo/articolo/tasse-e-ambiente-copenhagenil-fisco-si-tinge-verde). Al centro dell'incontro, a cui partecipano i rappresentanti di istituzioni, imprese e associazioni di Stati dell'Ue, la direttiva sulla tassazione dell'energia e l'impatto della riforma fiscale ambientale su ricerca e innovazione, con una sessione interattiva dedicata alla comunicazione della politica ambientale.

⁷ Art. 192 (ex art. 175 TCE) «In deroga alla procedura decisionale di cui al paragrafo 1 e fatto salvo l'art. 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adotta: a. disposizioni aventi principalmente natura fiscale». R. ALFANO, *L'Emission Trading Scheme: applicazione del principio "chi inquina paga", positività e negatività rispetto al prelievo ambientale*, in *Quaderno di Innovazione e Diritto*, Rivista online dell'Università Federico II, 5/2009, p. 2, in www.innovazionediritto.unina.it.

⁸ F. TOCCHI, *Fiscalità ambientale: profili costituzionali e applicazioni interne*, in *Teoria e storia del diritto privato*, rivista internazionale online, volume IV, 2011, in part. pp. 63-64.

⁹ La definizione di «ecotassa» la si rinviene in sede OCSE come «qualsiasi prelievo obbligatorio effettuato senza contropartita e calcolato su una base imponibile che abbia una rilevanza (un impatto) ambientale», OECD, 2003, OECD Environmentally related taxes database, Paris: «Environmentally related taxes are defined as any compulsory, unrequired payment to general government levied on tax-based deemed to be of particular environmental relevance».

¹⁰ Cfr. la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992, Report of the United Nations Conference on environment and development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, in <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>: «Principle 16 - National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use

biettivi politici da perseguire ad ogni livello, tale da pervenire a forme di riduzione dell'inquinamento in generale e ad addebitare o ripartire il costo su tutti i corresponsabili¹¹.

2. La poliedricità del "tributo ambientale": a. aggravio del carico fiscale, b. misura orientativa-coercitiva del contribuente, c. rispetto della capacità contributiva da correlare all'effettivo servizio e danno ambientale

La leva fiscale, pur ponendosi il fine lodevole di prevenire e correggere alla fonte le cause produttrici di danno ambientale, perviene essa stessa ad aumentare il costo dei comportamenti che producono diseconomie esterne.

Se «i primi esempi di tassazione ambientale evidenziavano soprattutto un prevalente effetto redistributivo del prelievo, volto al reperimento dei fondi da utilizzare in successivi interventi ambientali»¹², oggi, si assiste ad una pluralità di mezzi diversificati per struttura e per natura che mirano a bilanciare le condotte e gli effetti connessi. Si prendano i tributi e le tariffe, quali forme di gettito e di disincentivo verso una determinata condotta da reprimere; del pari i depositi cauzionali, quali sovrapprezzi sul godimento e utilizzo di beni inquinanti, con un recupero economico ove si pervenga alla restituzione dei detti beni (ad esempio imballaggi, riciclaggio etc.); del pari si richiamino le penalità, quali strumenti direttamente disincentivanti/interdittivi; i sussidi finanziari, quali incentivi per privilegiare, invece, attività produttive a ridotto inquinamento; i permessi negoziabili e altri interventi di mercato diretti a preferire attività alternative, poco inquinanti, etc.

L'uso integrato di tali strumenti si pone l'obiettivo, in parte di incorporare il costo dei servizi ambientali e della riparazione dei danni cagionabili nel ciclo di vita, direttamente nel prezzo di acquisto dei prodotti e/o servizi¹³; in parte, di orientare il comportamento dei produttori e dei con-

of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment».

¹¹ Il principio «chi inquina paga», sotteso al concetto di internalizzazione dei costi ambientali è introdotto nel Trattato UE, a seguito dell'Atto unico europeo (ex art. 130 R, oggi art. 174, comma 2, TFUE), ed è per la prima volta espresso nella Raccomandazione dell'OCSE del 26 maggio 1972, n. 128 nei «*Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*»; di poi nella Raccomandazione del Consiglio n. 75/436/Euratom, Ceca, Cee del 3 marzo 1975, sull'imputazione dei costi e l'intervento dei pubblici poteri in materia di ambiente, in *Guce* n. L 194 del 25 luglio 1975, pp. 1-4.

¹² R. ALFANO, *Tributi ambientali: profili interni ed europei*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 21.

¹³ G. TADDEI, *Responsabilità, nesso causale e giusto procedimento, nota a Corte di Giusti-*

sumatori verso l'utilizzo di quelle risorse ecocompatibili e alternative a quelle con alti effetti dannosi; in parte, di aumentare il gettito fiscale da destinare alle altre forme di tutela ambientale in assenza dell'identificazione del soggetto responsabile etc. Sotto questi ultimi aspetti, la fiscalità ambientale ha l'effetto perverso di alterare la concorrenza, creare distorsioni della competitività delle aziende e rivelarsi quindi anticoncorrenziale, contribuendo a sollecitare condotte di dissenso e non collaborative e, di conseguenza, di pregiudizio all'ambiente in termini di localizzazione del danno ambientale e/o degli effetti dannosi.

Occorre considerare, inoltre, che le forme di costo ambientale preventivo, computato sull'acquisto di un prodotto e/o servizio sul mercato, laddove prendono come parametro solo ed unicamente l'effetto dannoso in senso astratto, non ancora verificatosi, hanno l'ulteriore effetto perverso¹⁴ di gravare in modo eguale sulla collettività, senza prendere in esame la capacità contributiva¹⁵ del singolo e quindi in definitiva di riverberarsi solo come indice di ricchezza: il più ricco potrà permettersi il prodotto o il servizio ad impatto ambientale e potrà permettersi del pari anche di non far fronte all'«ecotassa»; il più povero o non si potrà permettere il prodotto/servizio in commercio ovvero dovrà fare fronte all'ecotassa non potendo permettersi l'aggravio di penalità, sanzioni, della stessa azione giudiziaria e delle lungaggini di quest'ultima.

Il continuo aumento della produzione di rifiuti determina un'alterazione del sistema ambientale, ovvero un'«alterazione qualitativa e/o quantitativa, diretta o indiretta, a breve e a lungo termine, permanente e temporanea, singola e cumulativa, positiva e negativa per l'ambiente» (art. 5 dlgo n. 152/2006¹⁶).

zia, 9 marzo 2010, in C-378/08 e C-379-380/08, in *Ambiente e sviluppo*, 2010, 5, p. 437 (nota a sentenza).

¹⁴ F. TOCCHI, *Fiscalità ambientale: profili costituzionali e applicazioni interne*, cit. *supra*, nota 8. L'A. osserva (p.78) che «Alcune difficoltà possono sorgere anche nel collegare il tributo ambientale alla durata dell'impiego del materiale. Infatti si dovrebbero colpire maggiormente i prodotti che durino un certo periodo minimo, riducendo invece il peso su quei prodotti la cui durata sia maggiore nel tempo».

¹⁵ Il tributo che colpisce il consumo di prodotti inquinanti, presupponendo il loro consumo, indica l'elemento patrimoniale suscettibile di valutazione economica e quindi di ricchezza. Capacità contributiva che risulta con toni più opachi ove il sistema fiscale ambientale è improntato a porre a carico della collettività l'erogazione da parte dello Stato o di altro ente pubblico di un servizio di risanamento del danno cagionato all'ambiente da una determinata attività inquinante posta in essere dal soggetto passivo del tributo non identificabile.

¹⁶ Dlgo 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale, in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord.*, tra le ultime modifiche e integrazioni cfr. dlgo 10 dicembre 2010, n. 219, recante Attuazione della direttiva 2008/105/Ce relativa a standard di qualità ambientale nel settore della politica delle acque, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive n. 82/176/Cee, n. 83/513/Cee, n. 84/156/Cee, n. 84/491/Cee, n. 86/280/Cee, nonché modifica della direttiva n. 2000/60/Ce e recepimento della direttiva n. 2009/90/Ce che stabilisce, conformemente alla

Per tale motivo, sia la normativa europea sia quella nazionale, in attuazione della prima, prevedono meccanismi volti a prevenire la produzione di rifiuti¹⁷ nonché ad eliminare o, quantomeno, ridurre gli effetti della continua produzione di rifiuti¹⁸ sull'ambiente.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 4756/13, in commento, riconferma con vigore quanto sia importante, per tutti i cittadini e operatori imprenditoriali e giuridici, che le scelte delle amministrazioni comunali siano assunte nel rispetto dei principi dell'Unione europea, recepiti nel testo unico ambientale, anche laddove vi sia un vuoto normativo, oppure si verta in un ritardo della potestà statale nella materia ambientale (art. 117 Cost.) e l'autorità locale voglia approcciare, *medio tempore*, ad una normazione cedevole.

Il principio di sussidiarietà (art. 118 Cost), presente tra le fonti del Trattato (art. 5 TCE e Protocollo annesso al Trattato di Lisbona), che consente alle autorità locali di intervenire¹⁹ non deve mai scontrarsi con gli altri principi fondamentali e deve avvenire «nel rispetto delle disposizioni generali e degli obiettivi del trattato, con particolare riguardo al mantenimento dell'*acquis* comunitario e dell'equilibrio istituzionale; non deve ledere i principi elaborati dalla Corte di giustizia, relativamente al rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario (...)».

Il principio «chi inquina paga», sancito dall'art. 15 della direttiva n. 2006/12/Ce²⁰, ha immediata coerenza nel diritto interno e deve essere in-

direttiva n. 2000/60/Ce, specifiche tecniche per l'analisi chimica e il monitoraggio dello stato delle acque, in *Guri* n. 296 del 20 dicembre 2010.

¹⁷ Per la nozione di «rifiuto» fornita anche dalla vigente direttiva del Consiglio n. 2008/98/Ce del 19 novembre 2008, in *Gu-Ue* n. L 313 del 22 novembre 2008, p. 3, vedere l'art. 3 n. 1 «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi», ss. *Idem* anche l'art. 184, dlgo n. 152/2006, in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord.*

¹⁸ La legislazione nazionale ha visto il susseguirsi di una serie di provvedimenti normativi volti a dare attuazione alla normativa europea. La c.d. TARSU, Tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, era prevista dalla l. n. 366/1941 e successive modifiche, ma l'efficacia cogente è solo nel 1993, con il dlgo n. 507/1993, attuativo della legge delega n. 421 del 23 ottobre 1992, in esecuzione delle direttive comunitarie n. 75/442, n. 76/403 e n. 73/319 in materia di rifiuti.

¹⁹ L'art. 119 Cost., oltre alle Regioni, attribuisce autonomia finanziaria anche agli Enti locali e statuisce che «I Comuni, le Province, le Città metropolitane hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa», inoltre «hanno risorse autonome» e «stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario». Per le regioni l'autonomia tributaria trova la sua fonte nel combinato disposto degli artt. 117 e 23 Cost., per gli enti locali che non hanno potestà legislativa, sono soggetti al vincolo dell'art. 23 della Costituzione, cioè al principio di riserva relativa di legge che si colloca all'interno della potestà normativa regionale da un lato, e dello Stato dall'altro, con riferimento ai principi fondamentali.

²⁰ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2006/12/Ce del 5 aprile 2006, relativa ai rifiuti, in *Guce* L 114 del 27 aprile 2006, p.19. La direttiva n. 2008/98/Ue (*cit. supra*) all'art. 41 prevede che la direttiva n. 2006/12/Ce è abrogata dal 12 dicembre 2010.

terpretato nel senso di precludere a normative interne di imporre ai singoli costi manifestamente inadeguati per lo smaltimento dei rifiuti in assenza di un legame sufficientemente ragionevole con la loro produzione²¹.

In questo senso, la sentenza del Consiglio di Stato, ove taccia di antieuropeo il potere regolamentare dei comuni che assoggetta a tassazione i rifiuti urbani e assimilati solo sulla base delle superficie occupata e non vagliando anche il criterio della quantità dei rifiuti prodotti, evidenziandone una palese irragionevolezza e lesione ai principi sopra richiamati – oltre quelle della proporzionalità ed effettività –, è destinata ad avere un notevole riverbero sia in senso pratico, sia in senso di orientamento riformista della leva fiscale ambientale²².

Per la determinazione della tassa applicabile al servizio per lo smaltimento dei rifiuti urbani, ai Comuni e alle autonomie locali non è consentito l'uso del potere discrezionale nella scelta dei criteri oggettivi e soggettivi, ma soggiacciono direttamente al dettato imperativo del diritto europeo ambientale che inserisce nella gerarchia delle fonti il richiamo preciso dell'imputabilità del costo (*rectius* prelievo fiscale) al diretto inquinatore, in corrispondenza del proprio effettivo apporto nocivo.

Le brevi riflessioni poste offrono lo spunto per delineare il tributo ambientale dalle mille sfaccettature con effetti positivi, quali tendere a reprimere le condotte eco-nocive, orientare e condizionare il consumatore verso scelte di positività ambientale, ed effetti perversi comportando un rile-

²¹ In argomento v. anche G. PETRA, *Il principio comunitario «chi inquina paga» ha rilevanza costituzionale e come tale deve trovare immediata applicabilità nell'ambito degli ordinamenti nazionali*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2014, p. 68 ss.

²² Cfr art. 1, commi 639 ss., della legge n. 147/2013 (c.d. Legge di stabilità 2014), in *Guri* n. 302 del 27 dicembre 2013. La tassa sui rifiuti (TARI) in vigore dall'1 gennaio 2014, sostituisce i prelievi vigenti fino al 31 dicembre 2013 (TARES e TIA) e rappresenta la componente, relativa al servizio rifiuti dell'Imposta Unica Comunale (IUC), destinata a finanziare integralmente i costi del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti a carico dell'utilizzatore. La tassa è dovuta da chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte adibiti a qualsiasi uso, suscettibili di produrre rifiuti urbani e assimilati, con vincolo di solidarietà tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano in comune i locali o le aree. Sono escluse dalla TARI le aree scoperte pertinenziali o accessorie a locali tassabili, non operative, e le aree comuni condominiali di cui all'art. 1117 del codice civile, che non siano detenute o occupate in via esclusiva. Per le unità immobiliari diverse da quelle a destinazione ordinaria iscritte o iscrivibili nel catasto edilizio urbano la superficie assoggettabile alla TARI è quella calpestabile. Non sono soggetti al tributo i locali e le aree che non possono produrre rifiuti o che non comportano, secondo la comune esperienza, la produzione di rifiuti in misura apprezzabile per la loro natura o per il particolare uso cui sono stabilmente destinati (per esempio unità immobiliari sprovviste di contratti di rete, locali stabilmente riservati ad impianti tecnologici, quali cabine elettriche, centrali termiche e simili). In virtù dell'art. 1, comma 651, i Comuni possono decidere di applicare la TARI attraverso l'utilizzo di determinate tariffe ai sensi del dpr n. 158/1999 (TARES), oppure utilizzare criteri alternativi nel rispetto del principio «chi inquina paga», così sancito dall'art. 14 della direttiva n. 2008/98/Ue. Ad oggi alcuni Comuni vi hanno proceduto ed altri no, riproponendo la sperequazione del prelievo eco-fiscale in rapporto all'intero territorio nazionale.

vante prelievo fiscale sul singolo contribuente, il quale spesso, non solo non si sente tutelato da un servizio pubblico efficiente, ma verso il quale si sente aggredito irragionevolmente, pur in assenza di un potenziale o effettivo impatto o danno all'ambiente²³.

3. Ecotassa: un po' di storia. Costo indicizzato o effettivo alla produzione dei rifiuti?

La storia della ecotassa per il servizio di raccolta rifiuti in Italia ha un percorso travagliato ed ancora oggi non sopito.

Alla Tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani (c.d. TARSU)²⁴, nel panorama normativo è subentrata la tariffa di igiene ambientale (c.d. TIA)²⁵. La nuova disciplina (art. 49, comma 2, dlgo n. 22/97) prevede che i costi per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche e soggette ad uso pubblico, siano coperti dai Comuni, mediante l'istituzione della (nuova) Tariffa di igiene ambientale, (c.d. TIA 1). Detta tassa, si caratterizza per essere composta da una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio e da una quota parte, rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio comunale e all'entità dei costi di gestione, in modo da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio pubblico²⁶.

²³ In argomento v. ATW Research, *Static on environmental taxes*, Bruxelles, maggio, 1996 la Commissione europea affermava che «una tassa rientra nella categoria delle tasse ambientali se l'imponibile è una unità fisica (o un suo sostituto o derivato) di qualcosa di cui si abbia prova scientifica di effetti negativi sull'ambiente quando è usato o rilasciato». V. anche F. GALLO - F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rassegna Trib.*, 1999. L'A afferma che il tributo ambientale è configurabile laddove sussiste «una relazione causale tra l'unità fisica che determina un danno scientificamente dimostrato all'ambiente e l'imponibile del tributo» (presupposto impositivo: prova scientifica degli effetti negativi sull'ambiente).

²⁴ L'art. 62 del citato dlgo n. 507/1993 (*supra*) stabiliva che la TARSU è «dovuta per l'occupazione o detenzione di locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti che sono situate nelle zone del territorio comunale in cui il servizio è istituito ed attivato e comunque reso in maniera continuativa». A sua volta, l'art. 59 del medesimo testo prevedeva che nel regolamento di nettezza urbana andavano individuati i limiti della zona di raccolta obbligatoria e di eventuale estensione del servizio a zone con insediamenti sparsi. Sempre il citato decreto legislativo attribuiva ai Comuni la potestà regolamentare in ordine alla concreta applicazione della tassa sui rifiuti solidi urbani, stabilendo, tuttavia, che essa doveva essere commisurata «alle quantità e qualità medie ordinarie per unità di superficie imponibile dei rifiuti solidi urbani interni ed equiparati producibili nei locali ed aree per il tipo di uso, cui i medesimi sono destinati, nonché al costo dello smaltimento» (art. 65, comma 1, dlgo n. 507/1993, in *Guri* n. 288 del 9 dicembre 1993, *suppl. ord.*).

²⁵ Il dlgo n. 22/1997, entrato in vigore in data 2 marzo 1997, ha previsto espressamente, all'art. 49, comma 1, l'abrogazione della TARSU a decorrere dal 1° gennaio 1999.

²⁶ Le specifiche modalità di calcolo della tariffa sono introdotte ad opera del dpr n. 158/1999 (Regolamento attuativo del dlgo n. 22/1997, in *Guri* n. 38 del 15 febbraio 1997,

Nel corso del tempo, la vigenza dell'ecotassa è stata più volte posticipata nelle leggi finanziarie degli anni dal 2003 al 2005, a fronte della consapevole «difficoltà di imporre un'entrata di complessa applicazione»²⁷. Omettendo l'esercizio della potestà statale, la c.d. TIA 1 non è mai divenuta obbligatoria, e così alcuni Comuni l'hanno introdotta nell'ambito dei propri poteri cedevoli, altri no, creando, ulteriore distorsione ed una differenza di trattamento fiscale del medesimo servizio sul territorio nazionale.

Nel 2006, il neonato dlgo n. 152/2006, del c.d. Testo Unico Ambientale, abrogando (art. 238) l'intera disciplina previgente (dlgo n. 22/1997) introduce²⁸ la nuova tariffa integrata sui rifiuti, c.d. TIA 2 (art. 264, comma 2, lett. i.)²⁹. Diversamente dalla TARSU, (commisurata unicamente sulla quantità di superficie occupata), la TIA 2 fa riferimento anche all'entità di rifiuti prodotti.

suppl. ord.). In particolare, la tariffa doveva essere costituita da una parte fissa (relativa alla copertura dei costi generali e di quelli concernenti la pulizia delle strade nelle aree pubbliche, imputata all'utente in base alla superficie dei locali), ed una parte variabile (rapportata alla quantità di rifiuti prodotti da ciascuna utenza). Cfr. artt. 5, comma 1, e 6, comma 1, dpr n. 158/1999 che concernono rispettivamente le utenze domestiche ed a quelle non domestiche (comunità, attività commerciali, industriali, professionali e per le attività produttive in genere). L'applicazione graduale della nuova tariffa (art. 11, dpr n. 158/99) era rapportata alla percentuale di copertura dei costi del servizio di smaltimento dei rifiuti che fosse stata raggiunta dai comuni con il gettito del 2009.

²⁷ C. SILVESTRI - D. GIARDI, *La RES/TIA 1 e 2: "Tariffa Rifiuti"/considerazioni*, scheda 05/2012 in www.studiolegaleambiente.it.

²⁸ In particolare, l'art. 238, comma 1, dlgo n. 152/2006, *cit. supra*, nota 15, stabilisce che «Chiunque possiede o detenga a qualsiasi titolo locali, od aree scoperte ad uso privato o pubblico non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nel territorio comunale, che producano rifiuti urbani, è tenuto al pagamento di una tariffa. La tariffa costituisce il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e ricomprende anche i costi indicati dall'art. 15 del decreto legislativo 13 gennaio 2003, n. 36».

²⁹ Sulla natura della TIA 2 si richiama l'art. 14, comma 33, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010, che dispone «Le disposizioni di cui all'articolo 238 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, si interpretano nel senso che la natura della tariffa ivi prevista non è tributaria. Le controversie relative alla predetta tariffa, sorte successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria». In argomento si veda anche la Corte costituzionale (sentenza 24 luglio 2009 n. 238, in www.costituzione.it) e la Corte di cassazione (con orientamento maggioritario: *ex multis*, sentenze 5 marzo 2009 n. 5298, e 8 aprile 2010 n. 8313, in www.cassazione.net) che hanno riconosciuto natura tributaria alla Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani, prevista e disciplinata dal dlgo n. 5 febbraio 1997 n. 22 (c.d. decreto Ronchi) e, in via regolamentare, dal dpr 27 aprile 1999 n. 158. Tale giurisprudenza ha ravvisato nella detta TIA i criteri di riferimento per qualificare, indipendentemente dal *nomen juris* di volta in volta utilizzato, come tributari alcuni prelievi, quali, in sintesi: la doverosità della prestazione, la mancanza di rapporto sinallagmatico tra parti, il collegamento della prestazione medesima alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante. Vedere in tema anche la Corte dei conti, sez. Reg. Contr. Piemonte, del 10 novembre 2010 n. 65, in cui, nella sua funzione consultiva (ex art. 7, comma 8 l. n. 131/2003) afferma che la TIA 1 è tributo e il d.l. n. 78/2010 vale per la TIA 2, che sarà attivata dai comuni che lo vorranno. Le Tariffe TIA 1 sono deliberate dal comune e non da gestore; essa rientra nel bilancio comunale tra le entrate tributarie (art. 165 TUEL).

Il compito di individuare i criteri generali, sulla base dei quali definire le componenti dei costi e determinare la tariffa, è demandato ad un regolamento³⁰ e, in sua attesa, restano applicabili le discipline vigenti³¹.

Al quadro normativo così delineato si aggiunge il d.l. n. 208/2008³², il quale indica che, laddove il Ministero dell'Ambiente non provveda all'adozione del regolamento di cui all'art. 238, comma 6, è attribuito ai Comuni la possibilità di adottare la "TIA" «ai sensi delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti». Tale disposizione consente di far riferimento alle modalità di calcolo della tariffa sulla base delle regole contenute nel dpr n. 158/99, attuative del dlgs n. 22/1997, ed ancora in vigore, per espressa disposizione dell'art. 264 succitato, nelle more dell'emanazione del decreto attuativo dell'art. 238 del dlgs n. 152/2006.

Ora, il calcolo della tariffa, così come previsto dalla normativa in vigore, è basato non sulla quantità di rifiuti effettivamente prodotti, bensì su una stima forfettaria della stessa³³. Detto rilievo ha originato lunghi contenziosi in sede amministrativa e contenziosa, che prendono a riferimento le singole e diverse delibere comunali. In particolare, talune imprese italiane hanno lamentato l'irragionevolezza dei costi eco-fiscali imposti in assenza di una produzione effettiva della quantità dei rifiuti oggetto di contribuzione, venendo così compromessi i principi di proporzionalità, di effettività del servizio di raccolta pubblico "non reso" e dei "costi versati in aggravio" a fronte di supposti quantitativi di prodotti, ma inesistenti.

La giurisprudenza, in un primo momento, si è orientata nel senso di legittimare l'operato dei Comuni eludendo il diritto primario dell'Unione³⁴. La questione, nuovamente sollevata, da alcuni esercenti attività alberghiere, in relazione alle determinate di un comune campano per gli anni

³⁰ Cfr. l'art. 238, comma 6, dlgs n. 152/2006. Detto regolamento deve essere emanato dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, adottato di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, dopo aver sentito la Conferenza Stato Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano nonché le rappresentanze qualificate degli interessi economici e sociali presenti nel Consiglio economico e sociale per le politiche ambientali (CESPA).

³¹ Cfr. l'art. 238, comma 11, dlgs n. 152/2006 contenuto nella Parte Quarta. Confrontare anche l'art. 264 del medesimo decreto, che nel sancire l'abrogazione del dlgs n. 22/1997, prevede che continuano ad applicarsi i relativi provvedimenti attuativi fino all'approvazione dei nuovi previsti dalla Parte Quarta del TUA.

³² D.l. del 30 dicembre 2008, n. 208, Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente, in *Guri* n. 304 del 31 dicembre 2008, convertito con modificazioni dalla l. 27 febbraio 2009, n. 13, in *Guri* del 28 febbraio 2009, n. 49.

³³ G. GALASSI, *Il costo dello smaltimento dei rifiuti e l'estensione dell'immobile*, p. 2, scheda 05/2012, in www.ambientelegale.it

³⁴ In tal senso sent. Cons. Stato, Sez. V, del 28 febbraio 2006, n. 858, in www.cassazione.net, con la quale è stata annullata la sentenza del Tar Campania - sede di Napoli, sent. 12 settembre 2004, n. 12012. Per un approfondimento v. *Le ipotesi di esclusione dall'applicazione della TARSU - nota a sentenza*, in www.rivista.ssef.it

2006 e 2007, ha visto porre l'accento sulla confusione normativa determinata dalla lunga stratificazione di provvedimenti legislativi ed evidenziare le ingiustificate sperequazioni createsi nel tempo. Difatti, non necessariamente l'entità di rifiuti prodotta è direttamente proporzionale alla superficie abitata di un immobile, come nel caso delle strutture alberghiere utilizzate solo in alcune stagioni dell'anno o abitazioni di grandi dimensioni abitate da una sola persona o, addirittura, disabitate.

