



Diritto dell'Unione Europea

Diritto Dell'unione Europea
Università degli Studi di Siena

157 pag.



SOMMARIO

INTRODUZIONE - LE ORIGINI E LO SVILUPPO DEL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA.....	1
PARTE 1 - IL QUADRO ISTITUZIONALE.....	16
PARTE 2 - LE PROCEDURE DECISIONALI.....	29
PARTE 3 - L'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA.....	39
SEZIONE 1.....	39
SEZIONE 2.....	46
SEZIONE 3.....	54
SEZIONE 4.....	61
PARTE 4 - DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E SOGGETTI DEGLI ORDINAMENTI INTERNI.....	63
PARTE 5 - IL SISTEMA DI TUTELA GIURISPRUDENZIALE.....	76
PARTE 6 - LE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA.....	94
CAPITOLO 1 - NOZIONI GENERALI.....	103
CAPITOLO 2 - LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI.....	112
CAPITOLO 3 - LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE.....	124
CAPITOLO 4 - IL DIRITTO DI STABILIMENTO E LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI.....	138
CAPITOLO 5 - LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI E DEI PAGAMENTI.....	154

DIRITTO DELL'UE

LIBRO 1

INTRODUZIONE - LE ORIGINI E LO SVILUPPO DEL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA**1. Le esperienze di integrazione secondo il metodo della cooperazione intergovernativa.**

L'ideale di un continente europeo non più diviso in tanti Stati perennemente in lotta tra di loro, si afferma sin dal XIX secolo. Le indicibili distruzioni e le enormi perdite di vite umane causate dal conflitto convincono i politici dell'epoca dell'ineluttabilità di un processo di integrazione europea come unico rimedio per evitare il ripetersi di eventi tanto luttuosi. Tale movimento di idee inizialmente prende piede solo tra gli Stati dell'Europa occidentale, favorito anche dalla nascente contrapposizione tra il blocco filoamericano e quello filosovietico. Gli Stati dell'Europa orientale danno vita a forme alternative di aggregazione militare (l'Organizzazione del **Patto di Varsavia**) ed economica (**Comecon**) facenti riferimento all'Unione sovietica. Solo dopo la caduta del muro di Berlino (1989) e lo scioglimento della stessa Unione sovietica (1991), tali Stati hanno cominciato a partecipare in misura sempre crescente alle forme di integrazione di matrice occidentale.

1.2. L'integrazione dell'Europa occidentale segue due metodi distinti: un metodo tradizionale e un metodo più innovativo. Il metodo tradizionale si fonda sulla c.d. **cooperazione intergovernativa**: gli Stati partecipanti cooperano tra loro come soggetti sovrani, creando apposite strutture per organizzare tale cooperazione. Le caratteristiche di questo metodo sono:

a) **prevalenza di organi di Stati**: negli organi principali dell'organizzazione siedono persone che agiscono quali rappresentanti dello Stato d'appartenenza e seguono le direttive impartite dal potere politico nazionale;

- b) **prevalenza del principio dell'unanimità**: le deliberazioni vengono assunte prevalentemente all'unanimità o per consenso, di modo che ciascuno Stato ha il potere di opporsi (diritto di veto);
- c) **assenza o rarità del potere di adottare atti vincolanti**: le deliberazioni dell'organizzazione hanno prevalentemente natura di raccomandazioni; le ipotesi in cui è prevista l'adozione di decisioni vincolanti costituiscono l'eccezione e sono in genere subordinate al principio dell'unanimità.

1.3. In ordine cronologico, il primo settore in cui il metodo della cooperazione intergovernativa trova applicazione è quello della **cooperazione militare**. Gli Stati creano due organizzazioni di tipo militare, finalizzate a garantire la difesa collettiva in caso di attacco armato: la **UEO** e la **NATO**.

→ L'**UEO** (Unione dell'Europa Occidentale) viene fondata con il Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948, aggiornato con gli Accordi di Parigi del 23 ottobre 1954. Ad essa aderiscono come membri a pieno titolo Belgio, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Regno Unito. Altri Stati partecipano ai lavori dell'organizzazione come osservatori e altri ancora godono dello status di membri associati o di partner associati, per un totale di ventotto Stati. L'organo principale è il **Consiglio**, composto dai rappresentanti permanenti degli Stati o, quando si riunisce a livello ministeriale, dai Ministri degli esteri e della difesa. Le deliberazioni sono prese all'unanimità. L'organizzazione è stata effettivamente sciolta alla data del 30 giugno 2011.