È proprio la fattispecie normativa che, determinando la sopravvivenza di un "vecchio" «sistema di carattere fiscale (...) per la copertura dei costi del servizio di smaltimento dei rifiuti urbani, procrastinando l'introduzione di un sistema tariffario nel quale il costo del servizio sia sostenuto dai soggetti che producono e conferiscono i rifiuti», ha imposto al giudice amministrativo³⁵ di sottoporre la diatriba in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale ha raffrontato «l'art. 15 della direttiva del Consiglio n. 75/442/Cee, in materia di rifiuti, riprodotto nell'art. 15 della vigente direttiva n. 2006/12/Ce³⁶, con il principio "chi inquina paga", con la normativa nazionale (dagli artt. 58 ss. del dlgo n. 507/1993 e le norme transitorie che ne hanno prolungato la vigenza per effetto dell'art. 11 del d.p.r. n. 448 (*rectius* n. 158) del 1999 e dell'art. 1, comma 184, della legge n. 296 del 2006».

Gli eurogiudici hanno precisato che il recupero e lo smaltimento di rifiuti costituiscono un servizio fornito ad una collettività di detentori dei rifiuti la quale, conformemente al principio «chi inquina paga», deve sopportarne il costo. L'estensione delle superfici utilizzate e il tipo di utilizzazione consentono, in linea di principio, di formulare ipotesi plausibili sui quantitativi di rifiuti che saranno prevedibilmente prodotti, in particolare qualora siano disponibili corrispondenti dati empirici³⁷.

Il ricorso all'utilizzo dei criteri indicizzati precostituiti prende in esame soprattutto la circostanza che risulta eccessivamente dispendioso per la Pubblica Amministrazione pervenire ad una stima puntuale ed effettiva sulla quantità di rifiuti prodotta da ogni singolo utente/detentore, atteso il volume dei rifiuti urbani conferito giornalmente³⁸. Così i costi dello smal-

³⁵ Ordinanza TAR Napoli del 23 aprile 2008, in www.giuristiambientali.it

³⁶ Oggi, direttiva n. 2008/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, in *Gu-Ue* n. L 312 del 22 novembre 2008, p. 3. In particolare l'art. 41 abroga le direttive n. 75/439/Cee, n. 91/689/Cee e n. 2006/12/Ce con effetto dal 12 dicembre 2010.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-254/08, *Futura Immobiliare srl Hotel Futura*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6995 ss.

³⁸ L'Avvocato Generale Kokott sul punto ha mostrato una chiusura nelle sue conclusioni rassegnate il 23 aprile 2009 nella causa n. C-254/08 assumendo, ai punti 49-50, che «I costi legati alla creazione e alla manutenzione di impianti di smaltimento dei rifiuti e di sistemi di raccolta non dipendono direttamente dai quantitativi di rifiuti effettivamente prodotti. Specialmente

timento dei rifiuti urbani possono essere parametrati, da un lato, sulla capacità produttiva dei detentori, calcolata in funzione della superficie dei beni immobili che occupano e della loro destinazione e, dall'altro lato, sulla natura dei rifiuti prodotti. Tuttavia, la Corte di giustizia offre anche un correttivo a tali assunti, imponendo comunque al giudice nazionale di vagliare se, nel caso concreto, sulla base degli elementi di fatto e di diritto sottopostigli, l'importo della tariffa preteso sia eccessivamente sproporzionato alla quantità o alla natura dei rifiuti prodotti.

Anche la Corte costituzionale è intervenuta in argomento affermando che dal principio «chi inquina paga» non discende né il «divieto di istituire un tributo per la gestione dei rifiuti urbani, né la preclusione di predisporre criteri di determinazione della Tariffa che tengano conto anche dei parametri relativi all'estensione dei locali detenuti o agli indici reddituali articolati per fasce di utenza e territoriali»³⁹.

La detta questione sembra non sopirsi a fronte della pronuncia del Consiglio di Stato che accoglie, diversamente dal precedente *cursus*, l'indirizzo comunitario, sottolineando che il principio «chi inquina paga», ovvero l'internalizzazione dei costi ambientali, deve essere applicato in modo strettamente connesso con il principio di proporzionalità ed effettività al fine di ripartire equamente i costi legati all'inquinamento, non potendo addossare i detti sacrifici patrimoniali per lo smaltimento dei rifiuti a chi non li ha prodotti.

Pur omettendo ogni richiamo alla sentenza della Corte di giustizia (causa n. C-254/08), il Consiglio di Stato ne abbraccia l'assunto secondo cui l'immediata forza precettiva, all'interno dei singoli ordinamenti, del principio «chi inquina paga» (presente anche all'art. 15 della direttiva n. 2006/12/Ce), deve condurre di volta in volta il giudice a vagliare il caso singolo. Di conseguenza, devono essere annullate quelle normative comunali (come il caso di Monterotondo) che impongono costi manifestamente

qualora la quantità di rifiuti diminuisca considerevolmente, ma gli impianti già costruiti debbano continuare ad essere finanziati, i costi possono distaccarsi persino in larga misura dalla quantità dei rifiuti. Un sistema del genere costituisce un vantaggio per il singolo anche qualora egli produca in quantità minima rifiuti da smaltire o non ne produca affatto. Lo stesso può infatti contare sul fatto che può consegnare al sistema rifiuti eccezionalmente esistenti. Già siffatta possibilità può, a certe condizioni, giustificare un certo contributo alle spese. Normative che regolano i costi sulla base dei quantitativi di rifiuti effettivamente prodotti prevedono pertanto molto spesso un canone di base, il quale consente l'accesso al sistema di smaltimento dei rifiuti. Modelli di finanziamento analoghi vengono applicati anche nel caso di altre prestazioni di servizi legate a reti, pur non essendo escluse, anche in tali casi, tariffe senza canoni di base».

³⁹ Sent. Corte cost., del 24 luglio 2009, ud. 19 maggio 2009, n. 247. La Corte apporta comunque un proprio contributo interpretativo alla questione in esame pur assumendo non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 238 dlgo n. 152/2006, sollevata in relazione agli artt. 11, 78, 117, 118 e 119 Cost.

inadeguati per lo smaltimento dei rifiuti, laddove non sia dimostrato un legame sufficientemente ragionevole con la loro produzione, ad esempio, quando si applichi automaticamente e senza vagliarne i presupposti l'assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani anche per quelli derivanti da utenze produttive. Ciò risulta ancor più incisivo se si considera che il legislatore nazionale non ha attribuito ai comuni il potere di incidere sul presupposto per l'applicazione della tassa/tariffa o sui requisiti per la fruizione dell'esenzione.

La capacità contributiva ambientale e l'annesso prelievo fiscale devono essere coordinati in un quadro armonico rispettoso del principio dell'effettività, della proporzionalità, della progressività così da influire correttamente e in via preventiva sui consumi collettivi, sulla sopportabilità del debito pubblico, sulla pressione delle imposte e sul fenomeno dell'evasione. La corretta visione della ecotassa porta a precisare che essa non deve essere configurata come una fonte aggiuntiva per aumentare il gettito fiscale, ma come uno strumento per correggere i singoli comportamenti contribuendo così a stabilirne «il giusto ed effettivo prezzo» nella vita quotidiana, da chiunque provengano, persona fisica o giuridica, singolo o collettività.

Adabella Gratani*

SINTESI

Il principio «chi inquina paga» è inteso a ripartire equamente i costi legati all'inquinamento dell'ambiente. Essi non sono addossati ad altri, e segnatamente alla collettività, o semplicemente ignorati, bensì sono imputati a colui che è responsabile dell'inquinamento. Il principio «chi inquina paga» è un'espressione del principio di proporzionalità. Non sarebbe infatti opportuno addossare i costi per lo smaltimento dei rifiuti a chi non li ha prodotti.

Quale principio della ripartizione dei costi, il principio «chi inquina paga» è al contempo una concretizzazione del principio della parità di trattamento ovvero di non discriminazione. Esso esige che situazioni analoghe non vengano trattate in modo dissimile e che situazioni diverse non vengano trattate nello stesso modo, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. Per assimilare ed eventualmente giustificare gli obblighi di pagamento per lo smaltimento dei rifiuti risulta determinante, secondo il principio «chi inquina paga», l'aver contribuito all'inquina-

* Avvocato in Milano; Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico

mento. Inteso in tal senso, tale principio assicura anche la concorrenza leale, quando esso viene applicato in maniera coerente ed uniforme alle imprese.

Le autorità locali sono vincolate a tale principio europeo, come delineatosi, e segnatamente in relazione all'attribuzione dei costi per lo smaltimento dei rifiuti.

ABSTRACT

The "polluter pays" principle has the aim of fair allocation of the costs of environmental pollution. The costs are not imposed on others, in particular the public, or simply ignored, but assigned to the person who is responsible for the pollution. The "polluter pays" principle as a reflection of the principle of proportionality. It would be inappropriate to impose the costs of disposing of waste on someone who has not produced the waste.

As a cost allocation principle, the "polluter pays" principle is also a specific expression of the principle of equal treatment or non-discrimination. That principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified. Under the "polluter pays" principle, the relevant criterion for comparability and any justification of payment obligations in respect of disposal of waste is a causal contribution. Thus construed, that principle also ensures fair competition if it is applied consistently and uniformly to undertakings.

The local authorities are bound to this EU principle, as described, in particular in terms of the allocation of the cost of disposing of waste.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

AD ULTERIORE GARANZIA DEL DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO PENALE L'UE PROPONE L'AMMISSIONE AL GRATUITO PATROCINIO DI INDAGATI, IMPUTATI E RICERCATI IN ESECUZIONE DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

I

Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali (2013/C 378/03)*

La Commissione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 292, (*Omissis*)

Raccomanda:

Sezione I - Oggetto e campo di applicazione

1. La presente raccomandazione riguarda il diritto al patrocinio a spese dello Stato a favore di indagati o imputati in procedimenti penali e di persone ricercate che sono soggette a procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, in modo da assicurare l'effettivo accesso a un difensore ai sensi della direttiva 2013/48/UE.

* In *Gu-Ue* n. C 378 del 24 dicembre 2013, p. 11. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>. In argomento v. *infra*, p. 447 ss., il commento di *DANIELA FANCIULLO*.

2. Gli indagati e gli imputati in procedimenti penali dovrebbero godere del diritto al patrocinio a spese dello Stato a partire dal momento in cui sono sospettati di aver commesso un reato e sino alla conclusione del procedimento.

Sezione 2 - Ammissione al patrocinio a spese dello Stato
Diritto al patrocinio a spese dello Stato

3. Gli Stati membri dovrebbero adottare opportune misure per assicurare che l'indagato, l'imputato o il ricercato abbiano il diritto di ricevere un'assistenza legale effettiva, tale da garantire il diritto a un processo equo conformemente alla presente raccomandazione.

4. Gli indagati, imputati e ricercati dovrebbero, come minimo, essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato qualora manchino delle risorse finanziarie sufficienti a soddisfare la totalità o parte delle spese della difesa e del procedimento a motivo della loro situazione economica («verifica delle risorse»), e/o quando tale assistenza sia necessaria nell'interesse della giustizia («verifica del merito»).

5. Occorre prendere tutte le misure necessarie per rendere facilmente accessibili e comprensibili a indagati, imputati e ricercati tutte le informazioni pertinenti sul patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti penali, comprese informazioni su come e dove presentare domanda per tale assistenza, criteri trasparenti che determinano quando una persona può essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato, nonché informazioni sulle possibilità di sporgere reclamo nel caso in cui l'accesso al patrocinio sia negato o il difensore nominato d'ufficio fornisca assistenza legale insufficiente.

(Omissis)

Sezione 3 - Efficacia e qualità del patrocinio a spese dello Stato
Qualità dell'assistenza legale fornita nell'ambito di regimi
di patrocinio a spese dello Stato

17. L'assistenza legale fornita nell'ambito dei regimi di patrocinio a spese dello Stato dovrebbe essere di alta qualità, al fine di garantire l'equità del procedimento. A tal fine, in tutti gli Stati membri dovrebbero esistere sistemi per garantire la qualità dei difensori d'ufficio.

18. Dovrebbero esistere meccanismi che consentano alle autorità competenti di sostituire il difensore d'ufficio o di imporgli di adempiere ai suoi obblighi, qualora tale difensore non fornisca un'assistenza legale adeguata.

Accreditamento

19. È opportuno che in ogni Stato membro sia instaurato e mantenuto un sistema di accreditamento dei difensori d'ufficio.

20. Gli Stati membri sono invitati a stabilire criteri per l'accREDITamento dei difensori d'ufficio, tenendo conto delle migliori pratiche.

(Omissis)

II

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea (*Omissis*)
Hanno adottato la presente direttiva:

Articolo 1 - Oggetto

1. La presente direttiva stabilisce norme minime concernenti:
 - a. il diritto all'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali privati della libertà personale, e
 - b. il diritto all'ammissione provvisoria e definitiva al patrocinio a spese dello Stato per i ricercati oggetto di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.
2. La presente direttiva integra la direttiva 2013/48/UE. Nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo da limitare i diritti da quella conferiti.

Articolo 2 - Campo d'applicazione

- La presente direttiva si applica:
- a. agli indagati o imputati in procedimenti penali che sono privati della libertà personale e hanno il diritto di avvalersi di un difensore in virtù della direttiva 2013/48/UE;
 - b. ai ricercati.

Articolo 3 - Definizioni

- Ai fini della presente direttiva si intende per:
- a. «patrocinio a spese dello Stato»: il finanziamento e l'assistenza forniti dallo Stato membro per garantire l'effettivo esercizio del diritto di avvalersi di un difensore;

* COM(2013)0824 final 27 novembre 2013 - 2013/0409 (COD) */2013/0409 (COD). Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=it>.

b. «ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato»: l'ammissione al patrocinio per la persona privata della libertà personale, sino all'adozione della decisione finale sul patrocinio a spese dello Stato;

c. «ricercato»: la persona oggetto del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo;

d. «difensore»: qualsiasi persona che è qualificata e autorizzata conformemente al diritto nazionale, ad esempio mediante abilitazione da parte di un organo preposto, a fornire consulenza e assistenza legali a indagati o imputati.

(Omissis)

IL DIRITTO AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO NELLO SPAZIO EUROPEO DI GIUSTIZIA PENALE: VERSO UNA DISCIPLINA ARMONIZZATA?

Sommario: **1.** *Considerazioni introduttive* - **2.** *Il diritto al patrocinio a spese dello Stato in ambito internazionale ed europeo* - **3.** *Il significativo contributo giurisprudenziale nella delimitazione dei criteri per l'ammissione a tale beneficio: «verifica delle risorse» e «verifica del merito»* - **4.** *Verso una disciplina europea armonizzata in materia di legal aid in ambito penale* - **4.1** *Segue: La Raccomandazione della Commissione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali* - **4.2** *Segue: La Proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo* - **5.** *Osservazioni conclusive.*

1. Considerazioni introduttive

Il progressivo taglio dei costi della giustizia da parte dello Stato italiano – da ultimo con la Legge di stabilità 2014 – quale diretta conseguenza di un'ormai inarrestabile crisi economico-finanziaria, rappresenta senza dubbio una chiara espressione della non sempre facile "sintonia" tra il legislatore europeo ed il legislatore nazionale¹.

Paradossalmente, infatti, mentre si assiste ad un costante impegno del primo nel graduale rafforzamento dei diritti procedurali e processuali degli indagati e degli imputati e – per quanto qui interessa – dei c.d. soggetti "economicamente deboli", contemporaneamente si verifica, sul piano nazionale, più o meno direttamente, una significativa attenuazione delle garanzie per essi previste, attraverso l'adozione di una serie di misure accomunate dall'obiettivo di rendere più oneroso l'accesso alla giustizia e, conseguentemente, di scoraggiarlo.

¹ L. 27 dicembre 2013, n. 147, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)*, in *Guri* n. 302 del 27 dicembre 2013, suppl. ord. n. 87.

Ci si riferisce, in particolare, alla recente riduzione, per effetto della già menzionata Legge di stabilità, del compenso spettante ai difensori dei soggetti ammessi al c.d. «patrocinio a spese dello Stato»: essa si verifica proprio nel momento in cui, sul fronte europeo, matura invece l'esigenza di dar vita ad una disciplina armonizzata in materia di *legal aid* in ambito penale, avente, tra gli altri, l'ambizioso obiettivo di superare (*rectius*, attenuare) le divergenze esistenti tra i sistemi giuridici nazionali, specie per quanto concerne i meccanismi di accesso a tale istituto².

A spingere il legislatore europeo in questa direzione vi è, *in primis*, la consapevolezza che per i procedimenti penali non esista, allo stato, alcuno "strumento giuridico" che disciplini in maniera organica il patrocinio a spese dello Stato nei confronti di indagati ed imputati: lacuna, quest'ultima, cui soltanto recentemente, come si vedrà in prosieguo, le istituzioni europee – ed in particolare la Commissione – stanno cercando di porre rimedio, attraverso la previsione di due distinte misure: la Proposta di direttiva *sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*³ e la Raccomandazione della Commissione *sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali*⁴.

In secondo luogo, vi è la constatazione che – sebbene previsto e disciplinato da tutti gli Stati membri dell'Unione europea – l'istituto del patrocinio a spese dello Stato non trovi un'applicazione uniforme ma, al contrario, sconti le molteplici differenze, *de iure* e *de facto*, esistenti nei diversi

² Si v. al riguardo l'art. 1, comma 606, della già menzionata Legge di stabilità 2014, ove si fa riferimento alla riduzione degli importi spettanti ai difensori. Testualmente: «Al testo unico di cui al dpr 30 maggio 2002, n. 115, sono apportate le seguenti modificazioni: a. (...); b. nel capo V del titolo VI della parte III, dopo l'articolo 106 è aggiunto il seguente: "Art. 106-bis. (L) - (Compensi del difensore, dell'ausiliario del magistrato, del consulente tecnico di parte e dell'investigatore privato autorizzato). - 1. Gli importi spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato, al consulente tecnico di parte e all'investigatore privato autorizzato sono ridotti di un terzo"». Peraltro, la riduzione dei fondi destinati al *legal aid* ha recentemente interessato anche il Regno Unito, al punto tale da indurre gli avvocati inglesi, con un'iniziativa senza precedenti, a protestare, nel gennaio 2014, contro i tagli disposti dal Governo.

³ Com(2013) 824 final, del 27 novembre 2013, consultabile, nella versione italiana, al seguente indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0824&from=en>. Essa è accompagnata dal Commission staff working document, *Impact Assessment, Accompanying the Proposal for Measures on Legal Aid for Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings*, SWD(2013) 476 final, del 27 novembre 2013, reperibile sul sito internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0476&from=en>.

⁴ Raccomandazione della Commissione n. 2013/C 378/03, del 27 novembre 2013, sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. C 378 del 24 dicembre 2013, pp. 11-14.

ordinamenti giuridici nazionali, al punto tale da pregiudicare il rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale, minare, al contempo, quella "fiducia reciproca tra Stati" che ne costituisce il fondamento e, conseguentemente, compromettere l'effettiva realizzazione dello spazio europeo di giustizia penale⁵.

2. Il diritto al patrocinio a spese dello Stato in ambito internazionale ed europeo

Per meglio intendere la portata delle recenti misure sul diritto al patrocinio a spese dello Stato ed esaminarne compiutamente le potenzialità ed i limiti, appare preliminarmente doveroso fare qualche cenno allo "stato dell'arte".

Nell'attesa, infatti, di una disciplina europea uniforme, che consenta di superare le divergenze esistenti tra le diverse realtà giuridiche nazionali, trovano applicazione numerose disposizioni – spesso oggetto, come si vedrà in prosieguo, di interpretazione ed applicazione giurisprudenziale – che, in vario modo, riconoscono e garantiscono il diritto al patrocinio a spese dello Stato⁶.

Trattasi, per lo più, di strumenti giuridici che riconducono l'istituto *de quo* nella più ampia e generica categoria del diritto all'equo processo e, precisamente, nell'ambito del «diritto ad essere assistiti da un difensore», del quale esso rappresenta una particolare espressione⁷.

⁵ Sullo spazio europeo di giustizia e, in particolare, sulla costruzione di uno «spazio comune europeo di giustizia» si rinvia, per tutti, ad A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2014 ed alla bibliografia ivi richiamata. Cfr., altresì, A. DAMATO - P. DE PASQUALE - N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014; R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁶ V., *infra*, par. 3.

⁷ Il diritto all'assistenza di un difensore è riconosciuto, infatti, da numerosi atti: si segnalano, in particolare, l'art. 6, par. 3, della CEDU e gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Sul diritto all'assistenza di un difensore nella CEDU cfr. in dottrina, *ex multis*, C. GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, München, C.H. Beck, 2014, p. 155 ss.; V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 194 ss.; M. DE SALVIA - M. REMUS, *Ricorrere a Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 153 ss.; A. CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 252-283; C. OVEY - R. C. A. WHITE, *Jacobs & White, The European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 205 ss.; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e commenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, p. 222 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, Cedam, 2001, p. 380 ss.; L.-E. PETTITI - E. DECAUX - P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 274 ss. V., inoltre, G. UBERTIS,

Ne costituisce riprova, innanzitutto, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, segnatamente l'art. 14, par. 3, lett. *d.*, ai sensi del quale ogni individuo accusato di un reato ha il diritto «ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo»⁸.

Lo testimonia, altresì, l'art. 6, par. 3, lett. *c.*, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona, in Cass. pen., 2010, pp. 2494-2511. Cfr., altresì, M. CHIAVARIO, Art. 6, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2004, p. 227 ss., nel punto in cui l'A. sottolinea le differenze tra le due versioni ufficiali della disposizione: «in quella inglese, è infatti usata ogni volta la disgiuntiva ("or"), mentre in quella francese il diritto alla nomina di un difensore d'ufficio è menzionato in aggiunta ("et") agli altri due, che restano in alternativa ("ou")». La Corte europea, con la sentenza 25 aprile 1983, *Pakelli v. Austria*, par. 31, ha dato prevalenza, ai fini interpretativi, alla scansione stabilita nella versione francese, riconoscendo che il diritto all'assistenza legale gratuita va garantito – sempreché ciò sia richiesto dagli interessi della giustizia – ogniquale volta l'accusato manchi dei mezzi per remunerare un difensore di fiducia, senza che possa ritenersi sufficiente, al fine di adempiere a quanto richiesto dalla clausola in questione, consentirgli in tal caso l'esercizio dell'autodifesa». Per un'analisi del diritto di difesa nella CEDU, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU nonché in una prospettiva comparata con la corrispondente disposizione della Convenzione americana sui diritti umani, ci si permette di rinviare a D. FANCIULLO, *Il diritto all'equo processo*, in A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 178 ss. Infine, con particolare riferimento al diritto all'assistenza gratuita di un difensore cfr. T. SPRONKEN - G. VERMEULEN - D. DE VOCHT - L. VAN PUYENBROEK, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerp, 2009, in <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=16315>, p. 26. Sul diritto all'assistenza di un difensore nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue v., invece, P. AALTO - H. CH. HOFMANN - L. HOLOPAINEN - E. PAUNIO - L. PECH - D. SAYERS - D. SHELTON - A. WARD, Art. 47 - *Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS ET AL. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart, 2014, p. 1197 ss.; M. BORRACETTI, Art. 47, in G. BISOGNI - G. BRONZINI - V. PICCONI (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, Chimenti, 2009, pp. 559-572; L. FERRARI BRAVO - F. M. DI MAJO - A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 178-188; M. PANEBIANCO (dir.), *Articolo 47*, in ID., *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 417-455; M. D'AMICO, *Articolo 47*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 319-330. Si rinvia, inoltre, al numero speciale della rivista *Diritto penale e processo*, del 2012, interamente dedicato al *Diritto di difesa*, ed in particolare al contributo di G. ALPA, *Il ruolo del difensore tra normativa interna e sovranazionale*, pp. 5-10.

⁸ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966, è entrato in vigore il 23 marzo 1976. Il testo è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Manca, invece, un espresso riferimento al carattere gratuito dell'assistenza del difensore nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. V. <http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/introduction.aspx>. Analogamente, non vi è traccia di tale diritto nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata il 28 giugno 1981, che menziona esclusivamente il diritto alla difesa, compreso quello di farsi assistere da un difensore di propria scelta (lett. *c.*, par. 1, dell'art. 7). V. http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf.

che riconduce nell'alveo delle garanzie processuali "minime" il diritto di ogni accusato, «se non ha i mezzi per retribuire un difensore», di «(...) poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia»⁹.

È appena il caso di precisare come quest'ultimo inciso («quando lo esigono gli interessi della giustizia») diverga significativamente dalla formulazione letterale della Convenzione americana sui diritti umani, che sancisce, all'art. 8, par. 2, lett. *e*. – quale componente imprescindibile del «*debido proceso*» – il diritto «inalienabile di essere assistito da un difensore d'ufficio, pagato o meno dallo Stato secondo quanto dispone la normativa interna, se l'accusato non si difende personalmente o non nomina un proprio difensore entro il periodo di tempo fissato dalla legge»¹⁰: a differenza della CEDU, tale disposizione subordina, dunque, la concessione del patrocinio a spese dello Stato a quanto disposto dalla «normativa interna».

Invero, nel panorama giuridico internazionale, tali previsioni di carattere generale sono integrate da altre disposizioni aventi, invece, contenuto più specifico e dettagliato: ci si riferisce, in primo luogo, alla Convenzione

⁹ La CEDU è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. V. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Si rinvia alla dottrina cit. *supra*, nota 7.

¹⁰ La Convenzione americana sui diritti umani (o Patto di San José) è stata firmata il 22 novembre 1969 ed è entrata in vigore il 18 luglio 1978. V. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf. L'art. 8, par. 2, lett. *e*., è stato oggetto di alcune rilevanti pronunce della Corte interamericana la quale ha precisato che, in caso di mancata nomina di un difensore di fiducia, l'accusato ha il diritto inalienabile di essere assistito da un difensore d'ufficio, dunque da un avvocato pagato dallo Stato, il quale deve essere necessariamente una persona «*idóneas y capacitadas*». Cfr. sentenza della Corte interamericana del 21 novembre 2007, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador*, par. 155-159; in tal caso il ricorrente sosteneva che l'avvocato assegnatogli d'ufficio non fosse stato presente durante l'interrogatorio. La Corte interamericana ha specificato, infine, che per quanto concerne i procedimenti non penali, «*the circumstances of a particular proceeding, its significance, its nature and its context in a particular legal system*» sono fattori che consentono di stabilire se la rappresentanza legale sia o meno necessaria per la garanzia dell'equo processo: nei casi «giudiziari o amministrativi» che coinvolgono un imputato che potrebbe essere deportato, espulso o privato della libertà, il riconoscimento del gratuito patrocinio è, ad esempio, necessario ad evitare la violazione dell'equo processo. Cfr. sentenza della Corte interamericana del 23 novembre 2010, *Vélez Loor c. Panamá*, par. 145-146. Cfr. C. LANDA ARROYO - C. ARANGÜENA FANEGO - E. FERRER MC-GREGOR, *El Derecho Al Debido Proceso*, in J. GARCÍA ROCA - P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ - P. SANTOLAYA MACHETTI - R. CANOSA USERA (coords.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2012, p. 333: «La Corte IDH en la sentencia del caso Vélez Loor vs. Panamá, de 23 de noviembre de 2010, hace suya la interpretación del TEDH sobre lo que han de entenderse por intereses de la justicia para considerar necesaria la asistencia letrada citando expresamente el razonamiento del caso Benham contra Reino Unido, de 10 de junio de 1996, para concluir que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso». Infine, sia consentito ancora una volta rinviare a D. FANCIULLO, *Il diritto all'equo processo*, cit. *supra*, nota 7, p. 178 ss.

dell'Aia del 25 ottobre 1980 *sull'accesso internazionale alla giustizia*, che dedica il suo intero Capo I al *legal aid* (artt. 1-13), consentendo ai cittadini – nonché alle persone residenti abitualmente in uno Stato contraente – l'ammissione al beneficio del gratuito patrocinio in materia civile e commerciale in ogni Stato contraente come se fossero cittadini di quest'ultimo Stato e vi risiedessero abitualmente (v. art. 1)¹¹.

In secondo luogo, occorre menzionare i principi e gli orientamenti delle Nazioni Unite sull'accesso al patrocinio a spese dello Stato nei sistemi di giustizia penale, adottati dall'Assemblea Generale il 20 dicembre 2012: essi racchiudono, infatti, i principi fondamentali su cui dovrebbe fondarsi il sistema di patrocinio a spese dello Stato e sono intesi «*as a useful framework to guide Member States on the principles on which a legal aid system in criminal justice should be based*» (punto 2)¹².

¹¹ Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sull'accesso internazionale alla giustizia, consultabile su <http://www.hcch.net/upload/outline29e.pdf>. L'Italia ha firmato tale Convenzione il 26 maggio 1988. L'opportunità dell'adesione dell'Unione europea a tale Convenzione è sottolineata nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo *sull'applicazione della direttiva 2003/8/CE intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie*, Com(2012) 71 final, del 23 febbraio 2012, laddove si afferma che «per quanto concerne la politica in materia di gratuito patrocinio nelle relazioni con i Paesi terzi, la Commissione esaminerà l'opportunità per l'Unione europea di aderire alla Convenzione dell'Aia del 1980 intesa a facilitare l'accesso internazionale alla giustizia, considerato in particolare che l'Unione europea è membro della conferenza dell'Aia. Tale misura potrebbe essere auspicabile in quanto consentirebbe l'applicazione uniforme della convenzione in tutta l'Unione e potrebbe invogliare altri paesi ad aderirvi». Cfr. Adesione della Comunità europea a Convenzioni della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, 15226/08 JUSTCIV 235, del 6 novembre 2008. Il testo della Relazione è consultabile al seguente indirizzo internet: [http://www.euro-parl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2012\)0071_/com_com\(2012\)0071_it.pdf](http://www.euro-parl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0071_/com_com(2012)0071_it.pdf).

¹² Consultabili al seguente indirizzo internet: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/187. Particolarmente degno di rilievo è il punto in cui si afferma che il patrocinio a spese dello Stato «(...) is an essential element of a fair, humane and efficient criminal justice system that is based on the rule of law». Secondo tale documento, il termine «legal aid» includerebbe «legal advice, assistance and representation for persons detained, arrested or imprisoned, suspected or accused of, or charged with a criminal offence and for victims and witnesses in the criminal justice process that is provided at no cost for those without sufficient means or when the interests of justice so require. Furthermore, "legal aid" is intended to include the concepts of legal education, access to legal information and other services provided for persons through alternative dispute resolution mechanisms and restorative justice processes» (v. punto 8). Specifiche disposizioni sono dettate, inoltre, per soggetti particolarmente vulnerabili (donne, bambini e gruppi con particolari necessità). Più nel dettaglio, sono elencati quattordici *Principles*, concernenti: «right to legal aid»; «responsibilities of the State» (che dovrebbero garantire un sistema di accesso al gratuito patrocinio efficace, sostenibile e credibile); «legal aid for persons suspected of or charged with a criminal offence»; «legal aid for victims of crime»; «legal aid for witnesses»; «non-discrimination»; «prompt and effective provision of legal aid»; «right to be informed»; «remedies and safeguards»; «equity in access to legal aid»; «legal aid in the best interests of the child»; «independence and protection of legal aid providers»; «competence and accountability of legal aid providers»; «partnership». Seguono, poi, diciotto *Guidelines*: «provision of legal aid»; «right to be informed on legal aid»; «other rights of persons detained, arrested, suspected or accused of, or charged

Nel più circoscritto contesto del sistema giuridico dell'Unione europea, il patrocinio a spese dello Stato trova espresso riconoscimento, innanzitutto, in un atto a portata vincolante quale la Carta dei diritti fondamentali, che lo colloca – nell'ambito del Capo VI dedicato alla «Giustizia» – nel terzo paragrafo dell'art. 47 («Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»), ove si legge che «A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia»¹³.

È sufficiente una mera lettura di tale disposizione per evidenziare lo stretto collegamento esistente tra l'istituto del patrocinio a spese dello Stato, da un lato, ed il diritto ad un effettivo accesso alla giustizia, dall'altro, collegamento evidenziato peraltro – come si vedrà *infra* – anche dalle pronunce giurisprudenziali.

D'altra parte, quanto appena detto trova conferma anche nella «Spiegazione» relativa al terzo paragrafo dell'art. 47, ove – seppur con i limiti interpretativi evidenziati da autorevole dottrina – si afferma che «Riguardo al terzo comma va rilevato che, in base alla giurisprudenza della Corte

with a criminal offence»; «legal aid at the pretrial stage»; «legal aid during court proceedings»; «legal aid at the post-trial stage»; «legal aid for victims»; «legal aid for witnesses»; «interpretation of the right of women to access legal aid»; «special measures for children»; «nationwide legal aid system»; «funding the nationwide legal aid system»; «human resources»; «paralegals»; «regulation and oversight of legal aid providers»; «partnerships with non-State legal aid service providers and universities»; «research and data»; «technical assistance». La Risoluzione cita, tra gli altri, i *Basic Principles on the Role of Lawyers*, in particolare «(...) principle 6 thereof, which states that any persons who do not have a lawyer shall, in all cases in which the interests of justice so require, be entitled to have a lawyer of experience and competence commensurate with the nature of the offence assigned to them in order to provide effective legal assistance, without payment by them if they lack sufficient means to pay for such services». Cfr. al riguardo Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 August-7 September 1990: report prepared by the Secretariat (United Nations publication, Sales No. E.91.IV.2), chap. I, sect. B.3, annex. Ritiene che tale Risoluzione potrebbe costituire un esempio per l'Unione europea A. WILLEMS, *The UN General Assembly Resolution on Access to Legal Aid in Criminal Proceedings - an Example for Europe*, consultabile su http://www.ies.be/files/policy%20brief%20auke_FINAL.pdf. Cfr., infine, UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Early access to legal aid in criminal justice processes: a handbook for policymakers and practitioners*, United Nations, New York, 2014, consultabile all'indirizzo internet http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/eBook-early_access_to_legal_aid.pdf.

¹³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata pubblicata per la prima volta in *Guce* n. C 364 del 18 dicembre 2000 e poi in *Gu-Ue* n. C 303 del 14 dicembre 2007. Sul terzo paragrafo dell'art. 47 della Carta cfr. G. D'AVINO - A. MARTONE, *Il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale ex art. 47 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, cit. *supra*, nota 5, pp. 140-210; A. DI STASI, *Rispetto dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia: a proposito del Titolo VI della Carta dei diritti fondamentali*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 327-360; W. B. MOCK - G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of fundamental rights of the European Union*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 289-313. Cfr., inoltre, la dottrina citata *sub* nota 7.

europea dei diritti dell'uomo, deve essere accordata un'assistenza legale allorché la mancanza di tale assistenza renderebbe inefficace la garanzia di ricorso effettivo (sentenza CEDH del 9.10.1979, Airey, Serie A, Volume 32, pag. 11). Esiste inoltre un sistema di assistenza legale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea»¹⁴.

Infine, nel novero degli atti di diritto derivato dell'Unione europea, occorre menzionare – seppur in relazione ad un ambito circoscritto – la direttiva n. 2003/8/Ce del Consiglio, del 27 gennaio 2003, *intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie*¹⁵, nonché la Decisione della Commissione, n. 2004/844/Ce, del 9 novembre 2004, *che adotta un formulario per le domande di patrocinio a spese dello Stato, in applicazione della direttiva 2002/8/CE del Consiglio intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie*¹⁶.

¹⁴ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gu-Ue* n. C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss. La stessa Spiegazione relativa all'art. 52, par. 3, della Carta, nel novero degli «articoli della Carta che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU ma la cui portata è più ampia», ricomprende anche l'art. 47, par. 2 e 3, che «corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, ma la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione». Sulla portata delle Spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali cfr., per tutti, A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, ristampa alla II edizione con aggiornamenti, pp. 272-276; ID., *Brevi osservazioni intorno alle "spiegazioni" alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 425 ss. V., inoltre, A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 3-54.

¹⁵ In *Guce* n. L 26 del 31 gennaio 2003, pp. 41-47. L'Italia ha recepito tale direttiva con il dlgs n. 116 del 27 maggio 2005, recante «Attuazione della direttiva 2003/8/CE intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie», in *Guri* n. 151 del 1° luglio 2005. Si segnala, inoltre, la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 giugno 2013 *su un migliore accesso alla giustizia: patrocinio a spese dello Stato nelle controversie transfrontaliere civili e commerciali* (2012/2101(INI)), P7_TA-PROV(2013)0240. Attraverso tale atto, il Parlamento europeo, *inter alia*, «invita la Commissione e gli Stati membri ad adottare provvedimenti intesi a migliorare l'informazione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato nelle controversie transfrontaliere civili e commerciali, rafforzando così la libera circolazione dei cittadini» (punto 6); «invita, inoltre, la Commissione e gli Stati membri ad avviare un'efficace campagna di informazione al fine di raggiungere un ampio numero di potenziali beneficiari nonché di operatori del diritto» (punto 8).

¹⁶ In *Gu-Ue* n. L 365 del 10 dicembre 2004, pp. 27-34.

3. Il significativo contributo giurisprudenziale nella delimitazione dei criteri per l'ammissione a tale beneficio: «verifica delle risorse» e «verifica del merito»

Il quadro giuridico appena delineato, costituito per lo più da sintetiche disposizioni di principio, trova specificazione e completamento nelle statuizioni delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo; pertanto, la disamina delle sentenze dei giudici europei, in materia di diritto all'assistenza legale gratuita, costituisce un'imprescindibile premessa per la comprensione dei successivi paragrafi, ove si evidenzierà il tentativo del legislatore europeo di recepire le istanze provenienti da quelle giurisdizioni e di "normativizzarle".

Invero, tale processo di assimilazione trova giustificazione proprio nell'elevato grado di specificazione del diritto al patrocinio a spese dello Stato ad opera delle due Corti, che ne hanno gradualmente arricchito il significato ed esteso la portata.

E dunque, proprio la consapevolezza del significativo contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'analisi del diritto al patrocinio a spese dello Stato, di cui alla lett. c. del terzo paragrafo dell'art. 6 della CEDU, impone una ricognizione, seppur sommaria, delle sue più rilevanti pronunce.

Alla Corte europea spetta innanzitutto il merito di aver "cristallizzato" i requisiti necessari per essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, spesso all'origine di notevoli divergenze tra Stati¹⁷. Ci si riferisce non soltanto alla c.d. «verifica delle risorse», ovvero allo stato di indigenza del richiedente, che dovrà essere da quest'ultimo adeguatamente provato in ragione della propria situazione economica e patrimoniale; ma anche alla c.d. «verifica del merito», ovvero alla sussistenza di un «interesse della giustizia», valutato in relazione alla complessità del caso, alla gravità del reato nonché alle condizioni personali e culturali dell'accusato.

Più nel dettaglio, con particolare riferimento a quest'ultimo requisito, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato che – per stabilire se la concessione del patrocinio a spese dello Stato sia necessaria a garanzia dell'equo processo – occorre tener conto dei fatti e delle circostanze specifiche di

¹⁷ In tal senso v. il Commission staff working document, *cit. supra*, nota 3, nel quale si legge: «Esistono notevoli differenze non solo nel modo in cui la verifica dell'ammissibilità viene effettuata negli Stati membri, ma anche nel modo in cui i criteri di "risorse" e "merito" vengono interpretati. Se i criteri di ammissibilità sono restrittivi molti indagati o imputati che non dispongono di risorse sufficienti non beneficeranno del patrocinio a spese dello Stato, anche quando concederlo sarebbe nell'interesse della giustizia. Di conseguenza, i loro diritti di difesa non saranno adeguatamente garantiti» (punto 1 «Definizione del problema»).

ciascun caso: in particolare, della posta in gioco, della complessità del diritto e della procedura applicabili nonché della capacità del ricorrente di far valere effettivamente le proprie ragioni¹⁸.

Fin dal caso *Airey*, la Corte di Strasburgo ha precisato che il diritto al patrocinio a spese dello Stato può trovare riconoscimento non soltanto nel-

¹⁸ Sentenza della Corte EDU del 15 febbraio 2005, *Steel e Morris c. Regno Unito*, ricorso n. 68416/01. I due ricorrenti, Steel e Morris, cittadini britannici erano stati citati in giudizio da McDonald's Corporation e McDonald's Restaurants limited per diffamazione in seguito alla pubblicazione di un volantino di sei pagine intitolato «Quello che non va con McDonald's» diffuso da London Greenpeace, con cui avevano rapporti. I due ricorrenti, non avendo avuto accesso al patrocinio a spese dello Stato, si erano difesi personalmente sia in primo grado che in grado d'appello, usufruendo dell'assistenza di avvocati volontari. In particolare essi sostenevano di essere stati pregiudicati non soltanto dalla mancanza di un'adeguata rappresentanza in giudizio, ma anche per questioni di carattere amministrativo (fotocopie, spese concernenti periti ecc.). La controparte, invece, era stata adeguatamente supportata da avvocati esperti in diritto della diffamazione. Pertanto, i ricorrenti presentavano ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU, per non aver beneficiato del diritto al patrocinio a spese dello Stato. A tal riguardo, la Corte ha precisato al par. 61: «The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend, inter alia, upon the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, the complexity of the relevant law and procedure and the applicant's capacity to represent him or herself effectively (see *Airey*, pp. 14-16, § 26; *McVicar*, §§ 48 and 50; *P., C. and S. v. the United Kingdom*, no. 56547/00, § 91, ECHR 2002-VI; and also *Munro*, cited above)». Prosegue la Corte, al par. 62, «The right of access to a court is not, however, absolute and may be subject to restrictions, provided that these pursue a legitimate aim and are proportionate (see *Ashingdane v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 93, pp. 24-25, § 57). It may therefore be acceptable to impose conditions on the grant of legal aid based, inter alia, on the financial situation of the litigant or his or her prospects of success in the proceedings (see *Munro*, cited above). Moreover, it is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure total equality of arms between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage vis-à-vis the adversary (see *De Haes and Gijssels*, p. 238, § 53, and also *McVicar*, §§ 51 and 62, both cited above)». Nel caso di specie la Corte europea ha esaminato i tre requisiti richiesti: in relazione alla «posta in gioco», benché la procedura per diffamazione non sia equiparabile ad una procedura che sollevi importanti questioni di diritto di famiglia, erano significative le conseguenze finanziarie per i ricorrenti. Quanto al secondo requisito, la procedura è stata piuttosto articolata, i fatti da provare erano complessi ed il caso non era semplice neanche dal punto di vista del diritto. In tale contesto, occorre verificare se i ricorrenti avessero potuto difendersi effettivamente malgrado la mancanza del gratuito patrocinio. «Essi sembrano avere dato prova d'una buona capacità d'espressione e d'ingegnosità. Essi sono giunti a provare la veridicità d'un certo numero delle dichiarazioni incriminate. Inoltre, consulenti e *solicitors* che agivano *pro bono* hanno loro fornito un contributo sui punti di diritto e di procedura: la loro argomentazione iniziale è stata redatta da giuristi. Nondimeno, per il grosso della procedura, ivi comprese tutte le udienze dedicate alla questione della veridicità delle dichiarazioni contenute nel volantino, gli interessati hanno agito da soli. In un caso di tale complessità, né il gratuito patrocinio occasionale di giuristi volontari né l'ampia assistenza e la grande libertà d'azione che il giudice ha accordato ai ricorrenti, che provvedevano essi stessi alla loro difesa, avrebbero potuto sostituire la rappresentanza garantita con competenza e seguita da un giurista provetto che conosce il caso ed il diritto della diffamazione. La durata anche della procedura testimonia, in una certa misura, l'assenza di conoscenze giuridiche e l'inesperienza dei ricorrenti. La Corte, in conseguenza, conclude che il fatto che i ricorrenti non abbiano beneficiato del gratuito patrocinio li ha privati della possibilità di difendere la loro causa in maniera effettiva davanti alla giustizia (...)» (traduzione della sentenza *Steel e Morris* tratta dal sito <http://www.dirittiuomo.it/sites/default/files/maccdonald99.pdf>).

l'ambito di un procedimento penale (ex art. 6, par. 3, lett. c.) ma, altresì, in relazione ai giudizi civili, malgrado l'assenza di una disposizione analoga in tal senso¹⁹. Tale estensione, che si giustifica in ragione delle particolari circostanze del caso, ben si concilia con l'obiettivo di rendere effettivo il più ampio diritto di accesso ad un giudice di cui al par. 1 dell'art. 6 della CEDU, in quanto risponde alla libertà degli Stati di scegliere i mezzi per garantire ai singoli tale diritto²⁰.

Ancora, nel caso *Del Sol c. Francia*, la Corte europea ha ribadito che la CEDU non obbliga le Alte Parti contraenti a garantire l'accesso al gratuito patrocinio in tutte le controversie in materia civile, in quanto sussiste una chiara distinzione tra la formulazione della lett. c. del terzo paragrafo dell'art. 6, «which guarantees the right to free legal assistance on certain conditions in criminal proceedings» e quella del primo paragrafo della stessa disposizione «which makes no reference to legal assistance»²¹. Alla

¹⁹ Sentenza della Corte EDU del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73. La causa ha origine dalle difficoltà incontrate dalla signora Airey, cittadina irlandese di modeste condizioni economiche e basso livello scolastico, per affrontare un giudizio di separazione giudiziale dinanzi alla *High Court* irlandese, sia a causa degli elevati costi degli onorari da sostenere per farsi assistere in giudizio, sia per la complessità della procedura. La legislazione irlandese non riconosceva, infatti, l'istituto del gratuito patrocinio nella materia del diritto di famiglia. Per un'efficace sintesi di tale sentenza si rinvia, per tutti, a M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Vol. I (1960-1990), coordinato da M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, Milano, Giuffrè, 2006, p. 347 ss.

²⁰ Affermazione ribadita nella stessa causa *Airey*, cit. supra, nota 19, par. 24: «(...) The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (see, mutatis mutandis, the judgment of 23 July 1968 in the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 31, paras. 3 in fine and 4; the above-mentioned Golder judgment, p. 18, para. 35 in fine; the Luedicke, Belkacem and Koç judgment of 28 November 1978, Series A no. 29, pp. 17-18; para. 42; and the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, para. 31). This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (see, mutatis mutandis, the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 15, para. 25)». In alcune pronunce la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che il diritto di accesso ad un tribunale, di cui al par. 1, possa essere sottoposto a restrizioni di vario genere, incluse quelle a carattere finanziario (v., *inter alia*, sentenza del 19 dicembre 1997, *Brualla Gómez de la Torre c. Spagna*, in *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, p. 2956, par. 33; sentenza del 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky v. Regno Unito*, ricorso n. 18139/91, par. 61 ss.).

²¹ Sentenza della Corte EDU del 26 febbraio 2002, *Del Sol c. Francia*, ricorso n. 46800/99, par. 20. V. altresì sentenza del 26 febbraio 2002, *Essaadi c. Francia*, ricorso n. 49384/99, par. 30. Tale concetto è stato poi ribadito anche nella sentenza del 14 ottobre 2010, *Pedro Ramos c. Svizzera*, ricorso n. 10111/06, par. 41 e nella decisione del 29 settembre 2009, *Viorel Puscasu c. Germania*, ricorso n. 45793/07. Particolarmente rilevante appare inoltre la sentenza del 21 settembre 2004, *Santambrogio v. Italia*, ricorso n. 61945/00, ove si legge che la concessione del gratuito patrocinio nelle controversie in materia civile può essere soggetta a restrizioni da parte del legislatore nazionale senza che ciò comporti una violazione del par. 1 dell'art. 6 della CEDU. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che il rifiuto di accordare il patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di una procedura di divorzio non ha violato il diritto di accesso ad un tribunale, in quanto il ricorrente è stato adeguatamente rappresentato, anche se grazie al sostegno finanziario della sua famiglia. L'istituto del patrocinio a spese dello Stato – secondo la Corte – non può adeguatamente funzionare se non accompagnato da un mec-

luce di quanto detto, l'istituzione di un sistema di patrocinio a spese dello Stato rappresenterebbe, dunque, il "mezzo" idoneo a rendere "effettivo" il diritto di accesso al giudice: nel caso di specie, i giudici di Strasburgo non hanno riconosciuto alcuna violazione di tale diritto nell'ipotesi di mancata concessione del gratuito patrocinio, in quanto «*the Court considers it important to have due regard to the quality of a legal aid scheme within a State*»; dunque, per la Corte europea non vi è stata alcuna violazione del primo paragrafo dell'art. 6 della CEDU, in quanto il regime francese di patrocinio a spese dello Stato ha offerto agli individui garanzie tali da proteggerli dall'arbitrarietà²².

Lo stesso principio viene successivamente ripreso nel caso *Pedro Ramos c. Svizzera*, ove si afferma, ancora una volta, la necessità di verificare che il sistema messo in atto dal legislatore offra agli individui adeguate garanzie, tali da proteggerli dal rischio di arbitrio²³. Inoltre, la Corte ha rilevato che un sistema di assistenza legale non possa funzionare correttamente se non è accompagnato da un meccanismo di selezione delle controversie che possono beneficiarne, purché esso non appaia discriminatorio, sproporzionato e tale da pregiudicare la sostanza del diritto di accesso ad un giudice²⁴.

Non mancano pronunce in merito ai soggetti beneficiari del patrocinio a spese dello Stato: a tal proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato, in diverse occasioni, la controversa questione – della quale, come si vedrà, si è occupata anche la Corte di giustizia dell'Ue – se dell'istituto *de quo* beneficiassero soltanto le persone fisiche o anche le persone giuridiche e se, nell'ambito di quest'ultima categoria, ne beneficiassero anche quelle perseguitanti scopo di lucro.

Al riguardo, i giudici di Strasburgo non hanno escluso in linea di principio la concessione del gratuito patrocinio alle persone giuridiche, ma hanno affermato la necessità di procedere mediante un approccio *case by case*, che

canismo che consenta di selezionarne i beneficiari (v. in particolare il par. 54). Per un commento alla sentenza *Santambrogio v. Italia*, cit. *supra*, v. M. DE STEFANO, *L'equo processo consente limitazioni al gratuito patrocinio dei non abbienti in talune materie civili (divorzio)*, in <http://www.dirittiuomo.it/sites/default/files/gratuitopatrociniot.pdf>.

²² V. sentenza *Del Sol c. Francia*, cit. *supra*, nota 21, par. 24-26. Diversamente, invece, nella precedente sentenza del 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V, pp. 1964-65, par. 60.

²³ Sentenza della Corte EDU del 14 ottobre 2010, *Pedro Ramos c. Svizzera*, ricorso n. 10111/06, par. 49. V., in particolare, i par. 53-55: «53. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le système mis en place par le législateur suisse et son application dans le cas d'espèce ont offert au requérant, qui avait bénéficié au niveau cantonal de l'exemption de l'avance des frais et d'un avocat d'office, des garanties substantielles de nature à le préserver de l'arbitraire. 54. Partant, la Cour estime que les limitations appliquées à l'accès du requérant au Tribunal fédéral n'ont pas restreint ce droit à un point tel qu'il s'en est trouvé atteint dans sa substance même. 55. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention».

²⁴ *Ivi*, par. 41.

tenga conto delle norme applicabili e della situazione della società interessata. Così, ad esempio, la Corte europea ha precisato che la differenza di trattamento tra le società commerciali, da una parte, e le persone fisiche e giuridiche senza scopo di lucro, dall'altra, possa trovare una giustificazione oggettiva e razionale nel "regime fiscale" del gratuito patrocinio²⁵.

Un ruolo determinante ha avuto, altresì, la Corte di giustizia dell'Ue che ha ricondotto nell'alveo della tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, anche l'esonero dal pagamento delle spese giudiziali e/o degli onorari dovuti per ottenere l'assistenza legale.

Secondo i giudici di Lussemburgo spetta al giudice nazionale verificare se i requisiti di ammissione al patrocinio a spese dello Stato possano ledere e limitare la sostanza stessa del diritto di accesso ad un giudice, se tendano ad uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Il giudice potrà effettuare tale valutazione prendendo in considerazione l'oggetto della controversia, le ragionevoli possibilità di successo del richiedente, l'importanza degli interessi in gioco per quest'ultimo, la complessità del diritto e del procedimento applicabili nonché la capacità di far valere effettivamente le proprie ragioni. Inoltre, «Per valutare la proporzionalità il giudice nazionale può tener presente altresì l'entità delle spese giudiziali che devono essere anticipate e la natura dell'ostacolo all'accesso alla giustizia che esse potrebbero costituire, se sormontabile o insormontabile»²⁶.