→ La **NATO** (Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico), fondata con il Trattato di Washington del 4 aprile 1949, non è un'organizzazione europea in senso geografico, posto che ad essa aderiscono anche gli Stati Uniti d'America e il Canada. L'organo principale è il **Consiglio del Nord Atlantico**, composto dai rappresentanti permanenti degli Stati membri o, quando si riunisce a livello ministeriale, dai Ministri degli esteri, dai Ministri della difesa o dai capi di Stato e di Governo. Le decisioni sono prese col consenso di tutti i membri.

1.4. Anche nel settore dell'**integrazione economica** il metodo della cooperazione intergovernativa trova importanti applicazioni. L'occasione viene data dall'esigenza di gestire il c.d. **Piano Marshall**, un piano di aiuti finanziari accordati dagli Stati Uniti d'America all'Europa e volto a favorire la ricostruzione economica ed il conseguente consolidamento politico degli Stati europei, usciti molto indeboliti dal secondo conflitto mondiale. L'erogazione degli aiuti viene tuttavia subordinata alla condizione che la loro gestione avvenga in maniera coordinata fra tutti gli Stati beneficiari.

Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Svezia, Svizzera e Turchia danno vita ad un'apposita organizzazione, l'**OECE** (Organizzazione Europea per la Cooperazione Economica), istituita con il Trattato di Parigi del 16 aprile 1948.

L'organo principale è il **Consiglio**, in cui siede un rappresentante per ogni Stato membro. Le deliberazioni sono adottate all'unanimità, salvo che il Consiglio stesso, all'unanimità, non disponga altrimenti. Tra gli atti che il Consiglio può emanare figurano anche le decisioni, che sono dotate di carattere vincolante per gli Stati membri.

Esauritasi la funzione originaria, l'OECE avrebbe dovuto tra sformarsi in una zona di libero scambio tra gli Stati membri. Alcuni Stati membri (Belgio, Germania, Francia, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi), forti della positiva esperienza di cooperazione maturata in seno all'OECE, optano per forme di integrazione economica ancora più avanzate, dando vita alle tre Comunità europee. Altri (Austria, Danimarca, Norvegia, Portogallo, Regno Unito, Svezia e Svizzera) restano fedeli all'idea di una semplice zona di libero scambio e istituiscono, con la Convenzione di Stoccolma del 4 gennaio 1960, l'Associazione europea di libero scambio (**EFTA**).

L'OECE viene mantenuta in vita, ma il suo campo di attività viene rivolto verso obiettivi di cooperazione economica globale e non più regionale. L'OECE viene dunque trasformata nell'**OCSE** (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) con il Trattato di Parigi del 14 dicembre 1960, al quale aderiscono anche gli Stati Uniti d'America e il Canada e successivamente altri Stati non europei.

1.5. Infine, per quanto riguarda l'integrazione europea nel settore della **cooperazione politica, culturale e sociale**, va ricordato il **Consiglio d'Europa**, il cui Statuto è approvato a Londra il 5 maggio 1949 da dieci Stati dell'Europa occidentale. Si tratta di un'organizzazione con compiti ed obiettivi assai ampi: conseguire un'unione più stretta tra i suoi membri; salvaguardare ed attuare gli ideali ed i principi che costituiscono il loro patrimonio comune; facilitare il loro progresso economico e sociale. L'organo principale è il **Comitato dei ministri**, nel quale siedono i Ministri degli esteri degli Stati membri o i loro rappresentanti permanenti. Per le decisioni più importanti, è richiesta la presenza della maggioranza semplice dei componenti e l'unanimità dei votanti.

Lo strumento d'azione principale consiste nel predisporre e favorire la conclusione di convenzioni internazionali tra gli Stati membri, spesso aperte anche all'adesione di Stati terzi. Si tratta dunque di atti la cui entrata in vigore è subordinata alla ratifica da parte dei vari Stati, secondo le disposizioni costituzionali di ciascuno.

Lo strumento più rilevante è la **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU), che comprende, da un lato, un catalogo dei diritti dell'uomo comune a tutti gli Stati contraenti e, dall'altro, un meccanismo di controllo internazionale del rispetto di tali diritti imperniato sulla **Corte europea dei diritti dell'uomo**.

2. L'integrazione secondo il metodo comunitario: le origini.

2.1. Il metodo della cooperazione intergovernativa permette agli Stati dell'Europa occidentale di conseguire in pochi anni dalla fine della Seconda guerra mondiale risultati importanti in campo militare, economico e politico-culturale. Gli strumenti di tale cooperazione, tuttavia, presentano elementi di notevole debolezza. Le organizzazioni europee sorte in quegli anni hanno la possibilità di agire efficacemente soltanto attraverso il consenso unanime di tutti gli Stati membri. La necessità di superare il principio dell'unanimità e di attribuire alle proprie organizzazioni maggiore autonomia induce taluni Stati europei a sperimentare forme di cooperazione innovative, dando vita al c.d. **metodo comunitario**.