²⁵ Nel caso di specie, la normativa francese prevedeva per le società commerciali la possibilità di dedurre le spese sostenute nel processo dal risultato fiscale imponibile e di addebitare un eventuale saldo negativo all'esercizio contabile successivo. V. decisione della Corte EDU del 26 agosto 2008, *VP Diffusion SARL c. Francia*, ricorso n. 14565/04, concernente il caso di una società commerciale cui era stato negato l'accesso al patrocinio a spese dello Stato, che la normativa francese riserva soltanto alle persone fisiche e, a determinate condizioni, alle persone giuridiche senza scopo di lucro. «Del pari, nel caso di una comunità che utilizzava beni rurali comuni e chiedeva il gratuito patrocinio per opporsi all'azione di rivendica del proprietario di un terreno, la Corte europea per i diritti dell'uomo ha considerato che occorre tener presente che i fondi approvati dalle associazioni e dalle società private per la loro difesa in giudizio sono fondi accettati, approvati e versati dai loro membri e ha sottolineato come l'istanza fosse stata formulata per intervenire in una controversia civile vertente sulla proprietà di un terreno il cui esito non avrebbe pregiudicato i membri delle comunità in causa (Sentenza della Corte EDU del 24 novembre 2009, punto 26, decisione *CMVMC O'Limo c. Spagna*). La Corte ne ha concluso che il rifiuto di accordare il gratuito patrocinio alla comunità ricorrente non ne aveva leso nella sostanza il diritto di accesso alla giustizia». In tal senso v. sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 13849, par. 51, EU:C:2010:811.

²⁶ In tal senso v. ordinanza della Corte di giustizia del 13 giugno 2012 in causa n. C-156/12, *GREP GmbH c. Freistaat Bayern*, EU:C:2012:342, non ancora pubblicata in *Raccolta*, ove si legge che «Il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, può comprendere l'esonero dal pagamento delle spese giudiziali e/o degli onorari dovuti per ottenere l'assistenza

Con una "storica" sentenza, la Corte di giustizia ha riconosciuto anche in capo alle persone giuridiche il diritto al patrocinio a spese dello Stato²⁷. Tale estensione trova fondamento e giustificazione nell'interpretazione del termine «persona» che, utilizzato nei primi due paragrafi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, viene meno, invece, nel terzo paragrafo della medesima disposizione, ove compare un più generico riferimento «a coloro che non hanno i mezzi (...)».

Sembra opportuno sottolineare che la Commissione delle Comunità europee, intervenuta sul punto, nelle sue osservazioni scritte aveva precisato che «il termine «persona» utilizzato nei due primi commi dell'art. 47 della Carta può riferirsi ad individui, ma – da un punto di vista puramente linguistico – non esclude le persone giuridiche». Precisamente, essa aveva affermato che «Il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che non è escluso che possano invocarlo persone giuridiche e che l'aiuto concesso in sua applicazione può comprendere, segnatamente, l'esonero dal pagamento di un anticipo sulle spese giudiziali e/o l'assistenza legale. Spetta, al riguardo, al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito»²⁸.

legale nel contesto di un simile ricorso. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Nell'ambito di tale valutazione, il giudice nazionale può tener conto dell'oggetto della controversia, delle ragionevoli possibilità di successo del richiedente, dell'importanza degli interessi in gioco per quest'ultimo, della complessità del diritto e del procedimento applicabili nonché della capacità del richiedente di far valere effettivamente le proprie ragioni. Per valutare la proporzionalità il giudice nazionale può tener presente altresì l'entità delle spese giudiziali che devono essere anticipate e la natura dell'ostacolo all'accesso alla giustizia che esse potrebbero costituire, se sormontabile o insormontabile». V., altresì, la sentenza della Corte di giustizia in causa n. C-492/08, *Commissione europea c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 5471, EU:C:2010:348.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2010:811. Cfr. M. CASTELLANETA, *Gli Stati non possono escludere in via automatica il "gratuito patrocinio" per le persone giuridiche*, in *Guida al diritto*, 2011, pp. 110-112; E. SORDA, *Unione Europea. Sentenza della Corte di giustizia sul riconoscimento del diritto al gratuito patrocinio anche alle persone giuridiche*, in *DPCE online*, 2011, disponibile all'indirizzo internet http://www.dpce.it/online/images/stories/2011-1-Sorda-Unione_Europea_Sentenza_della_Corte_di_justizia_sul_riconoscimento_del_diritto_al_gratuito_patrocinio_anche.pdf.

²⁸ Cfr. la massima della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010 in causa n. C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2010:811, disponibile al seguente indirizzo: <http://curia.europa.eu/juris/document/>

Accertata, dunque, la configurabilità del diritto al gratuito patrocinio anche in capo alle persone giuridiche, si poneva, tuttavia, l'ulteriore quesito se tale categoria comprendesse o escludesse anche quelle perseguitanti scopo di lucro.

A tal proposito è stata presentata domanda di pronuncia pregiudiziale volta ad accertare se l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali contrasti con una normativa nazionale che escluda le persone giuridiche aventi scopo di lucro da tale beneficio e se tale disposizione debba essere interpretata «nel senso che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva è garantito qualora il diritto interno dello Stato membro, pur escludendo le persone giuridiche aventi scopo di lucro dal beneficio del gratuito patrocinio, conceda automaticamente alle medesime l'esenzione dalle spese relative all'azione giudiziaria in caso di insolvenza o di ristrutturazione di impresa»²⁹.

Nel verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio «costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito», il giudice nazionale, con riferimento alle persone giuridiche, «può tener conto della loro situazione. Egli può prendere in considerazione, in particolare, la forma e lo scopo – di lucro o meno – della persona giuridica in questione, la capacità finanziaria dei suoi soci o azionisti e la possibilità, per questi ultimi, di procurarsi le somme necessarie ad agire in giudizio»³⁰.

document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db7e3a57c6dcf14e74866496e21c247dc9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbNn0?doclang=IT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=DOC&docid=117132&occ=first&dir=&cid=141924.

²⁹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Varas Cíveis de Lisboa (Portogallo) il 13 maggio 2013 in causa n. C-258/13, *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio, Lda/Instituto da Segurança Social, IP*. Con ordinanza del 28 novembre 2013, EU:C:2013:810, la Corte di giustizia si è dichiarata, tuttavia, manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate.

³⁰ Ordinanza della Corte di giustizia del 13 giugno 2012 in causa n. C-156/12, *GREP GmbH c. Freistaat Bayern*, EU:C:2012:342. Particolarmente interessanti appaiono, inoltre, le conclusioni dell'Avvocato Generale NÍALO JAÄSKINEN, presentate l'11 febbraio 2010 in causa n. C-492/08, *Commissione europea c. Repubblica francese*, EU:C:2010:72, punti 19-24: «19. Il diritto di accedere in maniera effettiva a un tribunale, in particolare grazie alla soppressione di un eventuale ostacolo finanziario a tale accesso, è stato riconosciuto quale diritto fondamentale sia dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (in prosieguo: la «CEDU»), sia dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. La possibilità di essere assistiti gratuitamente da un avvocato nominato d'ufficio è espressamente garantita da tali disposizioni solo a favore di un imputato, vale a dire nell'ambito di un procedimento penale. 20. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esteso siffatta prerogativa ai procedimenti civili. In una sentenza pronunciata il 9 ottobre 1979, essa ha precisato che l'art. 6, n. 1, della CEDU obbliga gli Stati contraenti ad adottare le misure necessarie per fornire un'assistenza giudiziaria gratuita solo se questa si rivela indispensabile per garantire l'accesso effettivo alla giustizia, perché la legge impone la rappresentanza tramite un avvocato o per la complessità della procedura o della causa. La Corte ha interpretato

4. Verso una disciplina europea armonizzata in materia di *legal aid* in ambito penale

In tale contesto normativo e giurisprudenziale si colloca il tentativo del legislatore europeo di recepire (in parte) le istanze ed i principi elaborati dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo in materia di *legal aid* e di cristallizzarli nei due differenti strumenti giuridici *supra* richiamati.

Questi ultimi fanno parte di un più ampio ventaglio di iniziative presentato dalla Commissione europea, il 27 novembre 2013, per rafforzare ulteriormente i diritti procedurali e processuali degli indagati e degli imputati in ambito europeo³¹; al contempo, essi integrano e completano il com-

quest'articolo come fondamento del principio secondo cui il gratuito patrocinio è uno strumento utile, ma non sistematicamente necessario, per rendere effettivo il diritto di accesso alla giustizia e per fare in modo che vi sia un processo equo ai sensi di tale norma. Tale diritto non è dunque assoluto. È obbligatorio concedere il gratuito patrocinio solo se l'assenza di tale beneficio renderebbe inefficace la garanzia di un ricorso effettivo al giudice. 21. Mi sembra che il gratuito patrocinio sia sempre più considerato come un elemento sociale necessario per garantire l'efficacia del diritto fondamentale dell'accesso alla giustizia e, dunque, l'accesso al diritto in maniera generale. 22. Tale processo di evoluzione emerge in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 47, rubricato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», prevede e inquadra il diritto al gratuito patrocinio e ciò dinanzi a qualsiasi giurisdizione. Ai sensi dell'ultimo comma di questo articolo, «[a] coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia». È evidente che questa disposizione è stata formulata in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. 23. Analogamente, la direttiva del Consiglio 27 gennaio 2003, 2002/08/CE, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie, si riferisce espressamente alla CEDU e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 24. E, dunque, gioco forza osservare, in via preliminare, che l'obiettivo di favorire, sotto un profilo generale, l'accesso alla giustizia e al diritto alle persone che non dispongono di sufficienti risorse economiche è conforme ai valori fondamentali del sistema della tutela giudiziaria prevalenti in seno all'Unione».

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 27 novembre 2013, *Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati - Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale*, COM(2013) 820 definitivo. È prevista l'adozione di tre direttive: Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, del 27 novembre 2013, COM(2013) 821 final, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0821:FIN:IT:PDF>; Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, del 27 novembre 2013, COM(2013) 822 final, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0822:FIN:IT:PDF>; Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, del 27 novembre 2013, COM(2013) 824 final, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0824:FIN:IT:PDF>. A tali proposte si affiancano, poi, due Raccomandazioni: Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, *sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali* (2013/C 378/02), in *Gu-Ue* n. C 378 del 24 dicembre 2013, pp. 8-10, disponibile *on line* anche sul sito dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia - Università degli

plesso delle garanzie già previste e disciplinate dalla *Roadmap* del 30 novembre 2009 e da quella, tracciata a favore delle vittime nei procedimenti penali, del 10 giugno 2011³².

Più nel dettaglio, il recente intervento appare strettamente correlato alla prima tabella di marcia che affianca al «diritto alla consulenza legale (attraverso un avvocato) per l'indagato o l'imputato in un procedimento penale nella fase più precoce e opportuna del procedimento» il «diritto all'assistenza legale gratuita» a garanzia dell'«effettivo accesso al precitato diritto alla consulenza legale»³³.

Al riguardo è già stata adottata la direttiva n. 2013/48/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*: essa dedica, infatti, l'art. 11 all'assistenza legale gratuita, laddove «fa salvo il diritto nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato, che si applica in conformità della Carta e della CEDU»³⁴.

Studi di Salerno, <http://www.slsq.unisa.it/osservatorio/coop.penale>; Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, *sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali* (2013/C 378/03), in *Gu-Ue* n. C 378 del 24 dicembre 2013, pp. 11-14, disponibile *on line* anche sul sito dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia - Università degli Studi di Salerno, <http://www.slsq.unisa.it/osservatorio/coop.penale>, con nota di D. FANCIULLO. Al riguardo, cfr. M. CAGOSI, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea*, disponibile *on line* su <http://www.penalecontemporaneo.it>, 20 dicembre 2013.

³² Nel primo caso v. la Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. C 295 del 4 dicembre 2009, p. 1. A tal proposito, sono state adottate: la direttiva n. 2010/64/Ue del Parlamento e del Consiglio, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 20 ottobre 2010, in *Gu-Ue* n. L 280 del 26 ottobre 2010, pp. 1-7; la direttiva n. 2012/13/Ue del Parlamento e del Consiglio, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, del 22 maggio 2012, in *Gu-Ue* n. L 142 del 1° giugno 2012, pp. 1-10; la direttiva n. 2013/48/Ue del Parlamento e del Consiglio, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, del 22 ottobre 2013, in *Gu-Ue* n. L 294 del 6 novembre 2013, pp. 1-12. Nel secondo caso v., invece, la Risoluzione del Consiglio, del 10 giugno 2011, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali, in *Gu-Ue* n. C 187 del 28 giugno 2011, pp. 1-5. Sulle due Risoluzioni si rinvia, per tutti, ad A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, cit. *supra*, nota 5, p. 24 ss.

³³ V. la misura c della Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali*, cit. *supra*, nota 32.

³⁴ In *Gu-Ue* n. L 294 del 6 novembre 2013, p. 1. L'art. 11 della direttiva, rubricato «patrocinio a spese dello Stato», sancisce che «La presente direttiva fa salvo il diritto nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato, che si applica in conformità della Carta e della CEDU». Riferimenti al patrocinio a spese dello Stato sono altresì contenuti nel ventottesimo considerando con riferimento agli indagati e agli imputati privati della libertà personale:

Alla luce di quanto detto, considerata l'estrema sinteticità di tale articolo, ben si comprende la natura strumentale dei due recenti interventi rispetto alla direttiva n. 2013/48/UE, in quanto essi perseguono l'obiettivo di integrare e rendere effettivo il diritto all'assistenza di un difensore, rendendolo accessibile anche ai soggetti non abbienti³⁵.

Ciò detto, la Commissione ha individuato due cause all'origine dell'accesso insufficiente ad un efficace patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati: *in primis*, la mancanza di «possibilità sufficienti di accedere al patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo negli Stati membri»; in secondo luogo, «l'assistenza di un difensore d'ufficio non è sempre garantita nelle prime fasi del procedimento, soprattutto prima che sia resa la decisione in merito al-

«Laddove gli indagati o imputati siano privati della libertà personale, gli Stati membri dovrebbero adottare le disposizioni necessarie per assicurare che essi siano in grado di esercitare in modo effettivo il loro diritto di avvalersi di un difensore, anche predisponendo l'assistenza di un difensore qualora non ne abbiano uno, a meno che non abbiano rinunciato a tale diritto. Tali disposizioni potrebbero prevedere, tra l'altro, che le autorità competenti predispongano l'assistenza di un difensore sulla base di un elenco di difensori disponibili tra cui l'indagato o imputato possa scegliere. Tali disposizioni potrebbero comprendere, se del caso, quelle relative al patrocinio a spese dello Stato». Il patrocinio a spese dello Stato è, inoltre, menzionato al quarantacinquesimo *considerando*, «Lo Stato membro di esecuzione dovrebbe adottare le disposizioni necessarie per assicurare che le persone ricercate siano in grado di esercitare in modo effettivo il loro diritto di avvalersi di un difensore, anche predisponendo l'assistenza di un difensore qualora le persone ricercate non ne abbiano uno, a meno che non abbiano rinunciato a tale diritto. Tali disposizioni, comprese, se del caso, quelle sul patrocinio a spese dello Stato, dovrebbero essere disciplinate dal diritto nazionale. Esse potrebbero prevedere, tra l'altro, che le autorità competenti predispongano l'assistenza di un difensore sulla base di un elenco di difensori disponibili tra cui le persone ricercate potrebbero scegliere». Infine, al *considerando* n. 48: «Nelle more dell'adozione di un atto legislativo dell'Unione sul patrocinio a spese dello Stato, gli Stati membri dovrebbero applicare il loro diritto nazionale in materia, che dovrebbe essere conforme alla Carta, alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo». Per un commento a tale direttiva cfr. I. ANAGNOSTOPOULOS, *The right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *European Criminal Law Review*, 2014, pp. 3-18; F. A. BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, consultabile *on line* su <http://www.penalecontemporaneo.it>, 29 novembre 2013.

³⁵ Sulla necessità di rafforzare le misure concernenti il patrocinio a spese dello Stato al fine di rendere effettivo il diritto di accesso alla giustizia, soprattutto in considerazione della crisi economica e di alcune misure prese dagli Stati membri, si è espressa anche l'Agenzia europea per i diritti fondamentali. V., in particolare, EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Fundamental rights in the future of the European Union's Justice and Home Affairs*, Vienna, 31 December 2013, consultabile *on line* all'indirizzo internet http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_submission_on_the_future_of_eu_justice.pdf. Tale documento richiama a sua volta la sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-260/11, *The Queen et al. c. Environment Agency et al.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in particolare il punto 33 ove si precisa che «(...) il requisito inerente al procedimento «non eccessivamente oneroso», nel settore ambientale, contribuisce al rispetto del diritto ad un ricorso effettivo, sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché del principio di effettività secondo cui le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (...)».

l'ammissione al patrocinio, sebbene il diritto di avvalersi di un difensore si applichi dal momento in cui l'interessato è informato dalle autorità di essere indagato». Inoltre, «vi sono altre due questioni che rischiano di compromettere la fiducia reciproca: i criteri di ammissibilità al patrocinio sono troppo restrittivi; l'assistenza legale fornita nell'ambito dei sistemi di patrocinio a spese dello Stato è carente per qualità ed efficacia»³⁶.

4.1 *Segue: La Raccomandazione della Commissione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali*

Rinviando al successivo paragrafo l'approfondimento della Proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, preme innanzitutto soffermarsi sulla già menzionata Raccomandazione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, che fornisce preziosi elementi per meglio comprendere il senso della citata Proposta di direttiva, cui è strettamente correlata³⁷.

Come già anticipato, la Raccomandazione *de qua* intende rafforzare il diritto al patrocinio a spese dello Stato nei confronti di indagati o imputati in procedimenti penali e di persone ricercate nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, che non dispongano di risorse finanziarie sufficienti a coprire in tutto o in parte le spese necessarie per la difesa ed il procedimento.

Essa fornisce, innanzitutto, una precisa definizione del patrocinio a spese dello Stato, inteso come «[...] il finanziamento e l'assistenza da parte dello Stato membro che garantiscano l'effettivo esercizio del diritto di accesso a un difensore». La stessa disposizione aggiunge, poi, che «Il finanziamento dovrebbe coprire le spese della difesa e del procedimento per l'indagato o imputato in un procedimento penale e per il ricercato nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo».

³⁶ Cfr. il Commission staff working document, *cit. supra*, nota 3, punto 1 (Definizione del problema).

³⁷ La Raccomandazione si compone di diciassette *consideranda* e cinque Sezioni: 1. «Oggetto e campo di applicazione»; 2. «Ammissione al patrocinio a spese dello Stato»; 3. «Efficacia e qualità del patrocinio a spese dello Stato»; 4. «Raccolta dei dati e controllo»; 5. «Disposizioni finali».

Questa nozione consente, ad avviso di chi scrive, di focalizzare l'attenzione sui seguenti tre punti: 1. l'obiettivo di rendere effettivo il diritto di accesso ad un difensore così come previsto dalla già richiamata direttiva n. 2013/48/UE; 2. i destinatari del finanziamento, ovvero l'indagato o l'imputato in un procedimento penale nonché il ricercato nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo; 3. l'oggetto del finanziamento, che dovrebbe coprire le «spese della difesa e del procedimento».

Per quanto concerne invece il profilo temporale, la stessa Raccomandazione precisa che il diritto al patrocinio a spese dello Stato copre il periodo che va dal momento in cui gli indagati e gli imputati sono sospettati di aver commesso un reato fino alla conclusione del procedimento.

Ciò detto, il punto di forza della Raccomandazione potrebbe essere ravvisato nella specificazione, per la prima volta in un testo scritto, dei requisiti richiesti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, che rappresenta una chiara espressione del recepimento normativo della prassi giurisprudenziale, in particolare dei principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che risulta richiamata ben cinque volte nel breve testo della Raccomandazione³⁸.

Ne costituisce conferma il punto 4 della Sezione 2, che ripropone, in buona sostanza, il binomio (di derivazione giurisprudenziale) verifica delle risorse-verifica del merito: si legge, infatti, che «Gli indagati, imputati e ricercati dovrebbero, come minimo, essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato qualora manchino delle risorse finanziarie sufficienti a soddisfare la totalità o parte delle spese della difesa e del procedimento a motivo della loro situazione economica ("verifica delle risorse"), e/o quando tale assistenza sia necessaria nell'interesse della giustizia ("verifica del merito")».

In relazione al primo requisito, si ritiene che le precarie condizioni economiche debbano essere accertate in base ad elementi "oggettivi", quali il reddito, il patrimonio, la situazione familiare, il tenore di vita ed il costo di un difensore. Inoltre, ai fini di tale valutazione «dovrebbero essere prese in considerazione tutte le circostanze pertinenti». Un particolare *favor* si nota, poi, nei confronti dei soggetti particolarmente deboli, come i minori, per i quali occorre valutare il loro patrimonio e non, invece, quello dei genitori o del titolare della responsabilità genitoriale³⁹.

³⁸ Riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sono infatti contenuti ai *consideranda* n. 8 (1° e 2° periodo), n. 9, n. 13 e n. 15.

³⁹ V. nn. 6-10 della sezione 2. Al punto 7 si legge, invece, che «Nel caso in cui nella verifica delle risorse è preso in considerazione il reddito della famiglia, ma i singoli membri della famiglia si trovano in conflitto tra di loro o non hanno pari accesso al reddito familiare, dovrebbe essere preso a riferimento solo il reddito della persona che chiede il patrocinio».

Il secondo requisito – ovvero la sussistenza di un interesse della giustizia – deve essere valutato, invece, in relazione alla complessità del caso, della situazione personale e sociale dell'indagato o imputato o del ricercato, della gravità del reato e della severità della pena prevista e tenendo in considerazione, altresì tutte le circostanze pertinenti: tali criteri, si legge all'ottavo *considerando*, non sono "cumulativi"⁴⁰. D'altra parte, anche il settimo *considerando* della Raccomandazione ammette l'accesso al patrocinio a spese dello Stato nella misura in cui esso sia «necessario nell'interesse della giustizia».

Recependo sul punto la giurisprudenza della Corte europea, si afferma, altresì, che «quando è in gioco la privazione della libertà, la prova della sussistenza dell'interesse della giustizia dovrebbe, in linea di principio, essere considerata apportata» (nono *considerando*). A tal riguardo, si precisa che l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato si presume nell'interesse della giustizia nei casi in cui «una persona sia sospettata o accusata di un reato che comporta una pena detentiva quale possibile sanzione, in situazioni in cui l'assistenza legale è obbligatoria»⁴¹.

Una particolare attenzione è dedicata, inoltre, al diritto di essere informati della possibilità di usufruire dell'assistenza legale gratuita, poiché gli indagati, gli imputati ed i ricercati dovrebbero poter accedere facilmente a tutte le «informazioni pertinenti sul patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti penali, comprese informazioni su come e dove presentare domanda per tale assistenza, criteri trasparenti che determinano quando una persona può essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato, nonché informazioni sulle possibilità di sporgere reclamo nel caso in cui l'accesso al patrocinio sia negato o il difensore nominato d'ufficio fornisca assistenza legale insufficiente»⁴².

La decisione sull'accoglimento dell'istanza di ammissione deve essere adottata da un'autorità competente indipendente, con tempestività, entro un periodo di tempo che non pregiudichi i diritti dell'istante, ma che gli consenta, invece, di preparare adeguatamente la propria difesa. Inoltre, al-

⁴⁰ Il riferimento alle «circostanze pertinenti» opera, dunque, sia in relazione alla verifica delle risorse, sia in relazione alla verifica del merito. Tale espressione, tuttavia, non è esente, ad avviso di chi scrive, dall'accusa di eccessiva indeterminatezza e genericità. V. nn. 11-13 della sezione 2.

⁴¹ V. il punto 12 della sezione 2. Al punto 13 della stessa sezione si precisa che «In caso di ammissione al patrocinio a spese dello Stato dell'indagato o imputato o del ricercato sulla base della verifica del merito, le spese del patrocinio prestato possono essere recuperate in caso di condanna definitiva, a condizione che l'interessato disponga di risorse sufficienti al momento del recupero, determinate a norma dei punti da 6 a 10».

⁴² V. il n. 5 della sezione 2.

l'indagato, all'imputato ed al ricercato deve essere concessa la possibilità di impugnare la decisione di rigetto della domanda.

La terza Sezione della Raccomandazione sembra essere, invece, una risposta alle preoccupazioni manifestate, come visto, dalla Corte europea in merito alla qualità ed all'efficacia del patrocinio a spese dello Stato: si prevede, infatti, che – al fine di garantire l'equità del procedimento – gli Stati membri debbano dotarsi di sistemi in grado di assicurare l'alta qualità dei difensori d'ufficio e che quest'ultimi siano sostituiti qualora non forniscano un'assistenza legale adeguata. Ulteriori disposizioni concernono, poi, i sistemi di accreditamento dei difensori e la loro formazione.

Alla stessa *ratio* sono riconducibili anche le successive disposizioni che invitano gli Stati membri non soltanto ad instaurare un meccanismo di accreditamento dei difensori d'ufficio e a stabilire i criteri per accedervi tenendo conto delle *best practices* ma anche a formare adeguatamente il personale «coinvolto nel processo decisionale sul patrocinio a spese dello Stato». In particolare, «l'accREDITAMENTO dei difensori d'ufficio dovrebbe, per quanto possibile, essere collegato all'obbligo di seguire una formazione professionale continua».

L'ultimo profilo su cui sembra opportuno soffermarsi concerne le modalità di scelta del difensore d'ufficio: a tal riguardo, le autorità competenti dovrebbero, «per quanto possibile», prendere in considerazione le preferenze ed i desideri dei richiedenti, in ragione del particolare rapporto di fiducia che si instaura tra costoro ed il loro difensore: tuttavia, si precisa al tredicesimo *considerando*, «come è stato riconosciuto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, esse possono ignorare tali aspettative qualora vi siano pertinenti e sufficienti motivi per ritenere che ciò sia necessario nell'interesse della giustizia»⁴³. Infine, occorre consentire ai richiedenti di «compiere una scelta informata (...), senza subire indebite interferenze».

4.2 *Segue*: La Proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo

La Proposta di direttiva sul patrocinio a spese dello Stato è strettamente correlata alla Raccomandazione precedentemente esaminata, della quale

⁴³ V. il punto 24 della sezione 3, letto in combinato disposto con il *considerando* n. 13.

condivide la medesima *ratio*⁴⁴: il rafforzamento dei diritti della persona nella procedura penale, così come previsto dall'art. 82, par. 2, lett. b., del TFUE, che ne costituisce pertanto la base giuridica⁴⁵.

E dunque – seppur con un ambito di applicazione, come si vedrà in prosieguo, più circoscritto – essa aggiunge un altro fondamentale tassello al completamento dello spazio europeo di giustizia, dal momento che intende soddisfare una duplice esigenza: *in primis*, stabilire norme minime comuni che consentano di promuovere la fiducia reciproca tra Stati; in secondo luogo, garantire l'"effettività" del diritto all'assistenza di un difensore fin dalle prime fasi di un procedimento penale nei confronti di una ben determinata categoria di soggetti, ovvero di coloro che sono privati della libertà personale o ricercati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo. Per tali soggetti il patrocinio a spese dello Stato dovrebbe coprire i costi della difesa e del procedimento.

La Proposta di direttiva intende, inoltre, integrare e garantire l'effettività dei diritti previsti dalla più volte menzionata direttiva n. 2013/48/UE⁴⁶

⁴⁴ Sulla Proposta di direttiva si è espressa la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, *Documento di lavoro sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, del 18 marzo 2014, consultabile al seguente indirizzo: www.europarl.europa.eu/. Tale documento fornisce una prima valutazione della Proposta di direttiva ed offre, al contempo, alcuni interessanti spunti critici per la valutazione della stessa. Al riguardo, appare particolarmente interessante la Parte II concernente le «riflessioni personali del relatore». Si segnala in particolare il punto 6, ove il relatore, C. de Jong, afferma che «L'attuale approccio frammentario adottato dalla Commissione europea può rispecchiare la delicatezza della tematica, ma non aumenta la certezza giuridica né chiarisce agli indagati e agli imputati in che misura avranno effettivamente diritto al patrocinio a spese dello Stato e il livello di qualità dell'assistenza legale». V., altresì, il Parere del Comitato economico e sociale europeo, in *Gu-UE* n. C 226 del 16 luglio 2014, pp. 63-67.

⁴⁵ «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale», attraverso il ricorso al tipico strumento di armonizzazione, quale la direttiva. Sulla direttiva come strumento di armonizzazione cfr., tra gli altri, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Padova, Cedam, 2012, p. 139 ss.; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983; ID., *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa *Rivista*, 2000, pp. 755-764. Peraltro, la necessità di rafforzare i «diritti della persona nei procedimenti penali» emerge anche al punto 2.4 del Programma di Stoccolma - *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, pubblicato in *Gu-UE* n. C 115 del 4 maggio 2010, pp. 1-38, ove il Consiglio europeo invita la Commissione a «esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni».

⁴⁶ Art. 1, par. 2. V., *supra*, nota 34. Si legge, infatti, al n. 6 della Relazione alla proposta di direttiva che «La presente proposta è strettamente legata alla direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore, un diritto riconosciuto all'indagato o imputato privato della libertà personale che questa proposta intende contribuire a rendere effettivo sin dalle prime fasi del procedimento; essa mira altresì a garantire ai ricercati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, e quindi il diritto di avvalersi di un difensore sia nello Stato membro di esecuzione che in quello emittente ("diritto alla duplice difesa")».

e, al contempo, rafforzare ulteriormente le garanzie procedurali delle persone coinvolte nei procedimenti condotti dall'Ufficio del Pubblico ministero europeo⁴⁷.

Per quanto concerne la definizione di «patrocinio a spese dello Stato», viene riproposta la stessa nozione utilizzata nella Raccomandazione, laddove si fa riferimento al «finanziamento e all'assistenza forniti dallo Stato membro per garantire l'effettivo esercizio del diritto di avvalersi di un difensore».

Tuttavia, rispetto alla più ampia Raccomandazione, la Proposta di direttiva sconta il limite di disciplinare un aspetto circoscritto dell'istituto *de quo*, in quanto persegue l'obiettivo di definire norme minime comuni "soltanto" in materia di «ammissione provvisoria» al patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti penali di indagati e imputati privati della libertà personale (e che hanno diritto di avvalersi di un difensore secondo la direttiva n. 2013/48/Ue), nonché in materia di «ammissione provvisoria e definitiva» dei c.d. "ricercati", ovvero delle persone oggetto del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo di cui alla decisione quadro n. 2002/584/GAI⁴⁸.

È evidente che l'ammissione provvisoria per la persona privata della libertà personale, sino all'adozione della decisione finale sul patrocinio a spese dello Stato, risponde all'esigenza di tutelare soggetti particolarmente vulnerabili fin dalle prime fasi del procedimento penale⁴⁹. Risulta in tal modo ottemperata la previsione della direttiva n. 2013/48/Ue, secondo la quale «(...) gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per assicurare che gli indagati e imputati che sono privati della libertà personale siano in grado di esercitare in modo effettivo il loro diritto di avvalersi di un difensore, a meno che non abbiano rinunciato a tale diritto (...)»⁵⁰, sen-

⁴⁷ V. il punto 13 della Relazione alla Proposta di direttiva. V., inoltre, la Proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione dell'Ufficio del Pubblico Ministero europeo, Com(2013)534 final, del 17 luglio 2013, consultabile al seguente indirizzo internet: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/regulation_eppo_en.pdf. Ai sensi dell'art. 34 della Proposta di regolamento, rubricato «*legal aid*», «Any person suspected or accused of an offence within the scope of the competence of the European Public Prosecutor's Office shall have, in accordance with national law, the right to be given legal assistance free or partially free of charge by national authorities if he/she has insufficient means to pay for it».

⁴⁸ Decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, del 13 giugno 2002, in *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss. V., altresì, Decisione quadro n. 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, *che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo*, in *Gu-Ue* n. L 81 del 27 marzo 2009, pp. 24-36.

⁴⁹ Art. 3, lett. b, della Proposta di direttiva.

⁵⁰ Art. 3, par. 4, della direttiva n. 2013/48/Ue, *cit. supra*, nota 32.

za dover attendere, dunque, la previa verifica della sussistenza dei requisiti per l'ammissione definitiva al patrocinio a spese dello Stato.

È altrettanto incontestato che, tutelando fin dalle prime fasi del procedimento i soggetti che sono privati della propria libertà personale, attraverso l'assistenza gratuita di un difensore, tali misure incidono significativamente sul più specifico diritto di non auto-incriminarsi.

Lo stesso diritto all'ammissione provvisoria è riconosciuto, altresì, in capo al ricercato privato della libertà personale nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo⁵¹.

Per quanto concerne il profilo temporale, l'ammissione provvisoria deve essere concessa «senza indebito ritardo», lasciando alle competenti autorità la facoltà di ammetterla «dopo la privazione della libertà personale e, in ogni caso, prima dell'interrogatorio»⁵². Inoltre, la stessa disposizione aggiunge che tale provvisoria ammissione deve essere assicurata «fino a quando non sia stata presa e sia entrata in vigore la decisione finale sul patrocinio a spese dello Stato, oppure, ove l'indagato o imputato sia ammesso al patrocinio, sino a quando non abbia effetto la nomina del difensore».

Ora è chiaro che il limitato tempo concesso per decidere in merito all'ammissione provvisoria può determinare la concessione del gratuito patrocinio anche nelle ipotesi in cui, ad un'indagine più approfondita, non vi siano le condizioni richieste.

Se da un lato è evidente l'intento di garantire il diritto di difesa del richiedente che si trovi in una situazione d'emergenza, dall'altro lato, tuttavia, è fatta salva la facoltà degli Stati di «stabilire che i costi relativi all'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato possono essere recuperati presso l'indagato, l'imputato o il ricercato che non rispondono ai criteri di ammissibilità applicabili in virtù del diritto nazionale»⁵³.

Per quanto concerne i ricercati, invece, che non sempre sono privati della libertà personale, la Proposta di direttiva impone agli Stati membri di concedere l'accesso al patrocinio a spese dello Stato anche oltre l'ammissio-

⁵¹ «(...) dal momento della privazione nello Stato membro dell'esecuzione, almeno fino a quando l'autorità competente non abbia adottato la decisione sull'ammissione definitiva e, in caso di rigetto totale o parziale della domanda, tale decisione non sia diventata definitiva, oppure, in caso di accoglimento, non abbia effetto la nomina del difensore d'ufficio da parte dell'autorità competente». Cfr. il *considerando* n. 11 della Proposta di direttiva.

⁵² Il punto 21 della Relazione alla Proposta di direttiva chiarisce che «La direttiva si applica a indagati e imputati privati della libertà personale dal momento della privazione, ossia da quando l'interessato viene sottoposto a fermo o ad altro tipo di custodia, compresi i periodi precedenti l'imputazione formale e l'avvenuto arresto. Ciò rispecchia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 5, paragrafo 1, della CEDU».

⁵³ V. il par. 5 dell'art. 4.

ne provvisoria⁵⁴. Al riguardo, l'art. 5 garantisce al ricercato il patrocinio a spese dello Stato «dal momento dell'arresto eseguito in conformità del mandato d'arresto europeo fino alla consegna, o, in caso di mancata consegna, fino al momento in cui la decisione sulla consegna diventa definitiva».

Anche in tal caso, gli Stati possono subordinare l'ammissione al patrocinio alla valutazione delle risorse del ricercato e/o dell'interesse della giustizia a concedere tale beneficio.

In particolare, ai ricercati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo è garantito il diritto alla "duplice difesa", in quanto potranno beneficiare dell'assistenza difensiva sia nello Stato di "esecuzione" che nello Stato di "emissione".

Il valore aggiunto della Proposta di direttiva poggia sulla constatazione che se è vero che tutti gli Stati membri dell'Unione europea consentono l'accesso al patrocinio a spese dello Stato a indagati ed imputati nei procedimenti penali, non sempre lo concedono, invece, ai ricercati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di disciplinare compiutamente una materia così delicata, soprattutto per le non irrilevanti implicazioni sui bilanci nazionali che essa potrebbe comportare, la Proposta di direttiva nulla aggiunge in relazione ad altri aspetti dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato considerati ugualmente rilevanti, quali ad esempio i requisiti di ammissibilità e la qualità dell'assistenza legale fornita⁵⁵.

5. Osservazioni conclusive

Il rafforzamento delle garanzie degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali costituisce, come si è visto, la "colonna portante" della costruzione dello spazio europeo di giustizia: garantire l'effettività dell'accesso alla giustizia e del diritto all'assistenza di un difensore costituisce uno specifico obiettivo di questo processo di perfezionamento.

Da queste premesse muove la recente sfida del legislatore europeo chiamato a dare uniformità ad una materia piuttosto delicata che, per l'alto margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri dell'Unione europea, si presenta estremamente frammentaria e complessa.

Il quadro generale si complica ulteriormente a causa dei numerosi vuoti di disciplina che connotano il diritto al patrocinio a spese dello Sta-

⁵⁴ Punto 11 della Relazione alla Proposta di direttiva.

⁵⁵ In tal senso, v. il Documento di lavoro sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato, *cit. supra*, nota 44.

to: lo testimonia, ad esempio, la circostanza che tale istituto è riconosciuto soltanto per determinate categorie di soggetti, quali gli indagati e gli imputati nei procedimenti penali, ma non anche per i ricercati nell'ambito dei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, il che pregiudica di fatto il principio di non discriminazione.

Senza contare poi – come anticipato nelle considerazioni introduttive – le ricadute che la crisi economico-finanziaria porta con sé, in termini di crescita esponenziale delle istanze di accesso al patrocinio a spese dello Stato e di riduzione, al contempo, dei compensi spettanti ai difensori d'ufficio⁵⁶.

⁵⁶ Nell'ordinamento giuridico italiano il patrocinio a spese dello Stato trova riconoscimento innanzitutto nell'art. 24 della Costituzione che, dopo aver consacrato nei primi due commi il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi e l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento, sancisce, al comma 3, che «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Ora, secondo una storica pronuncia della Corte cost. (sent. n. 97 del 1970) tra gli «appositi mezzi» di cui all'art. 24 rientrerebbe anche «l'istituto del gratuito patrocinio». La Corte d'appello di Roma, sez. lavoro, con ordinanza dell'11 aprile 2002, ha precisato che «il diritto al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, attraverso le successive tappe del processo legislativo in materia, deve ormai considerarsi pienamente vigente nel nostro ordinamento, non quale principio programmatico della Costituzione o dell'ordinamento comunitario o internazionale, che richieda però una specifica normativa nazionale di attuazione, ma quale norma direttamente applicabile nel nostro ordinamento». Partendo da tale disposizione, il legislatore nazionale è più volte intervenuto a disciplinare l'istituto *de quo*: si ricordano, in particolare, la l. 11 agosto 1973, n. 533 recante la *Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*, in *Guri* n. 237 del 13 settembre 1973. In particolare l'art. 11, rubricato «patrocinio a spese dello Stato» prevedeva che «Per le controversie di cui agli articoli 409 e 442 del codice di procedura civile e per quelle concernenti il rapporto di lavoro dei dipendenti dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni e degli altri enti pubblici non economici, sono ammesse al patrocinio a spese dello Stato le parti non abbienti, le cui ragioni risultino non manifestamente infondate. Ai fini del precedente comma sono considerati non abbienti coloro che possono contare su un reddito annuo non superiore a lire due milioni, al netto di imposte, tasse, contributi previdenziali ed assistenziali, premi di assicurazione sulla vita, quote di aggiunta di famiglia od assegni familiari. Lo stato di non abbienza è desunto da una dichiarazione sottoscritta dalla parte istante con firma autenticata da un notaio, cancelliere o segretario comunale. Se l'istante è analfabeta la dichiarazione è sostituita dal processo verbale redatto dai pubblici ufficiali predetti. La dichiarazione deve contenere l'indicazione: 1) del reddito di lavoro; 2) delle risorse di qualunque natura, diverse da quelle di lavoro, di cui l'istante abbia direttamente o indirettamente la libera disponibilità o comunque il godimento; 3) dei beni immobili, anche se non produttivi di reddito, dei quali egli abbia la proprietà o altro diritto reale; 4) dei beni mobili registrati. La dichiarazione mendace, tale da incidere sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, è punita ai sensi del codice penale ed importa in ogni caso la decadenza dal beneficio ed il recupero di quanto anticipato dallo Stato. Il pubblico ufficiale che autentica la sottoscrizione o redige il processo verbale, ai sensi del terzo comma, ammonisce il dichiarante sulle responsabilità penali e sulle conseguenze civili cui può andare incontro in caso di dichiarazione mendace. In qualunque stato della causa o del procedimento l'intendenza di finanza, qualora ritenga inesistente lo stato di non abbienza o mutata la condizione economica della persona ammessa al beneficio, può su ricorso motivato, da notificarsi alla parte interessata, chiedere al giudice che emanò il provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato la revoca del provvedimento medesimo. Ai fini di cui al comma precedente le cancellerie degli uffici giudiziari comunicano mensilmente all'intendenza di finanza un elenco nominativo delle persone ammesse, corredato dalle dichiarazioni sulla non abbienza». Ancora, la l. 4 maggio 1983, n. 184 concernente il *Diritto del minore ad una fami-*

Orbene, se questo è il difficile contesto di riferimento, deve essere sicuramente compresa la scelta del legislatore europeo di voler disciplinare, mediante un atto vincolante quale la direttiva, soltanto taluni aspetti del patrocinio a spese dello Stato.

Ma, allo stesso tempo, l'eccessiva cautela potrebbe far perdere una preziosa occasione per porre fine alle numerose divergenze tra gli ordinamenti giuridici nazionali, divergenze che emergono soprattutto in sede di analisi giurisprudenziale degli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali e 6 della CEDU, con il rischio di compromettere inevitabilmente un'equa ed effettiva cooperazione giudiziaria penale.

Pertanto, va senza dubbio apprezzato l'intento, coraggioso, del legislatore europeo di prevedere una disciplina minima comune in tema di patrocinio a spese dello Stato in un periodo così complicato per i bilanci nazionali come quello attuale.

Tale disciplina, tuttavia, necessita, a modesto avviso di chi scrive, di un più alto grado di specificazione e di dettaglio. La lettura dei due recenti strumenti normativi evidenzia un *vulnus* di disciplina ed apre il campo a

glia, in *Guri* n. 133 del 17 maggio 1983, *suppl. ord.* In materia penale, invece, anche a seguito di alcune sentenze di condanna da parte della Corte europea (caso *Artico*), merita menzione, tra le altre, la l. 30 luglio 1990, n. 217, *Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, in *Guri* n. 182 del 6 agosto 1990. Da ultimo v. il dpr n. 115 del 30 maggio 2002, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia* [In *Guri* n. 139 del 15 giugno 2002], così come modificato dal dlgs 4 marzo 2014, n. 32, dal dm Giustizia 10 marzo 2014 e dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, in *Guri* n. 190 del 18 agosto 2014, *suppl. ord.* n. 70. Su tale dpr v. la Relazione del Ministero della Giustizia al Parlamento sull'applicazione del dpr n.115/02 «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia» relativamente al *Patrocinio a spese dello Stato nel processo penale* (ai sensi dell'art. 294 del dpr 115/02, luglio 2003, relativa al periodo 1995-2002). Per un'analisi dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato sul piano nazionale v., tra gli altri, S. PALOMBARINI - A. SPINZO, *Manuale pratico sul patrocinio a spese dello Stato*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2012; A. BUZZONI, *La difesa gratuita in giudizio*, Milano, FAG, 2008; F. SASSANO, *Il gratuito patrocinio*, Torino, Giappichelli, 2004; M. MARCONI, *Patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio nel giusto processo: aspetti teorico-pratici*, Milano, Giuffrè, 2003. V., inoltre, i contributi di: R. MILELLA, "Gratuito patrocinio" e famiglia di fatto, in *Diritto e società*, 2008, pp. 475-501; G. REPETTO, *L'ammissione degli stranieri al patrocinio a spese dello Stato e l'obbligo del condizionale*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 2535-2543; M. D'ARIENZO, *Riflessioni in tema di patrocinio a spese dello Stato*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003, pp. 1715-1725; M. CANONICO, *Diritto alla difesa e tutela dei non abbienti: dal gratuito patrocinio all'assistenza in giudizio a spese dello Stato*, in *Dir. famiglia*, 1994, p. 1406 ss.; F. P. LUISO, *Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 267 ss. Nel più generale contesto del diritto di difesa si segnala il contributo di P. VENTURA, *La difesa dell'imputato nel giusto processo*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 723-732. V., infine, G. EBNER, *La revoca del gratuito patrocinio all'epoca della spending review*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 1995 ss., che invita all'adozione di «soluzioni che salvaguardino il fondamento costituzionale e al tempo costituiscano un contenimento della spesa pubblica. Tra queste vi potrebbe essere, come da più operatori invocato, la costituzione di un nucleo di avvocati, retribuiti dallo Stato con costi predeterminati, che si occupino esclusivamente di assicurare una difesa dei meno abbienti in giudizio».

numerose questioni: alla luce dei tagli ai compensi spettanti ai difensori d'ufficio, come si potrebbe assicurare un'assistenza gratuita di qualità, considerato che la corresponsione di somme piuttosto basse potrebbe indurre gli avvocati a non assistere completamente i propri clienti e a dedicare ad essi poco tempo? Come far comprendere agli Stati membri che un efficace sistema di assistenza legale potrebbe costituire un valido strumento per ridurre, indirettamente, altri costi della giustizia (errori giudiziari, sovraffollamento carcerario, congestione nei tribunali)? Ancora, sarà possibile sostituire il proprio difensore con un altro, nel caso in cui venga meno il rapporto fiduciario che ne è alla base? In che misura sarà inoltre effettivamente riconosciuto il diritto al patrocinio a spese dello Stato?

Sono, questi, soltanto alcuni spunti problematici che la lettura dei due atti esaminati comporta ed in relazione ai quali si auspica che il legislatore europeo possa adoperare un approccio più incisivo.

Daniela Fanciullo*

SINTESI

Com'è noto, il diritto al patrocinio a spese dello Stato non trova un'applicazione uniforme nello spazio europeo di giustizia penale ma, al contrario, sconta le molteplici differenze esistenti nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. Il quadro generale si complica, poi, a causa dell'assenza di uno «strumento giuridico» dell'Unione europea in grado di disciplinare in maniera organica l'accesso a tale istituto. Soltanto recentemente il legislatore europeo sta cercando di porre rimedio a tale lacuna, attraverso la previsione di due distinte misure che costituiscono il primo passo verso una disciplina europea armonizzata: la *Proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo* e la *Raccomandazione della Commissione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali*.

ABSTRACT

As is known, the right to legal aid is not uniformly applied throughout the European area of criminal justice but rather it reflects the many differences existing in the national legal systems. Furthermore, the overall picture is compli-

* Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia / Università degli Studi di Salerno

cated by lack of a “legal instrument” of the European Union to regulate in an organic way the access to this institute. Only recently, the European legislator is trying to fill this gap, through the prevision of two separate measures which constitute the first step towards harmonized European rules: the Proposal for a directive on provisional legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings and the Commission Recommendation on the right to legal aid for suspects or accused persons in criminal proceedings.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo, 16 luglio 2014*

I. Il prossimo ciclo istituzionale

1. A seguito dell'elezione del presidente della Commissione europea da parte del Parlamento europeo, il Consiglio europeo ha proceduto ad uno scambio di opinioni con il presidente eletto - Jean-Claude Juncker - incentrato in particolare sulle priorità dell'agenda strategica per l'Unione in una fase di cambiamento convenuta il 27 giugno 2014. Chiede a tutte le istituzioni di concentrare le proprie attività nei settori in cui l'Unione può fare davvero la differenza. Il Consiglio europeo ha ribadito l'impegno teso a garantire che queste priorità strategiche siano monitorate periodicamente.

2. Il presidente del Consiglio europeo ha riferito in merito alle consultazioni che ha svolto - in conformità dei trattati - sulle altre nomine per il prossimo ciclo istituzionale. Il Consiglio europeo ha tenuto un primo dibattito in tal senso e ha convenuto di tornare sulla questione in vista di una decisione finale in una riunione straordinaria che si terrà il 30 agosto.

3. La nuova Commissione sarà nominata dal Consiglio europeo a seguito del voto di approvazione del Parlamento europeo sul presidente, l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e gli altri membri della Commissione, considerati collettivamente.

II. Relazioni esterne

Ucraina

4. Ricordando le dichiarazioni dei capi di Stato o di governo sull'Ucraina del 6 marzo e 27 maggio e le sue conclusioni del 21 marzo e del 27 giugno, il Consiglio europeo sottolinea ancora una volta il suo sostegno a una soluzione pacifica della crisi in Ucraina, e in particolare la pressante necessità che sia concordato da tutte le parti un cessate il fuoco effettivo e sostenibile onde creare le condizioni

* 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.).

necessarie all'attuazione del piano di pace del presidente Poroshenko. Il Consiglio europeo sostiene gli sforzi diplomatici dell'Ucraina, della Federazione russa, della Francia e della Germania, nonché la dichiarazione congiunta di Berlino del 2 luglio. (*Omissis*)

6. Il Consiglio europeo si rammarica del fatto che le iniziative richieste, contenute nelle sue conclusioni del 27 giugno, non siano state adeguatamente intraprese. Di conseguenza, il Consiglio europeo conviene di estendere le misure restrittive per includere le entità, comprese quelle della Federazione russa, che stanno sostenendo, materialmente o finanziariamente, azioni che compromettono o minacciano la sovranità, l'integrità territoriale e l'indipendenza dell'Ucraina. (*Omissis*) Gli Stati membri dell'Unione europea coordineranno le loro posizioni in seno al consiglio d'amministrazione della BERS in vista di sospendere anche i finanziamenti di nuove operazioni. Infine, il Consiglio europeo invita la Commissione a riesaminare i programmi di cooperazione UE-Russia allo scopo di decidere, caso per caso, sulla sospensione dell'attuazione dei programmi bilaterali e regionali di cooperazione dell'UE. Saranno tuttavia mantenuti i progetti che si occupano esclusivamente della cooperazione transfrontaliera e della società civile. (*Omissis*)

Gaza

10. Il Consiglio europeo sta seguendo con grande preoccupazione il perpetuarsi delle violenze in Israele e a Gaza. Il Consiglio europeo condanna il lancio di razzi da Gaza su Israele e gli attacchi indiscriminati contro i civili. Israele ha il diritto di proteggere la sua popolazione da questo tipo di attacchi. Nel farlo deve agire in maniera proporzionata e assicurare sempre la protezione dei civili. Deplorea la perdita di vite innocenti e l'elevato numero di civili feriti nella striscia di Gaza in seguito alle operazioni militari israeliane ed è profondamente preoccupato per il rapido e drammatico deterioramento della situazione umanitaria. Il Consiglio europeo invita ambo le parti ad allentare la situazione, porre fine alla violenza e alle sofferenze delle popolazioni civili, in particolare consentendo l'accesso all'assistenza umanitaria, e a ritornare alla calma. Il Consiglio europeo si compiace degli sforzi in atto profusi dai partner regionali, e in particolare dell'iniziativa avviata dall'Egitto, per il raggiungimento del cessate il fuoco e invita Hamas ad accettarlo. L'Unione europea è pronta a fornire l'aiuto necessario a tal fine. L'Unione europea continua a chiedere la piena attuazione della risoluzione 1860 (2009) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. (*Omissis*)

Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo, 30 agosto 2014**

I. Il prossimo ciclo istituzionale

1. Alla luce delle consultazioni condotte dal presidente del Consiglio europeo, oggi il Consiglio europeo ha adottato, in conformità dei trattati, le seguenti decisioni.

2. Il Consiglio europeo ha eletto Donald Tusk presidente del Consiglio europeo per il periodo dal 1° dicembre 2014 al 31 maggio 2017¹. Ha chiesto al segretario generale del Consiglio di assistere il presidente eletto del Consiglio europeo nel periodo di transizione.

3. Il Consiglio europeo ha nominato, con l'accordo del presidente eletto della Commissione, Federica Mogherini alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza per il periodo che va dalla scadenza dell'attuale mandato della Commissione fino al 31 ottobre 2019². (*Omissis*)

II. Questioni economiche

7. Nonostante miglioramenti di rilievo delle condizioni dei mercati finanziari e gli sforzi strutturali compiuti dagli Stati membri, la situazione economica e occupazionale in Europa desta notevoli preoccupazioni. Nelle ultime settimane i dati economici hanno confermato che la ripresa, in particolare nella zona euro, è debole, l'inflazione straordinariamente bassa e la disoccupazione inaccettabilmente elevata. In questo contesto, il Consiglio europeo ricorda le proprie conclusioni del 27 giugno 2014 riguardo al semestre europeo, nonché l'accordo da esso raggiunto in merito a un'agenda strategica fortemente incentrata su occupazione, crescita e competitività. Il Consiglio europeo sollecita rapidi progressi nell'attuazione di tali orientamenti. A tal fine invita il Consiglio a valutare la situazione

** 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.).

¹ Decisione del Consiglio europeo che elegge il presidente del Consiglio europeo (EUCO 144/14).

² Decisione del Consiglio europeo che nomina l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (EUCO 146/14).

socioeconomica e a cominciare a lavorare su questi temi senza indugio. Il Consiglio europeo si rallegra inoltre dell'intenzione espressa dal governo italiano di organizzare, nel mese di ottobre, una conferenza a livello di capi di Stato o di governo sull'occupazione, in particolare l'occupazione giovanile, sulla scorta di quelle tenutesi a Berlino e a Parigi. In autunno il Consiglio europeo affronterà a sua volta la situazione economica e verrà convocato un vertice euro specifico.

III. Relazioni esterne

Ucraina

8. Ricordando le dichiarazioni dei capi di Stato o di governo sull'Ucraina del 6 marzo e del 27 maggio e le sue conclusioni del 21 marzo, 27 giugno e 16 luglio, il Consiglio europeo continua a essere estremamente preoccupato per i combattimenti in corso e sempre più intensi che si registrano nell'Ucraina orientale e a condannare fermamente l'annessione illegale della Crimea. Condanna i crescenti afflussi di combattenti e armi dal territorio della Federazione russa all'Ucraina orientale, nonché l'aggressione delle forze armate russe sul suolo ucraino. Invita la Federazione russa a ritirare immediatamente tutti i suoi mezzi e le sue forze militari dall'Ucraina. L'Unione europea ribadisce l'urgente necessità di una soluzione politica sostenibile basata sul rispetto della sovranità, dell'integrità territoriale, dell'unità e dell'indipendenza dell'Ucraina. (*Omissis*)

12. Il Consiglio europeo mantiene il suo impegno nel monitoraggio e nella valutazione delle misure restrittive adottate dall'Unione europea ed è pronto ad adottare importanti ulteriori provvedimenti, alla luce dell'evoluzione della situazione sul campo. Chiede alla Commissione di avviare con urgenza lavori preparatori, congiuntamente con il SEAE e di presentare proposte a fini di esame entro una settimana. Chiede alla Commissione di inserire nella sua proposta una disposizione sulla base della quale le persone e le istituzioni che trattino con i gruppi separatisti nel Donbass siano inserite nell'elenco.

Iraq/Siria

14. Il Consiglio europeo è profondamente costernato per il deterioramento delle condizioni di sicurezza e della situazione umanitaria in Iraq e in Siria a seguito dell'occupazione di parti del loro territorio messa in atto dallo "Stato islamico dell'Iraq e del Levante (ISIL)". Il Consiglio europeo esprime profondo sgo-mento e condanna con fermezza le uccisioni indiscriminate e le violazioni dei diritti umani perpetrate da questa ed altre organizzazioni terroristiche, in particolare nei confronti di minoranze cristiane e altre minoranze religiose ed etniche, che dovrebbero far parte di un nuovo, democratico Iraq, e dei gruppi più vulnerabili. I responsabili di tali crimini dovranno rispondere delle loro azioni. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'azione coordinata dei paesi della regione per contrastare queste minacce. Esorta tutti i leader iracheni a formare un governo realmente inclusivo come prima risposta politica alla crisi attuale ed è pronto a sostenere il governo dell'Iraq nel perseguire le riforme necessarie.

15. L'instabilità in Siria, causata dalla guerra brutale del regime di Assad contro il proprio popolo, ha consentito all'ISIL di prosperare. Una soluzione duratura richiede urgentemente una transizione politica in Siria.

16. Il Consiglio europeo invita tutte le parti del conflitto in Siria a rispettare il mandato della Forza di disimpegno degli osservatori delle Nazioni Unite e a garantire la sicurezza e la libertà di movimento delle truppe ONU, comprese quelle degli Stati membri dell'UE, e condanna i recenti attacchi alla Forza e la detenzione di alcuni suoi membri. (*Omissis*)

Gaza

19. Il Consiglio europeo saluta con favore l'accordo di cessate il fuoco raggiunto sotto l'egida delle autorità egiziane. Esorta ambo le parti a rispettarlo pienamente e a proseguire i negoziati tesi ad un miglioramento radicale delle condizioni di vita per il popolo palestinese nella striscia di Gaza mediante la revoca del regime di chiusura di Gaza e alla cessazione della minaccia che Hamas ed altri gruppi militanti a Gaza rappresentano per Israele. È opportuno che ciò sia accompagnato da un'attività di monitoraggio e di verifica internazionale per garantire la piena attuazione di un accordo globale. Tutti i gruppi terroristici a Gaza devono deporre le armi. (*Omissis*)

20. Il Consiglio europeo ribadisce la disponibilità dell'Unione europea a contribuire ad una soluzione globale e sostenibile che rafforzi la sicurezza, il benessere e la prosperità sia dei palestinesi sia degli israeliani.

21. Soltanto un accordo definitivo basato sulla soluzione dei due Stati porterà pace e stabilità durature. Il Consiglio europeo esorta pertanto ambo le parti a riprendere i negoziati a tal fine. La striscia di Gaza deve essere inclusa nel futuro Stato di Palestina.

Libia

22. Il Consiglio europeo condanna con fermezza l'intensificazione degli scontri in Libia, in particolare gli attentati contro zone residenziali, istituzioni pubbliche, strutture e infrastrutture critiche. (*Omissis*)

Ebola

26. Il Consiglio europeo esprime preoccupazione per la crisi causata dal virus Ebola in Africa e sottolinea l'importanza della fornitura, da parte della comunità internazionale nel suo insieme, di un supporto significativo coordinato ai paesi della regione, alle ONG e all'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) per aiutarli ad affrontare la malattia il più rapidamente ed efficacemente possibile. (*Omissis*)

DOCUMENTAZIONE

RICONOSCIMENTO DEL CONSORZIO DI TUTELA DEL SALAME DI FELINO IGP PER L'INFORMAZIONE, LA PROMOZIONE, LA VALORIZZAZIONE DELLA DENOMINAZIONE IGP

Decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali del 19 giugno 2014 - Riconoscimento del Consorzio di Tutela del Salame Felino IGP e attribuzione dell'incarico di svolgere le funzioni di cui all'art. 14, comma 15, della legge 21 dicembre 1999, n. 526 per la IGP «Salame Felino»*

Il Direttore generale per la promozione della qualità agroalimentare e dell'ippica

Visto il Regolamento (Ce) n. 1151/2012 del Consiglio del 21 novembre 2012 relativo ai regimi di qualità dei prodotti agricoli ed alimentari;

Visto le premesse sulle quali è fondato il predetto Regolamento (Ce) n. 1151/2012 ed, in particolare, quelle relative alle esigenze dei consumatori che, chiedendo qualità e prodotti tradizionali, determinano una domanda di prodotti agricoli o alimentari con caratteristiche specifiche riconoscibili, in particolare modo quelle connesse all'origine geografica;

Considerato che tali esigenze possono essere soddisfatte dai consorzi di tutela che, in quanto costituiti dai soggetti direttamente coinvolti nella filiera produttiva, hanno un'esperienza specifica ed una conoscenza approfondita delle caratteristiche del prodotto;

Vista la legge 21 dicembre 1999, n. 526, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea

* In *Guri* n. 156 dell'8 luglio 2014. In argomento v. *infra*, p. 487, la nota di *FAUSTO CAPELLI*.

- legge comunitaria 1999;

Visto l'art. 14 della citata legge 21 dicembre 1999, n. 526, ed in particolare il comma 15, che individua le funzioni per l'esercizio delle quali i Consorzi di tutela delle DOP, delle IGP e delle STG possono ricevere, mediante provvedimento di riconoscimento, l'incarico corrispondente dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali;

Visti i decreti ministeriali 12 aprile 2000, pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 97 del 27 aprile 2000, recanti «Disposizioni generali relative ai requisiti di rappresentatività dei Consorzi di tutela delle denominazioni di origine protette (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP)» e «Individuazione dei criteri di rappresentanza negli organi sociali dei Consorzi di tutela delle denominazioni di origine protette (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP)», emanati dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali in attuazione dell'art. 14, comma 17, della citata legge n. 526/1999;

Visto il decreto 12 settembre 2000, n. 410 pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 9 del 12 gennaio 2001 - con il quale, in attuazione dell'art. 14, comma 16, della legge n. 526/1999, è stato adottato il regolamento concernente la ripartizione dei costi derivanti dalle attività dei consorzi di tutela delle DOP e delle IGP incaricati dal Ministero;

Visto il decreto 12 ottobre 2000 pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 272 del 21 novembre 2000 - con il quale, conformemente alle previsioni dell'art. 14, comma 15, lettera d) sono state impartite le direttive per la collaborazione dei consorzi di tutela delle DOP e delle IGP con l'Ispettorato centrale repressione frodi, ora Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF), nell'attività di vigilanza;

Visto il decreto 10 maggio 2001, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 134 del 12 giugno 2001 - recante integrazioni ai citati decreti del 12 aprile 2000;

Visto il decreto legislativo 19 novembre 2004, n. 297, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 293 del 15 dicembre 2004 - recante «Disposizioni sanzionatorie in applicazione del Regolamento (Cee) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari»;

Visto il decreto 4 maggio 2005, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 112 del 16 maggio 2005 - recante integrazione ai citati decreti del 12 aprile 2000;

Visto il decreto 4 maggio 2005, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* - serie generale - n. 112 del 16 maggio 2005 - recante modalità di deroga all'art. 2 del citato decreto del 12 aprile 2000, recante disposizioni generali relativi ai requisiti di rappresentatività per il riconoscimento dei consorzi di tutela delle DOP e delle IGP;

Visto il decreto 5 agosto 2005, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Re-*

pubblica italiana - serie generale - n. 191 del 18 agosto 2005 - recante modifica al citato decreto del 4 maggio 2005;

Visto il decreto dipartimentale n. 7422 del 12 maggio 2010 recante disposizioni generali in materia di verifica delle attività istituzionali attribuite ai Consorzi di tutela ai sensi dell'art. 14, comma 15, della legge 21 dicembre 1999, n. 526;

Visto il Regolamento (Ue) n. 186 della Commissione del 5 marzo 2013, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* L. 62 del 6 marzo 2013 con il quale è stata registrata la indicazione geografica protetta «Salame Felino»;

Vista l'istanza presentata in data 28 marzo 2013 dal Consorzio di tutela del Salame Felino IGP, con sede legale in Parma, Strada al Ponte Caprazucca 6/a, intesa ad ottenere il riconoscimento dello stesso ad esercitare le funzioni indicate all'art. 14, comma 15, della citata legge n. 526/1999;

Verificata la conformità dello statuto del consorzio predetto alle prescrizioni di cui ai sopra citati decreti ministeriali;

Considerato che la condizione richiesta dall'art. 5 del decreto 12 aprile 2000 sopra citato, relativo ai requisiti di rappresentatività dei Consorzi di tutela, è soddisfatta in quanto il Ministero ha verificato che la partecipazione, nella compagine sociale, dei soggetti appartenenti alla categoria «imprese di lavorazione» nella filiera preparazione di carni individuata all'art. 4, lettera f) del medesimo decreto, rappresentano almeno i 2/3 della produzione controllata dall'Organismo di controllo nel periodo significativo di riferimento. Tale verifica è stata eseguita sulla base delle dichiarazioni presentate dal consorzio richiedente e delle attestazioni rilasciate dall'organismo di controllo ECEPA autorizzato a svolgere le attività di controllo sulla indicazione geografica protetta «Salame Felino»;

Ritenuto pertanto necessario procedere al riconoscimento del Consorzio di tutela del Salame Felino IGP al fine di consentirgli l'esercizio delle attività sopra richiamate e specificatamente indicate all'art. 14, comma 15, della legge n. 526/1999;

Decreta:

Articolo 1

1. Il Consorzio di tutela del Salame Felino IGP è riconosciuto ai sensi dell'art. 14, comma 15, della legge 21 dicembre 1999, n. 526 ed è incaricato di svolgere le funzioni previste dal medesimo comma, sulla IGP «Salame Felino» registrata con Regolamento (Ue) n. 186 della Commissione del 5 marzo 2013, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* L. 62 del 6 marzo 2013.

Articolo 2

1. Lo statuto del Consorzio di tutela del Salame Felino IGP, con sede in Parma Strada al Ponte Caprazucca n. 6/a, è conforme alle prescrizioni di cui all'art. 3 del decreto 12 aprile 2000, recante disposizioni generali relative ai requisiti di rappresentatività dei consorzi di tutela delle denominazioni di origine

protette (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP).

2. Gli atti del consorzio, dotati di rilevanza esterna, contengono gli estremi del presente decreto di riconoscimento sia al fine di distinguerlo da altri enti, anche non consortili, aventi quale scopo sociale la tutela dei propri associati, sia per rendere evidente che lo stesso è l'unico soggetto incaricato dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali allo svolgimento delle funzioni di cui al comma 1 per la IGP «Salame Felino».

Articolo 3

1. Il Consorzio di tutela di cui all'art. 1 non può modificare il proprio statuto e gli eventuali regolamenti interni senza il preventivo assenso del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.

Articolo 4

1. Il Consorzio di tutela di cui all'art. 1 può coadiuvare, nell'ambito dell'incarico conferitogli, l'attività di autocontrollo svolta dai propri associati e, ove richiesto, dai soggetti interessati all'utilizzazione della IGP «Salame Felino» non associati, a condizione che siano immessi nel sistema di controllo dell'organismo autorizzato.

(Omissis)

Articolo 6

1. L'incarico conferito con il presente decreto ha durata di tre anni a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione del decreto nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*.

2. L'incarico di cui all'art. 1 del presente decreto, che comporta l'obbligo delle prescrizioni previste nel presente decreto, può essere sospeso con provvedimento motivato e revocato ai sensi dell'art. 7 del decreto 12 aprile 2000 recante disposizioni generali relative ai requisiti di rappresentatività dei Consorzi di tutela delle denominazioni di origine protette (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP).

Il presente decreto è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* ed entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

(Omissis)

VALORIZZAZIONE DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI ITALIANI TIPICI E TRADIZIONALI*

Sommario: **I.** *Due parole sui prodotti agroalimentari di qualità con denominazione protetta e con riconoscimenti nazionali e regionali* - **II.** *Aspetti economici* - **III.** *Promozione dei prodotti nei punti di ingresso (aeroporti, porti, stazioni ferroviarie etc.)* - **IV.** *Finanziamenti pubblici.*

I. Due parole sui prodotti agroalimentari di qualità con denominazione protetta e con riconoscimenti nazionali e regionali

1. Questi prodotti hanno la caratteristica di essere collegati al territorio di provenienza tramite la denominazione di riferimento. La denominazione è riservata al prodotto indipendentemente dall'impresa che lo produce (mentre il marchio commerciale tutela espressamente l'impresa e i suoi prodotti). L'acquirente di un prodotto con denominazione di origine non conosce l'impresa che lo produce (ad esempio non conosce il produttore della porzione di Parmigiano Reggiano o di Prosciutto di Parma che egli acquista).

2. È una tradizione europea (Francia/Italia) che parte dai vini/legati al territorio.

3. In America, Australia, Canada si privilegiano invece i marchi (senza riferimento al territorio).

4. A causa del successo ottenuto sui mercati internazionali, le denominazioni protette di origine italiana (e di altri Paesi europei) vengono imitate.

5. La tutela delle denominazioni è garantita in Europa mediante le registrazioni effettuate a Bruxelles. Una tutela analoga è invece assente in sede internazionale.

* Sintesi dell'intervento al Convegno su «Valorizzazione economica e tutela giuridica dei prodotti agro-alimentari italiani in europa e nel mondo», organizzato dall'Ordine degli avvocati di Milano, svoltosi il giorno 25 ottobre 2013 a Milano, Palazzo di Giustizia.

6. Grazie al diritto europeo sono state quindi vinte le cause nelle controversie contro i produttori esteri di Parmesan/Parmetta, Parmeso e di altri prodotti di imitazione.

II. Aspetti economici

1. In Italia, il primo vantaggio dell'impiego delle denominazioni è per il settore agricolo: ad esempio il 50% del latte italiano è impiegato per produrre formaggi di pasta dura (Parmigiano Reggiano, Grana Padano, Asiago etc.), il 30% per formaggi a pasta molle (gorgonzola, mozzarelle etc.) e il 20% per latte da bere e per altri usi. Senza le denominazioni protette, il latte italiano non troverebbe impiego in Italia, perché costa 30-40% in più del latte di importazione. Con le denominazioni deve invece obbligatoriamente essere utilizzato latte italiano proveniente dalle aree protette.

2. Le denominazioni protette sono strumenti di penetrazione dei mercati esteri (diffusione del nome/notorietà). Si può quindi approfittare della notorietà dei prodotti di imitazione per intervenire sugli stessi mercati pubblicizzando i prodotti autentici.

3. Le denominazioni protette sono anche strumenti di attrazione dei turisti-consumatori sui luoghi di produzione e stimolano altresì lo sviluppo rurale. Un formaggio, un prosciutto che prende il nome da un'area geografica determinata, la valorizza con un elemento di pregio che resta impresso nella memoria del consumatore. Accanto ai prodotti agricoli si possono pertanto promuovere anche quelli artigianali/culturali mediante manifestazioni appositamente organizzate.

III. Promozione dei prodotti nei punti di ingresso (aeroporti, porti, stazioni ferroviarie etc.)

I. Sistemi di promozione

Considerato l'enorme aumento del turismo internazionale nei prossimi anni (EXPO 2015 etc.), se i punti di ingresso dei turisti devono diventare le vetrine di questi prodotti (e di altri con origine locale), occorre pensare alle alleanze tra:

- a. Consorzi dei produttori dei prodotti tipici;
- b. Associazioni delle imprese di prodotti alimentari / Federalimentare;
- c. Istituzioni (*Regioni, Province, Comuni*);
- d. Enti (*Camere di Commercio, Organizzazioni agricole, Associazioni commerciali, etc.*);
- e. Organizzazioni aeroportuali che si occupano dei servizi.

2. *Modalità di promozione*

a. Il nome di un prodotto alimentare legato ad una zona di origine che rimane impresso nella mente del consumatore può evocare ricordi non solo legati alla gastronomia.

b. Si potrebbero quindi mettere a punto particolari forme di presentazione dei prodotti negli stessi aeroporti e negli altri punti di ingresso dei turisti

c. Ci sono prodotti che vantano citazioni in celebri capolavori della letteratura mondiale: cfr. Parmigiano-Reggiano (*Boccaccio, Molière, Stevenson*: Isola del Tesoro, *Tolstoj*: Anna Karenina, *Rablais*, etc.). Si potrebbe pensare alla presentazione dei prodotti (con degustazione) attraverso la copia anastatica del passo originale del libro con tutte le traduzioni che stanno intorno.

d. La stessa "Alitalia" potrebbe avvalersi di tali apporti per acquisire passeggeri.

e. Esistono inoltre Consorzi ed Associazioni di imprese che organizzano premi destinati ai migliori produttori di un determinato prodotto. Si può pensare di organizzare, di tanto in tanto, le manifestazioni anche negli aeroporti.

f. Occorre infine, ricordarsi della dieta mediterranea (scoperta da un americano: *Ancel Keys*) che è divenuta Patrimonio immateriale dell'UNESCO. Si può quindi pubblicizzare i prodotti alimentari italiani non solo per le loro qualità gastronomiche, ma anche per le loro proprietà salutistiche.

g. In considerazione della rilevanza dei risultati che si possono ottenere valorizzando i prodotti agroalimentari italiani tipici e tradizionali, occorre pertanto proteggere le loro denominazioni sotto il profilo giuridico. Poiché le denominazioni di tali prodotti sono circa 4500 in tutta Italia e di queste soltanto 230 (circa) vengono protette in sede europea come DOP e IGP, occorre provvedere alla difesa delle altre con strumenti nazionali. Tale difesa risulta ostacolata dalla sentenza della Corte di giustizia emessa l'8 settembre 2009 nella causa *Bud II* (n. C-478/07), nella quale la Corte di giustizia ha riservato in via esclusiva all'Unione europea il potere di registrare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche di provenienza dei prodotti agroalimentari. Si tratta di una sentenza, a mio avviso, sbagliata come ho cercato di dimostrare nel commento pubblicato in questa *Rivista*, 2010, p. 401 ss. Se non si consente agli Stati membri di proteggere, registrandole in sede nazionale, le denominazioni che non hanno una grande diffusione al di fuori delle zone di produzione, sarà impossibile tutelarle in futuro, perché l'Unione europea, che ha impiegato venti anni per registrare 230 (circa) denominazioni italiane, non riuscirà mai a tutela-

re le rimanenti 4250, le quali resteranno pertanto prive di tutela. Senza contare che la registrazione in sede europea di denominazioni relative a prodotti di scarsa diffusione, rischia di inflazionarne il numero con il risultato di banalizzarle. Se si tratta di assicurare una qualche notorietà a prodotti tipici e tradizionali di scarsa diffusione, dopo averle registrate in sede nazionale si potrebbe comunque pubblicizzarle tramite un registro europeo. Nel caso in cui, con l'andare del tempo, una denominazione registrata in sede nazionale dovesse avere una diffusione più ampia al di fuori della regione di produzione, si potrebbe sempre registrarla successivamente in sede europea. (Per un approfondimento su tali tematiche v. F. CAPELLI, *Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari sotto il profilo giuridico: riflessioni sulla riforma della disciplina dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2011, p. 789 ss.).

IV. Finanziamenti pubblici

1. Per le iniziative sopra indicate, oltre alla partecipazione degli operatori interessati (Consorzi, singoli produttori, Associazioni, etc.) è possibile chiedere l'intervento finanziario pubblico.

2. Il finanziamento pubblico può provenire:

- a. dall'Unione europea (Regolamenti n. 3/2008 e n. 501/2008);
- b. dai Ministeri;
- c. dalle Regioni;
- d. dalle Province;
- e. dai Comuni;
- f. dalle Camere di commercio.

Si potrebbe quindi preparare, insieme ai Consorzi dei produttori interessati, idonei progetti in grado di ottenere finanziamenti adeguati.

Fausto Capelli

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

NOTERELLE SPARSE SULLA TEORIA DEI CONTRO-LIMITI, SUL PROCURATORE EUROPEO, SULLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

Come vorrebbero la parola e il significato del termine inglese di «discussant», sono chiamato a giocare qui il ruolo, si potrebbe dire socratico, di colui che provoca il «dialogo», o se si vuole, del «maieutico».

Comincerò anzitutto col rispondere, fuori dallo schema previsto per il mio intervento, all'interessante questione sollevata dalla presidente Elena Paciotti e dal professor Zagrebelsky sulla c.d. teoria dei contro-limiti. Seguiranno poi, secondo quanto mi è stato richiesto, alcune osservazioni sul ruolo che il Trattato di Lisbona ha affidato all'istituendo Procuratore europeo, le cui funzioni sono al centro dell'odierno dibattito istituzionale e dottrinale sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

In merito al primo punto, va premesso che la detta teoria dei contro-limiti presenta effetti diversi secondo che essa venga riferita alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) o alle norme che scaturiscono dall'ordinamento dell'Unione europea, in quanto norme adottate dalle sue istituzioni nell'esercizio delle loro competenze.

Sotto il primo profilo, ricordo che la CEDU è un tipico atto di diritto internazionale il cui contenuto pattizio non comporta nessun trasferimento di sovranità a favore di istituzioni sovranazionali che diano a loro volta vita ad un ordinamento giuridico distinto da quello di ciascuno degli Stati che vi

* Relazione presentata alla Conferenza internazionale organizzata dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco su: «La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo» svoltasi a Roma nei giorni 12-14 giugno 2013. La raccolta degli atti è disponibile in lingua italiana e inglese ed è reperibile sul sito internet www.fondazionebasso.it. Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

aderiscono. Le norme della Convenzione di Roma, analoghe in buona sostanza e in molti casi a quelle già esistenti nei singoli ordinamenti degli Stati che ne fanno parte, sono infatti norme «esterne» a quest'ultimi (proprio perché di carattere pattizio), e in questo senso «naturalmente sussidiarie», perché intervengono solo in aggiunta a quelle interne e solo nel caso in cui quest'ultime non abbiano già provveduto ad assicurare la corrispondente tutela. Queste essendo le caratteristiche delle norme CEDU, ne consegue che dette disposizioni non possono avere l'effetto (primo contro-limite) di rendere *ipso jure* inoperanti le norme nazionali eventualmente con esse incompatibili – e che il giudice nazionale è invece tenuto ad applicare –, a meno che tale giudice non sollevi (secondo contro-limite) un dubbio di costituzionalità della norma nazionale davanti alla Corte costituzionale.

Diversa è invece la situazione rispetto alle norme delle istituzioni dell'Unione europea.

Va detto anzitutto che l'Unione europea, come le diverse Comunità che l'hanno preceduta nel tempo, è un «vero» ordinamento giuridico che, per le sue origini politico-istituzionali e per le sue finalità, non è stato concepito come un «complesso normativo», esterno agli Stati che lo compongono e che si sarebbe dovuto aggiungere agli arsenali normativi già esistenti in quest'ultimi, bensì come un ordinamento giuridico autonomo e al tempo stesso comune agli Stati di esso fondatori. Un ordinamento, perciò, destinato ad «integrarsi» sempre di più con quest'ultimi, nel quadro di un nuovo e progressivo riparto di competenze normative, giurisdizionali e amministrative, rispetto al quale le norme giuridiche dell'uno (ordinamento dell'Unione) hanno carattere prevalente su quelle degli ordinamenti ad esso interni (Stati membri). Norme quindi, quelle scaturite dall'ordinamento dell'Unione, non pattizie, come quelle della CEDU, ma «comunitarie», che oltre ad essere, come detto, prevalenti (per il principio della «*primauté*» del diritto dell'Unione: vedi sentenza *Costa c. Enel*), possono anche attribuire, nelle materie divenute di competenza dell'Unione, diritti e obblighi soggettivi che entrano – in quanto tali – direttamente a far parte del patrimonio giuridico di ciascuno dei cittadini di detti Stati, diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti in ogni caso a salvaguardare, (per il principio dell'«*efficacia diretta*» del diritto dell'Unione: vedi sentenza *Van Gend & Loos*), con il solo vincolo, se del caso, dell'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia.

L'applicazione della teoria dei contro-limiti a questo nuovo contesto ordinamentale, potremmo dire di «integrazione rafforzata a seguito di progressive cessioni di sovranità», appare, allora, come un esercizio teorico o se si vuole come un'affermazione in "contro-senso", soprattutto dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, i cui precetti di garanzia

vincolano direttamente tutte le istituzioni dell'Unione che esercitano le sue competenze, siano esse politiche, legislative, amministrative o giurisdizionali.

Invero, dal momento in cui, per attribuire all'Unione nuove responsabilità legislative o di governo (o rafforzare quelle che già essa ha assunto), gli Stati membri cedono a quest'ultima parte delle loro competenze sovrane – competenze che l'Unione esercita, attraverso le sue istituzioni, almeno con lo stesso *quantum* di sovranità di cui godevano gli Stati membri prima di dette cessioni –, si è in realtà creato un preciso limite proprio all'azione autonoma e individuale di ciascuno Stato membro (vedi ancora sentenza *Costa c. Enel* in cui si parla precisamente di «impossibilità per gli Stati membri di far prevalere, contro un ordinamento da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore»). Infatti, «scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità». E se così è, non si possono allora reintrodurre successivamente, attraverso peraltro prese di posizione giurisprudenziali formulate solo in taluni degli Stati membri, dei «contro-limiti» all'efficacia, in sede nazionale, delle norme dell'Unione, perché le competenze nazionali di cui si tratta sono state cedute all'Unione e alle sue istituzioni in via «definitiva» – precisò ancora la Corte nella sentenza *Costa c. Enel* –, o con la ferma intenzione che così dovesse essere¹. Né ci si può poi, per così dire, "pentire" di aver effettuato dette cessioni e contrapporre loro un successivo controllo giurisdizionale nazionale di merito sugli atti di un ordinamento così voluto, proprio perché, per dirla con la forza poetica di Dante,

*«né pentere e volere insieme puossi
per la contraddizion che nol consente».*

¹ Certo, si potrebbe obiettare che, dopo il Trattato di Lisbona, l'art. 48, par. 2, TUE prevede una nuova clausola, quella di "riduzione", secondo la quale i progetti di modifica dei Trattati possono essere intesi «ad accrescere [ma anche] (...) a ridurre le competenze attribuite all'Unione». Al di là della valenza a mio avviso prevalentemente "politica" di detta clausola, ritengo che, sul piano sostanziale, il suo significato non possa essere che quello di consentire la restituzione agli Stati di quelle competenze che, dopo il raggiungimento dei corrispondenti obiettivi da parte dell'Unione, non appare più necessario esercitare a livello europeo. Detta comprensione della "clausola di riduzione" è peraltro confortata anche dal testo di cui all'art. 2, TFUE, in materia appunto di competenze dell'Unione, e in particolare dal dispositivo di cui al par. 2, relativo alle competenze «concorrenti», in cui si precisa che «Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria». Il citato passaggio, quanto mai decisivo, della sentenza *Costa c. Enel* rimane quindi, ancora oggi, pienamente condivisibile e d'attualità, nel senso che la limitazione dei diritti sovrani voluta dagli Stati membri a favore dell'Unione è definitiva fintantoché gli obiettivi ad essa corrispondenti non siano stati realizzati.

È peraltro evidente che le norme dell'Unione, proprio perché prevalenti su quelle interne e suscettibili di avere efficacia diretta, non sono essenti (e mai lo sono state) da un controllo giurisdizionale di legalità. Le istituzioni dell'Unione che, nell'esercizio delle competenze loro cedute, non rispettassero determinate regole fondamentali (ad esempio, legiferando, per usare un neologismo, "*ultra ceduta*" o in violazione di principi fondamentali), non sono affatto *juribus solutae*. Anzi, proprio a tal fine, gli Stati fondatori, introducendo forse uno dei segni che più fortemente contraddistinsero la Comunità dalle tradizionali forme delle organizzazioni intergovernative di quei tempi, affidarono tale compito alla Corte di giustizia, cioè ad un giudice che è funzionale proprio a detto nuovo ordinamento, in quanto assicura, *erga omnes*, «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19 TUE).

Certo, con questo non intendo dire che i trattati abbiano voluto escludere ogni possibilità d'intervento della giurisdizione costituzionale di questo o quello Stato membro in materia di applicazione del diritto dell'Unione. Detta possibilità, tuttavia, non opera come "contro-limite" all'efficacia delle norme europee, ma semmai come "valore-aggiunto" all'attività di controllo sulla validità (o compatibilità) di dette norme, attività affidata in via primaria – per non dire esclusiva – alla Corte di giustizia. Purché, beninteso, detta Corte sia stata debitamente investita di questa funzione vuoi direttamente (tramite ricorso da parte di chi ne ha diritto, gli Stati membri *in primis*), vuoi attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale (quello costituzionale incluso) chiamato ad applicare una norma europea della cui validità egli dubiti. Un "valore", peraltro, che, dopo il riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione diventa, per così dire, meno "aggiuntivo", proprio in ragione della diretta vincolatività delle disposizioni di detta Carta nei confronti di tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

Chiudo così questa prima "noterella socratica", ricordando che comunque, in virtù dell'attuale art. 4 del Trattato di Lisbona, «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». Orbene, nell'introdurre questa nuova disposizione, gli Stati membri dell'Unione, che dei Trattati europei sono appunto gli autori ma non anche i suoi esclusivi detentori (nel senso di "*masters of the Treaties*"), hanno voluto espressamente imporre all'Unione l'obbligo di rispettare, in qualunque fase dell'esercizio delle sue competenze, l'identità politica e "costituzionale" propria a ciascuno degli Stati membri che la compongono. Un obbligo che spetta ovviamente alla Corte di giustizia osservare e far osservare.

Vengo ora al tema del Procuratore europeo. Dico subito che, a mio pa-

rere, si tratta, almeno sul piano del diritto dell'Unione a me più familiare, di un organo (A) "europeo", (B) di carattere giurisdizionale (e quindi indipendente da vincoli legislativi nazionali e autonomo, nel senso che la sua azione rileva del solo ordinamento dell'Unione), e che il Trattato configura (C) come il solo mezzo possibile – a dimensione europea – per «individuare, perseguire e rinviare a giudizio», davanti ai competenti organi giurisdizionali nazionali, «gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti [i reati] dal regolamento (...)» che istituisce appunto detto organo (art. 86 TFUE)².

Ciò detto, una consistente dottrina, soprattutto penalistica, afferma che per poter procedere all'istituzione di un Procuratore europeo occorre anzitutto che ve ne sia la necessità e che quindi, fintantoché tale necessità non sia stata provata (il che, ricordo, avviene essenzialmente in sede di esame del principio di sussidiarietà, svolto in primo luogo dalla Commissione e, in secondo luogo, dai parlamenti nazionali), non mette conto parlare di tale organo. Comunque sia – osserva ancora tale dottrina – l'Unione non dispone, allo stato attuale del suo diritto, di una competenza penale diretta, cioè di una competenza che, al pari di quella dei legislatori nazionali, venga esercitata nel rispetto di quei requisiti minimi di legittimità democratica indispensabili per poter adottare una norma punitiva, a cominciare dal principio cardine di qualunque sistema di diritto penale, quello per cui *nullum crimen et nulla poena sine lege*. Ne consegue, secondo questa corrente di pensiero, che il Procuratore europeo non potrebbe che limitarsi ad "inter-agire" con i diversi Procuratori degli Stati membri, posto che l'Unione non può direttamente definire reati né adottare norme punitive europee.

Ma, allora, come rispondere poi all'obiezione che se spetta all'Unione europea – come dice l'art. 86 TFUE – far fronte a detti fenomeni criminosi, occorre allora coerentemente ammettere che la responsabilità per tutto quel che attiene necessariamente all'esercizio della corrispondente azione penale a dimensione europea (cioè «sovra-nazionale») rientra pure nell'ambito delle competenze dell'Unione. In un riparto di competenze siffatto, le autorità nazionali – quelle inquirenti come pure quelle di polizia –

² L'art. 86 TFUE così dispone:

«1. Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. [...]

2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri».

dovrebbero quindi agire e intervenire solo nel quadro di un rapporto di collaborazione esecutiva (vedi art. 4, par. 3, TUE) con il Procuratore europeo, quale esclusivo titolare dell'azione penale europea, e non in quanto destinatarie di poteri investigativi o di indagine europei ad esse delegati, ch  *delegata potestas non potest delegari*.

Ritengo, comunque, che in merito all'impostazione con cui viene affrontata questa problematica, ci sia forse un malinteso di fondo.

Il Procuratore europeo non   un *obiettivo* dell'Unione, bens  il *mezzo* europeo (e, secondo il Trattato di Lisbona, il solo mezzo) di cui pu  avvalersi l'Unione per realizzare il fine di lottare contro la criminalit  finanziaria europea, quella appunto di coloro che commettono "reati europei" lesivi degli interessi finanziari dell'Unione; quei reati, cio , che dovranno essere definiti dal Regolamento di cui al citato art. 86, par. 2, TFUE (e non sulla base dell'art. 325, par. 4, TFUE che prevede invece l'adozione di "*misure*" necessarie nei settori di prevenzione e lotta contro la frode a danno degli interessi finanziari) e che per dimensione, organizzazione e gravit  non possono ovviamente coincidere, alla lettera, con quelli nazionali gi  esistenti.

Per dirla in latino, la Procura europea   un organo giurisdizionale *certus an*, per quanto riguarda la configurazione, il ruolo e le competenze quali gi  definite nel testo dell'art. 86 TFUE, ma ancora *incertus quando*, relativamente cio  all'esatto momento della sua entrata in campo, momento legato infatti all'adozione, da parte delle istituzioni europee competenti, del Regolamento sulle sue modalit  di funzionamento.

La scelta di creare questo specifico organo, e non altri o con altre forme organizzative, appare quindi, allo stato delle cose, non pi  discutibile.

La circostanza poi che l'art. 86 TFUE affermi che per combattere detta criminalit  europea il Consiglio «pu  istituire una Procura europea a partire da Eurojust»³ (organo che, com'  noto esiste gi  dal febbraio 2002 e che ai sensi dell'art. 85 TFUE non esercita alcuna azione penale autonoma ma si limita solo a sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le diverse autorit  investigative nazionali), non significa che il Consiglio goda al riguardo di una piena discrezionalit . Una siffatta discrezionalit , invero, sarebbe comunque sindacabile direttamente dal Parlamento europeo e poi anche dalla Corte dei conti, quale istituzione europea chiamata, tra le altre competenze, ad assistere il Parlamento e il Consiglio, proprio quando dette istituzioni adottano, in forza dell'art. 325, par. 4, TFUE, «le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione»).

³ Corsivo aggiunto.

In termini di processo legislativo europeo, detta "potestas legiferandi" significa, se mai, che dal momento in cui è provato che gli interessi finanziari dell'Unione sono effettivamente pregiudicati da fenomeni fraudolenti transfrontalieri (il che è peraltro assodato da tempo), alla Commissione europea, quale istituzione cui l'art. 17 TUE affida il compito di presentare la proposta di ogni atto legislativo dell'Unione, non resta che sottoporre al Consiglio la bozza di regolamento ex art. 86 TFUE, e allo stesso Consiglio di proseguire poi il corrispondente *iter* legislativo speciale adottando il previsto Regolamento, previa appunto approvazione da parte del Parlamento.

Il che, nel frattempo, è avvenuto. Nel luglio 2013, infatti, la Commissione ha adottato il progetto di Regolamento in questione (COM/2013/0534 final). L'impianto organizzativo e il riparto di competenze tra Procura europea e procure nazionali appare già, ad una prima lettura, indulgere a favore delle sovranità investigative e giudicanti nazionali, finendo quasi per confondere ruoli e prerogative rispettive. Il Parlamento europeo, dal canto suo, ha adottato il 13 marzo 2014 una risoluzione legislativa incoraggiante ma critica al tempo stesso, imperniata piuttosto su condizioni dell'azione investigativa del procuratore europeo pienamente inquadrata nell'ordinamento dell'Unione e cui le autorità nazionali devono prestare la massima cooperazione possibile, senza però travalicare nella sua propria sfera di competenza.

E tuttavia, in sede di Consiglio si sono fatte via via sempre più consistenti, tra le altre, ipotesi come quella (a) di affiancare al Procuratore europeo *a College consisting of Members from participating Member States*, quella (b) di stabilire *a concurrent competence to investigate and prosecute against the financial interests of the Union for both the EPPO and national prosecution authorities* (l'azione di EPPO potendo in tali casi essere eventualmente prioritaria), e quella ancora (c) di creare all'interno di EPPO *Permanent Chambers*, cui affidare funzioni di controllo sull'azione degli investigatori.

L'impressione che se ne trae è allora quella di una Procura europea che si va configurando non quale organo d'indagine sovranazionale *a partire da Eurojust* (quindi quale organo di integrazione e non solo di cooperazione inter-giudiziaria com'è invece Eurojust), ma come uno strumento d'indagine rafforzato da ... *inserire in Eurojust!*

Sembra così riaccendersi al riguardo la discussione tra Stati membri, taluni reticenti alla costituzione di una procura europea (tra le altre cose perché considerata sussidiaria e non ancora necessaria), altri invece disposti, in una prima fase, a rafforzare le prerogative di Eurojust (una sorta di *Eurojust plus*, attualmente però non compatibile con i limiti fissati dall'art. 85 TFUE, posto che le funzioni di coordinamento e cooperazione di questo organo si riferiscono a fattispecie criminose e azioni penali che non

sono limitate alle frodi a danno dell'Unione), e altri Stati infine favorevoli alla creazione di una vera Procura europea anti-frode, come quella appunto di cui all'art. 86 TFUE.

In tale prospettiva, l'auspicio potrebbe essere quello che il nuovo Parlamento europeo eletto nel giugno 2014 e la nuova Commissione europea che s'insedierà nell'ottobre successivo, riportino il progetto sul Procuratore europeo su binari più consoni alle sue funzioni e al ruolo chiaramente affidatogli dagli autori del trattato di Lisbona.

Passo ora a tre brevi spigolature sui seguenti temi. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali: quando la Corte di Strasburgo bacchetta una suprema giurisdizione nazionale per non aver osservato l'obbligo di rinvio alla Corte di Lussemburgo. La seconda: OLAF e diritti fondamentali. La terza: la Procura europea e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

CEDU e Unione europea. Vorrei qui segnalare una recente sentenza della Corte di Strasburgo del 6 dicembre 2012, divenuta definitiva il 6 marzo 2013, nella causa, *Michaud c. France*, ricorso n. 12323/11. L'avvocato Michaud, ricorrente in detta causa, aveva contestato, per violazione dell'art. 8 CEDU (quello relativo alla tutela della vita privata e in particolare alla tutela della riservatezza nella corrispondenza), un provvedimento legislativo francese che imponeva agli avvocati l'obbligo di denunciare alle autorità nazionali o europee competenti (ad esempio OLAF), dubbie operazioni finanziarie compiute dal loro cliente, perché in odore di riciclaggio. Detta norma, peraltro, era stata adottata dal legislatore transalpino in attuazione della direttiva europea n. 60 del 2005, sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo. Nell'adire in ultima istanza il Conseil d'État, l'avvocato Michaud chiedeva a questa suprema giurisdizione amministrativa di rinviare alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, volta a sapere se detta norma francese fosse compatibile con le prevalenti norme dell'ordinamento dell'Unione e in particolare con la Carta dei diritti fondamentali che, nel frattempo, in forza dell'art. 6 TFUE, aveva assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati UE.

Il Consiglio di Stato francese respingeva il ricorso, ritenendo che la prescrizione in questione, pur teoricamente in contrasto con l'obbligo al segreto professionale cui l'avvocato è tenuto nei confronti del suo cliente, era giustificata dall'evidente, superiore esigenza di difesa dell'ordine pubblico e, in particolare, dalla prevenzione di crimini, come quello a dimensione transnazionale, del riciclaggio di denaro (attività che, ricordo, è oggi

uno dei «crimini europei» previsti specificatamente dall'art. 83 TFUE⁴). Il Conseil d'État non chiedeva tuttavia lumi alla Corte di giustizia, pur avendone l'obbligo in quanto giudice di ultima istanza (art. 267 TFUE).

La Corte di Strasburgo, adita successivamente dall'avvocato Michaud, confermava, per quanto riguarda la compatibilità della norma francese con i parametri della CEDU, il verdetto del Consiglio di Stato francese, sulla base peraltro delle stesse considerazioni di ordine pubblico fatte valere da quest'ultimo. Per giungere a tale conclusione, però, la Corte riteneva necessario affrontare, in particolare, la questione del se la c.d. «presunzione di protezione equivalente», tra norme CEDU e corrispondenti norme UE, fosse nel caso di specie applicabile (vedi sentenza nella causa *Bosphorus c. Irlanda* del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98). A tal riguardo, trattandosi non di un regolamento, come nel caso *Bosphorus*, bensì di una direttiva europea (cioè di un atto che vincola ciascuno Stato membro per quanto riguarda il risultato da raggiungere ma che lascia loro la libertà di scegliere i mezzi e le forme più consone per attuarlo), la Corte di Strasburgo osservava anzitutto che non essendoci stata da parte della Corte di giustizia alcuna verifica, né diretta né incidentale, sulla compatibilità dell'obbligo francese di delazione rispetto al diritto dell'Unione (com'era avvenuto nel caso *Bosphorus* nel quale la Corte suprema irlandese aveva invece puntualmente rivolto la pertinente questione pregiudiziale alla Corte di giustizia), non poteva scattare la presunzione di equivalenza di cui si è detto e che quindi essa era tenuta a verificare se detta norma francese (proprio perché presa in attuazione di una direttiva che, diversamente da un regolamento, lascia agli Stati un certo margine di discrezionalità legislativa) fosse o no compatibile con gli *standard* della Convenzione. E concludeva la sua verifica positivamente con l'affermazione, come già detto, di compatibilità di detta norma con l'art. 8 CEDU.

La Corte dei diritti dell'uomo non risparmiava, tuttavia, severe critiche all'indirizzo del Consiglio di Stato transalpino, colpevole di non aver ottemperato all'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia. Invero, dal punto di vista CEDU, la decisione "ribelle" del Conseil d'État di non consultare la Corte di Lussemburgo ha come conseguenza di privare i singoli, che come ha

⁴ L'art. 83 TFUE, così dispone: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata».

ricordato in detta sentenza la stessa giurisdizione di Strasburgo, non hanno un accesso alla Corte UE comparabile a quello che l'art. 34 CEDU garantisce invece loro quando si tratta di adire la Corte dei diritti dell'uomo, della principale e più efficace via di controllo comunitaria sulla effettiva tutela dei loro diritti fondamentali UE, quella appunto del rinvio pregiudiziale.

Ciò detto – ed è qui il punto –, la compatibilità della citata norma francese, così come sancita dalla Corte di Strasburgo, opera solo con riferimento ai parametri della Convenzione di Roma e nell'ambito degli ordinamenti nazionali che ad essa hanno aderito, non potendo tale giudizio valere invece, automaticamente, anche nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, quest'ultima non essendo infatti parte della detta Convenzione di Roma.

Insomma, una vicenda giudiziaria dai toni decisamente in chiaroscuro, dove una Corte suprema nazionale, forse nell'intento di fare presto e bene, decide di non rispettare i propri obblighi di origine comunitaria e di non rinviare alla Corte di Lussemburgo una questione peraltro nuova e decisiva per la corretta soluzione della causa in termini comunitari, mettendo così la Corte di Strasburgo, l'ultima *thule* giurisdizionale in materia di diritti fondamentali, che voce non ha nel campo del diritto dell'Unione, nella posizione di dover censurare il comportamento anti-comunitario di un supremo giudice nazionale.

Sul piano di quest'ultimo diritto, invece, la vicenda *Michaud* offre lo spunto per rinnovare, una volta di più, il seguente insegnamento: in caso di dubbio sulla portata o sulla validità di una norma europea – dalla cui applicazione dipende la soluzione di una controversia davanti ad essi pendente – i giudici degli Stati membri, quali giudici comunitari chiamati per primi a tutelare i diritti soggettivi che il diritto dell'Unione garantisce ai singoli, hanno e avranno sempre interesse a rinviare alla Corte di giustizia (anche quando non vi siano tenuti) la corrispondente questione pregiudiziale, soprattutto quando è in gioco la tutela di un diritto fondamentale previsto dalla Carta. Invero, quanto prima la Corte di giustizia interviene in una situazione analoga a quella dell'*affaire Michaud*, tanto prima tutti i giudici nazionali conosceranno l'esatta interpretazione e portata della norma europea di cui si tratta, come pure tanto prima verrà riconosciuta, se del caso, alla norma nazionale che dà attuazione alla relativa direttiva europea, una piena compatibilità comunitaria. Stante l'efficacia *erga omnes* delle sentenze pregiudiziali della Corte, un tale riconoscimento varrà infatti in tutti gli ordinamenti degli Stati membri che, in attuazione della stessa direttiva, avranno adottato norme nazionali analoghe.

A conferma della citata linea giurisprudenziale *Michaud*, la Corte di Strasburgo ha, l'8 aprile 2014, con sentenza n. 17120/09, Dhahbi/Italia, ritenuto che la Corte di cassazione italiana, non motivando il suo rifiuto di

rinvio alla Corte di giustizia di una questione pregiudiziale cui era tenuta a seguito della richiesta del ricorrente, ha violato l'articolo 6, par.1 della Convenzione (diritto ad un equo processo).

D'altra parte, ci si potrebbe ancora "socraticamente" chiedere: cosa succederebbe se il giudice di ultima istanza, oltre a non rinviare la questione alla Corte di Lussemburgo, violasse con la stessa sentenza uno dei diritti fondamentali della Carta? La sentenza di ultima istanza così pronunciata godrebbe comunque dell'autorità della cosa giudicata anche nell'ordinamento dell'Unione? Se, ad esempio, la Corte di giustizia dovesse successivamente conoscere di questa sentenza (in quanto adita, in via pregiudiziale, dal giudice nazionale davanti al quale è stata avviata un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice di ultima istanza che l'ha pronunciata), e in tale sede pregiudiziale accertasse che detta sentenza nazionale ha anche violato un diritto fondamentale della Carta (ad esempio quello di cui all'art. 47 di detta fonte, e cioè il diritto di ogni persona «a che la sua causa sia esaminata (...) da un giudice indipendente e imparziale (...)» (imparziale – osservo – anche sotto il profilo del rispetto degli obblighi comunicari che lo riguardano, come quello, appunto, di rinviare alla Corte di Lussemburgo la rilevante questione pregiudiziale, nell'interesse precipuo della parte in causa quando questa invoca, come sottolineato dalla Corte CEDU nella sentenza *Michaud*, la tutela di un diritto fondamentale garantito dalla Carta dell'Unione), quale sarebbe il suo verdetto in merito all'autorità della cosa giudicata di detta sentenza nell'ordinamento dell'Unione? Confermerebbe la Corte la linea giurisprudenziale inaugurata con la sentenza *Köbler*, quella per cui l'autorità della cosa giudicata nazionale, anche se contraria al diritto dell'Unione, va comunque rispettata e non è quindi rivedibile, ma è semmai fonte di responsabilità patrimoniale a carico dello Stato membro cui il giudice appartiene? Il denaro, in definitiva, può essere davvero la misura di tutte le cose, potendosi cioè sostituire anche all'osservanza di un diritto fondamentale che il giudice competente può invece ancora tutelare e far rispettare?

Lasciando volutamente aperti questi interrogativi, passo ora alla seconda delle mie spigolature: OLAF e il rispetto dei diritti fondamentali.

Un anno fa scoppiava alla Commissione europea il caso *Dalli*, il commissario maltese responsabile per la tutela della salute e dei diritti dei consumatori, sospettato di aver accettato del denaro allo scopo di influenzare il procedimento legislativo di riforma di una direttiva fondamentale per le società operanti nel settore manifatturiero delle sigarette, la direttiva detta appunto "tabacco". Ebbene, il Presidente della Commissione incaricherà

L'OLAF di fare un rapporto dettagliato al riguardo, per accertare l'effettiva consistenza dei fatti denunciati dalla stampa. L'OLAF trasmetterà il suo rapporto confidenziale non solo alla Commissione ma, trattandosi di fattispecie penali, anche alla Procura generale di Malta, che aprirà a sua volta un'inchiesta a carico del signor Dalli. Nel frattempo, la stampa britannica s'impadroniva del rapporto confidenziale dell'OLAF, esprimendo critiche severe nei confronti di tale organo inquirente, accusato di violare i diritti fondamentali del commissario, anzitutto quello di difesa. Travolto comunque dai sospetti e dalla piega presa dalla vicenda, il signor Dalli si dimetterà dal suo incarico.

Non intendo qui entrare nelle pieghe processuali della vicenda, ma da socratico "discussant" mi chiedo: chi controlla gli atti di OLAF?

L'attuale normativa applicabile affida detto compito ad un Comitato di sorveglianza interno alla Commissione, composto da autorevoli giuristi che, invero, hanno già più volte sollevato l'esigenza di rafforzare questa funzione di controllo, soprattutto nel senso di darle una configurazione giurisdizionale, esterna e indipendente, e non semplicemente endo-amministrativa come l'attuale. I fatti appena narrati sembrano peraltro dare ragione a detto Comitato e molto resta ancora da fare in materia. Chi controllerà, ad esempio, domani gli atti del Procuratore europeo?

L'art. 86 TFUE, al riguardo, non dice nulla. Negli ambienti europei interessati (quelli della Commissione come pure quelli dei vari gruppi di lavoro e altre istanze coinvolte nella preparazione della proposta del Regolamento istitutivo del Procuratore europeo, proposta data oggi per imminente), la prospettiva sembra quella di affidare tale controllo alle competenti autorità giurisdizionali nazionali, in una logica di prossimità al territorio dove si svolge l'azione inquisitiva del Procuratore europeo, e forse anche in una logica di sussidiarietà⁵.

Osservo, tuttavia, che l'azione penale del Procuratore europeo, proprio perché riferita a nuove fattispecie criminose "europee", non potrà che essere a sua volta "europea" (superando così l'attuale limite di cui all'art. 85 TFUE in cui, a proposito di Eurojust, si parla ancora di «azione penale su basi comuni» agli Stati dove si è svolta l'attività delittuosa, e quindi di un'azione penale ancora di tipo inter-statale), e svolgersi «a tutto campo», e cioè in tutti quei diversi Stati membri dove di fatto viene inferto, o attraverso i quali passa, l'attacco delittuoso agli interessi finanziari dell'Unione.

Ora, se così è, la prospettiva di obbligare il Procuratore europeo a giu-

⁵ L'art. 36 dell'attuale progetto di regolamento è invero così formulato: «Quando adotta atti procedurali nell'esercizio delle sue funzioni, la Procura europea è considerata un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale».

stificare la legalità delle sue misure inquisitive davanti a tanti organi giurisdizionali quanti sono gli Stati membri in cui tali misure dovrebbero eseguirsi, appare poco idonea alle imprescindibili esigenze di efficacia e simultaneità che devono essere garantite a detta azione (le stesse esigenze, peraltro, che caratterizzano l'azione investigativa di OLAF che, per quanto riguarda la portata dei suoi atti, si avvale, pur nei limiti di cui si è appena detto, del controllo di un solo organo, comunque non nazionale). Da qui l'alternativa di dar vita ad una specifica giurisdizione "europea", cui affidare appunto la funzione di tutela e di controllo nei confronti di tutti gli atti di indagine "europei", posti in essere dal detto Procuratore.

Ma quale giurisdizione? La Corte di giustizia, il Tribunale dell'Unione o un istituendo giudice *ad hoc*? La Corte di giustizia è una giurisdizione suprema il cui ruolo non sembra per questo funzionale alle esigenze di controllo di cui si tratta. Altrettanto potrebbe dirsi rispetto alle importanti ed eterogenee competenze del Tribunale dell'Unione, che non è stato consegnato per farsi carico di un contenzioso che richiede rapide capacità di risposta.

Una scelta più consona a dette esigenze potrebbe allora essere quella dell'istituzione di un tribunale *ad hoc*, sul modello ad esempio dell'attuale Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, il primo e per il momento il solo tribunale creato, all'epoca, sulla base dell'attuale art. 257 TFUE. Nel caso di specie, però, trattandosi di giudizi di compatibilità europea su atti di natura penale il cui contenuto potrebbe poi mettere capo ad un'eventuale decisione di rinvio dell'autore o degli autori di cui trattasi davanti al giudice nazionale competente, le sentenze di detto Tribunale dovrebbero essere appellabili, in diritto, solo e direttamente in Corte di giustizia, e non davanti al Tribunale dell'Unione com'è invece attualmente previsto dal precitato art. 257 TFUE, in merito alle sentenze emesse dai tribunali specializzati. E ciò, al fine di evitare, attraverso, appunto, un secondo ma definitivo controllo da parte della Corte (cioè non più suscettibile di un terzo "riesame" ai sensi dell'art. 256, par. 2, TFUE), l'insorgere di gravi rischi all'unità o alla coerenza del diritto dell'Unione, soprattutto quando si tratta dell'interpretazione uniforme delle norme penali europee in materia di reati sottoposti alla preventiva azione del Procuratore europeo, o di quelle che disciplinano il funzionamento di tale organo, o infine di quelle, sovrastanti, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Sotto un profilo pratico-funzionale, poi, mi chiedo se non si potrebbe forse considerare l'ipotesi di non istituire da subito, contestualmente all'attivazione del Procuratore europeo, un nuovo organo giurisdizionale, ma di utilizzare in un primo tempo l'attuale Tribunale della funzione pubblica, includendo nell'ambito della sua giurisdizione il controllo sulla va-

lidità delle decisioni prese da detto organo inquirente, adeguandone eventualmente la composizione? Le indispensabili, ma di per sé minime, modifiche da apportare in tal senso all'attuale testo dell'art. 257 TFUE non appaiono peraltro un ostacolo dissuasivo.

Infine, l'ultima nota è per lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia. Se si ha la volontà di attuarlo effettivamente, la sua realizzazione potrebbe diventare un potente fattore d'integrazione tra Stati membri e Unione europea e perciò anche un fattore di cambiamento della fisionomia e del ruolo di quest'ultima, un po' come quello che è avvenuto grazie al formidabile impulso dato al progresso della Comunità economica europea dall'attuazione del mercato unico.

Certo, bisogna volerlo. Oggi, però, i tempi dell'Unione, attraversata da una grave crisi economica che ha dato purtroppo vita a forme di *governance* della stabilità della zona euro che sono di origine e di contenuto esclusivamente intergovernativi, non sembrano propizi per una progressiva attuazione di tale spazio in termini davvero europei.

Eppure, non si può non vedere come uno spazio unico di sicurezza e giustizia (che, ricordo, esige per la sua realizzazione anche l'adozione di «misure appropriate per la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima», vedi art. 3, TUE), sia un obiettivo direttamente funzionale e complementare alla realizzazione dell'altro, altrettanto fondamentale obiettivo dell'Unione, quello appunto della stabilità della zona euro.

La stabilità della zona euro diventerebbe invero una chimera se, nel suo territorio, operasse allo stesso tempo e crescesse, incontrollata, una libera criminalità finanziaria. Ora, aver scelto a salvaguardia della stabilità della zona euro una politica che si avvale esclusivamente di strumenti intergovernativi per dover osservare poi che in questa stessa *euro-land* si svolgono, impunte e impunibili, scorribande di ogni genere criminale contro gli interessi finanziari dell'Unione europea e contro la sua moneta unica, appare una scelta non certo ispirata da una metodologia e da una logica comunitarie. Strumenti intergovernativi, dunque, come il potente Meccanismo Europeo di Stabilità, che sono, come se non bastasse, anche strumenti "extracomunitari", nel senso che essi non sono riconducibili neppure ad una struttura che potrei definire di "quarto pilastro", inquadrabile cioè nella cornice comunitaria di detto ordinamento. L'azione affidata al Meccanismo Europeo di Stabilità – creato con l'omonimo accordo intergovernativo concluso tra gli Stati della zona euro e che, a dispetto dell'aggettivo, si considera invece un'istituzione finanziaria "internazionale" – è, infatti, sottratta a qualunque coinvolgimento decisionale della Commissione o della Banca centrale europea.

Non decidere, ad esempio, di procedere all'istituzione del Procuratore europeo od ostacolare di molto l'efficacia della sua azione accampando ragioni di inderogabili sovranità nazionali di ordine penale o di procedura penale, per timore che poi un domani tale organo faccia effettivamente e autonomamente il suo dovere a difesa degli interessi finanziari dell'Unione e della sua moneta, significa restare immobili e inerti nella lotta contro la criminalità organizzata a livello europeo; una criminalità che avanza invece impunemente in un mercato unico e aperto, dove le sole frontiere esistenti sono paradossalmente proprio quelle invisibili, ma non per questo facilmente valicabili, che il diritto di ciascuno Stato membro frappone all'azione delle sue stesse autorità investigative costrette, per ragioni appunto di sovranità territoriale, ad operare, contro questa criminalità travalicante, dentro i confini del loro proprio Paese, o ad avvalersi tutt'al più dei servizi di coordinamento di Eurojust.

La situazione, insomma, non sembra rosea. Ciò nonostante, mi sia consentito di chiudere questo intervento da "*discussant socratico*" ricordando quanto disse, più di sessanta anni fa, *Jean Monnet* rivolgendosi a chi nutriva forti perplessità in merito al progetto europeo, considerato per quei tempi troppo integrazionista e sovranazionale: «Coloro che non vogliono nulla intraprendere perché non sono sicuri che le cose andranno poi come essi hanno deciso all'inizio, sono condannati all'immobilità. Nessuno può dire ancora oggi quale forma avrà l'Europa che noi avremo domani, proprio perché il cambiamento che nascerà dal cambiamento è assolutamente imprevedibile».

Monnet, Schuman, De Gasperi e Adenauer andarono avanti, in modo risoluto, sulla strada del metodo comunitario e il "cambiamento" che ne seguì diede loro ampiamente ragione, e oggi ancora.

Ezio Perillo*

SINTESI

Il Trattato di Lisbona, disponendo l'abolizione della struttura a tre pilastri, doveva segnare il rilancio dell'Unione europea come ordinamento giuridico sempre più unitario e integrato, come pure il ricorso ordinario al metodo decisionale caro a Jean Monnet. Tra artificiose teorie di contro-limiti, strumenti di stabilità finanziaria della moneta unica di matrice intergovernativa e non comunitaria, e la configurazione di un Procuratore europeo «a trazione nazionale», l'Unione si ri-

* Giudice del Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione europea

trova dopo cinque anni dall'entrata in vigore di detto nuovo Trattato sempre più proiettata in una logica intergovernativa, con buona pace della Commissione europea. È tempo di «cambiamento», come auspicava anche a suo tempo Jean Monnet.

ABSTRACT

The Lisbon Treaty, providing the abolition of the three-pillar structure, was to mark the relaunch of the European Union as a legal system more unified and integrated, as well as the appeal to the ordinary method of decision beloved by Jean Monnet. Among artificial theories of counter-limits, instruments for financial stability of the single currency of intergovernmental matrix and the configuration of a European Public Prosecutor under "national conduct", the Union, after five years from the entry into force of the new Treaty, pursues increasingly projected intergovernmental logic, independently of the position of the European Commission. It is the moment to "change", as it was at the time of Jean Monnet.

DIRITTO EUROPEO E DIRITTO DI FAMIGLIA: UN *FOCUS* SUI DIRITTI DELLE FAMIGLIE NELL'UNIONE EUROPEA

Nella relazione tra il diritto europeo e il diritto di famiglia molte questioni emergono. In particolare viene in evidenza il rapporto che sussiste tra l'esercizio dei diritti di cittadinanza europea e i casi di separazioni e divorzi internazionali. La questione diventa ancora più delicata ed interessante quando si tratta di casi di responsabilità genitoriale poiché in tali situazioni è necessario operare un bilanciamento tra diritti fondamentali del figlio, diritti di cittadinanza europea e regole di cooperazione giudiziaria in materia civile applicabili per la "risoluzione" di casi aventi ad oggetto relazioni familiari transfrontaliere.

Innanzitutto si deve sottolineare che non esiste un'univoca nozione di «famiglia» a livello europeo e che il concetto di famiglia come pure la legislazione in materia familiare cambiano nei vari Stati membri¹. Ciò dipende da diversi fattori sociali, economici² e culturali che differiscono nei singoli Stati membri. Inoltre, le relazioni familiari sono cambiate nel corso degli anni e, insieme a queste, è mutato l'istituto stesso della famiglia tanto che si dovrebbe, più correttamente, parlare di «*famiglie*».

¹ Informazioni circa le regole sulla responsabilità genitoriale, il ruolo del padre e della madre, i diritti di affidamento e di visita del figlio nei vari Stati membri sono fornite in modo semplice e chiaro ai cittadini europei: cfr. il sito internet http://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_it.htm (ultima visione: settembre 2014).

² Il diritto di famiglia è una componente della politica economica di ogni Stato membro e dovrebbe essere compreso entro tale contesto, cfr. D. BRADLEY, *A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics*, in *Oxford University Comparative Law Forum* 4, 2005, ouclf.iuscomp.org; in M. NI SHUILLEABHAIN, *Ten years of European Family Law: retrospective reflections from a Common Law Perspective*, in *International & Comparative Law Quarterly*, ottobre 2010, n. 59, p. 1050.

Con riferimento al diritto di famiglia, data la sua peculiarità, sarebbe necessario operare un bilanciamento tra due fattori: l'autonomia privata e l'intervento dello Stato (o di altre entità internazionali o sovranazionali). Allo stato attuale l'Unione europea non ha competenza in materia di diritto sostanziale di famiglia ma i diritti fondamentali delle famiglie sono riconosciuti, a livello di Unione, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³. Questo riconoscimento risulta essere ancora più importante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e in particolare per il fatto che l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea sancisce che la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati⁴ pur permanendo invariate le competenze dell'Unione come definite nei Trattati. Tutto ciò significa che quando l'Unione europea esercita le sue competenze deve rispettare i diritti fondamentali, compresi quelli delle famiglie. Allo stesso modo anche gli Stati membri devono garantire il rispetto dei diritti fondamentali quando applicano il diritto europeo. Inoltre l'Unione europea, anche al di fuori delle sue competenze, deve promuovere tali diritti fondamentali.

I diritti fondamentali di famiglia sono, altresì, riconosciuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵.

³ Art. 7 - Rispetto della vita privata e della vita familiare: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni»; art. 9 - Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»; art. 33 - Vita familiare e vita professionale: «1. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. 2. Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

Specificatamente in relazione ai diritti del minore: art. 24 - Diritti del minore: «1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse». Art. 3, par. 3, comma 2, TUE: «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore».

⁴ Art. 6 TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁵ Art. 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui»; art. 12 - Diritto al matrimonio «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

Vi è, inoltre, un'importante base giuridica del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, in relazione al settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, inserita nel Titolo V relativo allo «Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia»⁶. Sono stati adottati anche due Regolamenti⁷ per quanto riguarda casi di cooperazione giudiziaria in materia di famiglia.

Tra questi due atti di legislazione secondaria degno di grande interesse ai fini dell'indagine è il Regolamento n. 2201/2003/Ce, che è applicabile a procedimenti di «scioglimento del vincolo matrimoniale» (cfr. *considerando* n. 8 del Regolamento) e che disciplina «tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale (...) indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale» (cfr. *considerando* n. 5 del Regolamento). Prendendo in considerazione le norme fissate nel predetto Regolamento per la determinazione della competenza giurisdizionale⁸ è opportuno notare che le stesse mirano «all'interesse superiore del minore» (cfr. *considerando* n. 12 del Regolamento). Il Regolamento stabilisce, altresì, regole per la determinazione della competenza giurisdizionale anche per casi di sottrazione di minori⁹. Ciò si può verificare in quelle situazioni in cui uno dei genitori, non rispettando quanto sancito, ad esempio in una sentenza di separazione e/o di divorzio, porta con sé il proprio figlio in uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui il figlio è residente abituale.

⁶ Art. 81, par. 3, TFUE: «In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo». Nonostante il fatto che la possibilità di intervento dell'UE in materia di diritto di famiglia sia molto limitata, l'art. 81, par. 3, comma 2, sembra estendere il campo del diritto europeo relativamente a casi di diritto di famiglia statuendo un'eccezione alla procedura legislativa ordinaria, prevendendo, dall'altra parte, un controllo rafforzato da parte dei Parlamenti nazionali: «Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione».

⁷ Regolamento (Ce) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (Ce) n. 1347/2000, in *Guce* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 e in questa *Rivista*, 2004, p. 93 con commento di A. DI LIETO, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, p. 117 ss.; Regolamento (Ue) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *Guce* n. L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10.

⁸ Artt. 8, 9, 12, 13, 14, 15 del Regolamento (Ce) n. 2201/2003.

⁹ Artt. 9, 10, 11 del Regolamento (Ce) n. 2201/2003.

È possibile citare un gran numero di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea su tematiche familiari e su casi di responsabilità genitoriale per sottrazione di minori¹⁰ in cui la Corte si è occupata del bilanciamento tra i diritti di cittadinanza europea e le regole riconosciute a livello europeo ed internazionale¹¹.

Il dibattito può essere esteso a casi aventi ad oggetto sia la materia familiare sia i diritti di cittadinanza europea¹².

L'esercizio, da parte dei cittadini europei, del diritto di libera circolazione, porta alla creazione di famiglie internazionali, alla formazione di legami tra cittadini europei e anche all'integrazione del proprio nucleo familiare in uno Stato membro diverso rispetto al Paese di origine. Questo significa anche scambio di valori, cultura e peculiarità linguistiche.

La relazione che unisce il diritto europeo e le materie "familiari" è considerevolmente importante ed esercita un notevole impatto nell'Unione europea dove i cittadini, esercitando la fondamentale libertà di circolazione, si muovono nell'intero territorio dell'Unione europea e si integrano in Stati membri diversi dai loro Stati di origine fino al punto di scegliere di stabilirsi e di formare ivi la loro famiglia (europea). D'altra parte è da notare che una volta formata una famiglia "internazionale" e successivamente alla rottura della relazione di coppia, il diritto di libera circolazione, che originariamente aveva condotto i *partner* a formare la famiglia, viene esercitato come via per "scappare" dalle loro problematiche familiari.

¹⁰ Sentenze della Corte di giustizia 23 dicembre 2009 in causa n. C-403/09 PPU, *Detiček*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 12193, EU:C:2009:810; 1 luglio 2010 in causa n. C-211/10, PPU, *Povse*, in *Raccolta*, 2010, p. 6673, EU:C:2010:400; 5 ottobre 2010 in causa n. C-400/10, PPU, *MCB*, in *Raccolta*, 2010, p. 8965, EU:C:2010:582.

¹¹ Per quanto riguarda la normativa internazionale: Convenzione dell'Aia sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, del 25 ottobre 1980; Convenzione di New York sui diritti del bambino (UNCRC) del 20 novembre 1989; Convenzione dell'Aia sulla giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento, applicazione e cooperazione riguardo a responsabilità genitoriale e a i misure per la protezione dei bambini, del 16 ottobre 1996.

¹² Sentenze della Corte di giustizia 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *García Avello*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, EU:C:2003:539, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58; 11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279, EU:C:2002:434, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 528; 17 settembre 2002 in causa n. C-413/99, *Baumbast and R.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7091, EU:C:2002:493; 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Zhu e Chen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925, EU:C:2004:639, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 89; 14 ottobre 2008 in causa n. C-353/06, *Grunkin e Paul*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 7639, EU:C:2008:559, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 789; 8 marzo 2011 in causa n. C-34/09, *Zambrano*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 1177, EU:C:2011:124 e in questa *Rivista*, 2012, p. 459 con commento di E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, p. 467; 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09, *Mc Carthy*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3375, EU:C:2011:277; 12 maggio 2011 in causa n. C-391/09, *Runevič-Vardyn and Wardyn*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3787, EU:C:2011:291; 8 maggio 2013 in causa n. C-87/12, *Ymeraga and Ymeraga-Tafarshiku*, EU:C:2013:291, inedita in *Raccolta*.

Separazioni, divorzi e procedimenti relativi alla responsabilità genitoriale possono (frequentemente) accadere nella vita delle persone e, proprio in queste particolari situazioni, le persone richiedono una piena tutela dei loro diritti anche al di là dei "confini" nazionali in ragione del fatto di essere cittadini europei.

Al giorno d'oggi, nell'Unione europea dove il numero dei cittadini europei in "movimento" tra i vari Stati membri e le famiglie "internazionali" sono in costante aumento, i diritti concernenti la famiglia continuano, tuttavia, a ricevere protezione solamente nelle situazioni in cui tali diritti interferiscono con altre libertà, come quelle di cittadinanza europea e nei casi in cui può/deve essere "attivata" una cooperazione giudiziaria in materia civile.

È possibile che futuri sviluppi nell'area sociale, economica e culturale insieme ad una più ampia fruizione dei diritti di cittadinanza europea porteranno ad una più incisiva richiesta di tutela e una rafforzata protezione nell'Unione europea.

Infatti, la speranza per il futuro è che sia l'istituto della cittadinanza europea sia il campo del diritto di famiglia potranno essere approfonditi attribuendo nuove competenze all'Unione europea e così assicurando un'efficace tutela dei diritti di cittadinanza europea anche in materie che concernono la vita familiare. Tutto ciò avrà l'effetto di migliorare il senso di consapevolezza dei cittadini europei riguardo al loro *status* e ai loro diritti.

Più consapevolezza da parte dei cittadini europei, più interesse verso le attività dell'Unione e una più forte condivisione del progetto europeo sono obiettivi molto importanti per il futuro.

Infatti, come dichiarò la ex Vicepresidente della Commissione europea, Viviane Reading: «We cannot build the European Union without citizens, we can only build the EU with the people it is made for and based on their ideas»¹³.

Inoltre, dall'affermazione del Presidente della Commissione, José Manuel Durão Barroso: «Europe has to be ever more democratic»¹⁴ si evince che i cittadini europei supporteranno e contribuiranno al progetto europeo se vedranno concreti benefici a lungo termine sia per loro stessi che per le loro famiglie.

Antonia Corini*

¹³ COMMISSIONE EUROPEA - DIRETTORATO GENERALE PER LA GIUSTIZIA, *EU citizenship Report*, 2013, p. 3.

¹⁴ J. M. D. BARROSO, *State of the Union address*, reperibile sul sito internet http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm.

* Diploma in Alti Studi europei / Collegio europeo di Parma; Master in European Studies / School of Government LUISS Guido Carli

SINTESI

La presente Nota analizza la relazione che sussiste tra il diritto europeo e il diritto di famiglia con particolare riguardo alla tematica della responsabilità genitoriale, esamina la rilevante legislazione europea primaria e secondaria e richiama alcune sentenze della Corte di giustizia relative a casi di sottrazione dei minori in cui molti degli aspetti della summenzionata complessa relazione vengono in evidenza. Il contributo mira a sottolineare le importanti sfide future riguardo ad un dibattito che vede emergere diritti europei delle famiglie unitamente ad un più frequente esercizio dei diritti di cittadinanza europea da parte delle famiglie nell'Unione.

ABSTRACT

The Note analyses the relation that exists between European Law and Family Law with a particular focus on the theme of parental responsibility, it examines the relevant European primary and secondary law and it mentions some judgements of the European Court of Justice in relation to cases of child abduction where many aspects that concern the above-mentioned complex relation emerge. This contribution aims at highlighting the important future challenges regarding a debate related to the fact that European rights of families together with a more frequent exercise of European citizenship rights by the families in the EU come out.

LIBRI RICEVUTI

Alfonso Mattera, *La nostra europeità - Una storia millenaria. Dall'epopea di Maratona alla riunificazione dei popoli dell'Antico Continente*, Sovveria Mannelli, Rubbettino, 2014, pp. 486, € 50,00

L'opera si avvale di una pregevole veste editoriale: le 486 pagine, di color paglierino, sono arricchite da una trentina di foto commentate dall'Autore – la metà delle quali a colori – relative agli eventi più significativi e ad alcuni dei più autorevoli protagonisti del processo di integrazione europea. La prima e la quarta di copertina sono provviste di risvolti dedicati, rispettivamente, il primo, ad una breve descrizione dell'opera, il secondo alla presentazione dell'Autore. Formato: 25/18 cm.

L'opera racconta una delle più straordinarie avventure che l'Uomo abbia intrapreso: riconciliare dopo oltre un millennio di guerre fratricide le nazioni del nostro Continente, edificare una casa comune nella quale accogliere tutti i popoli europei, offrire loro uno spazio privilegiato di pace, prosperità, libertà, rispetto della dignità umana, costruire un mondo migliore. Un'avventura volta a realizzare «il sogno europeo», vagheggiato da storici, filosofi, poeti, religiosi, che nel corso dei secoli hanno elaborato proposte e trattati di unificazione europea.

Il «sogno europeo» sconfina nella leggenda con Europa, la principessa fenicia rapita da Zeus, approda nella Storia con la civiltà greco-romana e grandi movimenti di pensiero quali l'Umanesimo, l'Illuminismo, il Romanticismo, si traduce in realtà con il patto di riconciliazione del 9 maggio 1950 tra i due nemici storici, Francia e Germania, ai quali si associano Italia, Belgio Olanda e Lussemburgo. Nasce la Nuova Europa e inizia il lungo processo d'integrazione del nostro Continente, dalle prime Comunità economiche alla

Grande Europa riunificata dei nostri giorni, modello di civiltà umanista, punto di riferimento per numerosi Paesi del globo. Un processo d'integrazione che in questi primi sessant'anni ha raggiunto conquiste esaltanti, ignorate o misconosciute da legioni di euroscettici. Nei dieci capitoli della sua opera, nel descrivere tali conquiste (e le profonde crisi che le hanno originate), l'Autore, denuncia mistificazioni, iperboli, ombre vacillanti della caverna di Platone assurte a verità, che questi cosiddetti euroscettici diffondono per ignoranza, per calcolo o perché in preda ad una sorta di ossessione mediatica della *notizia choc*. E non manca nel contempo di fornire risposte ai legittimi interrogativi che numerosi cittadini europei si pongono sull'essenza e le finalità dell'Europa comunitaria.

Il racconto di questo libro è stato scritto soprattutto per le giovani generazioni nate nella cultura del dialogo e della condivisione e desiderose di cogliere il senso dell'avventura europea, conoscere le loro radici, la nostra europeità: un patrimonio di valori che da Socrate a Jean Monnet hanno forgiato la nostra identità, il nostro modo di vivere, di sentire, di operare. Spetterà infatti alle generazioni che verranno, eredi di questo patrimonio di valori e custodi della memoria, portare a compimento il progetto politico più profondamente umano degli ultimi due millenni di storia.

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*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

NICOLA COPPOLA, *Centre for Intellectual Property Policy and Management / Bournemouth University*

ANTONIA CORINI, *Diploma in Alti Studi europei / Collegio europeo di Parma; Master in European Studies / School of Government LUISS Guido Carli*

DANIELA FANCIULLO, *Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia / Università degli Studi di Salerno*

MATTEO GRAGNANI, *Associate Legal Officer, World Intellectual Property Organization (WIPO)*

ADABELLA GRATANI, *Avvocato in Milano; Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico*

EZIO PERILLO, *Giudice del Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione europea*

EDOARDO ROSSI, *Dottorando di ricerca / Università degli Studi di Urbino Carlo Bo*

MARIA TERESA STILE, *Docente di «Diritto dell'Unione europea» / Università Telematica Pegaso; Avvocato in Napoli*