Le caratteristiche del metodo comunitario sono:

- prevalenza degli organi di individui**: le persone che siedono nella maggior parte delle istituzioni comunitarie rappresentano sé stesse, non lo Stato di cui sono cittadine, e sono pertanto portatrici di proprie opinioni e di proprie scelte, che devono compiere in maniera del tutto indipendente;
- prevalenza del principio maggioritario**: il consenso di tutti gli Stati membri non è più condizione indispensabile per l'azione dell'organizzazione. Gli Stati membri che si trovano in minoranza sono vincolati dalle deliberazioni dell'istituzione anche se hanno votato contro la loro approvazione;
- ampiezza del potere di adottare atti vincolanti**: il potere deliberativo dell'organizzazione non si esprime soltanto in atti di natura raccomandatoria, bensì attraverso veri e propri atti vincolanti, che creano a carico degli Stati membri obblighi aggiuntivi rispetto a quelli che gli Stati stessi hanno assunto concludendo i Trattati istitutivi;
- sottoposizione degli atti delle istituzioni ad un sistema di controllo giurisdizionale di legittimità**: proprio perché le istituzioni sono dotate del potere di adottare atti vincolanti, è necessario che la legittimità di tali atti possa essere sindacata da un organo giurisdizionale inserito nella stessa struttura dell'organizzazione.

2.2. La nascita del metodo comunitario si fa risalire al 9 maggio 1950, quando l'allora ministro degli esteri francese Robert Schuman rende un'importante dichiarazione (**Dichiarazione Schuman**). Schuman esprime la convinzione che «*il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche*», ma che «*l'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme*». Secondo Schuman, «*essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto*» (c.d. **Europa dei piccoli passi**).

Come prima tappa il Governo francese «*propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei*». La scelta del settore carbosiderurgico viene giustificata in relazione alla circostanza che i siti di produzione di tali materie si concentrano nella fascia di confine tra i due Paesi, da sempre oggetto di contesa. Mettere in comune tali produzioni significa rimuovere la causa di sanguinosi conflitti del passato.

Dal punto di vista istituzionale, la Dichiarazione contiene alcune importanti indicazioni. Il perno della nuova organizzazione è l'Alta Autorità. Essa sarà «*incaricata del funzionamento dell'intero regime*»; sarà «*composta di personalità indipendenti designate su base paritaria dai governi*»; le sue decisioni «*saranno vincolanti per la Francia, la Germania e i paesi che vi aderiranno*» e «*esecutive in Francia, Germania e negli altri paesi aderenti*»; «*disposizioni appropriate assicureranno i necessari mezzi di ricorso contro le decisioni dell'Alta Autorità*».

La proposta nasce, quindi, come un progetto essenzialmente franco-tedesco, aperto ad altri Stati, primi fra tutti gli Stati del Benelux (Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo), anch'essi produttori delle suddette materie e soprattutto strategicamente interessati alla risoluzione dei conflitti franco-tedeschi.

Quanto all'Italia, gli uomini di governo del tempo, ed in particolare Alcide De Gasperi, consapevoli dell'arretratezza economica e dell'isolamento politico in cui si trova l'Italia all'indomani del secondo conflitto mondiale, vedono nel progetto franco-tedesco l'occasione per reinserire il nostro Paese nel gioco degli affari europei ed internazionali. La proposta contenuta nella Dichiarazione Schuman viene, quindi, accolta da sei Stati: il Belgio, la Francia, la Germania, l'Italia, il Lussemburgo e i Paesi Bassi. Sorge, così, la c.d. **Piccola Europa**. I sei Stati danno, quindi, vita alla **Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA)**, istituita con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951.

2.3. La CECA presenta dei tratti molto originali.

Dal punto di vista della disciplina settoriale, si prevede l'istituzione di un **mercato comune** del carbone e dell'acciaio.

Dal punto di vista istituzionale, la CECA si basa su quattro istituzioni: l'Alta autorità, il Consiglio speciale dei Ministri, l'Assemblea comune e la Corte di giustizia.

- Il ruolo centrale è riservato all'**Alta Autorità**, un organo di individui composto da 9 persone nominate dagli Stati di comune accordo e scelte in funzione della loro competenza professionale. I membri dell'Alta Autorità devono agire in piena indipendenza. L'Alta Autorità può emanare, oltre ai pareri, **decisioni** e **raccomandazioni**. Tali tipi di atti hanno effetti vincolanti nei confronti dei destinatari.
- Il **Consiglio speciale dei Ministri**, composto da un rappresentante del governo di ogni Stato membro, ha funzioni consultive rispetto all'Alta Autorità. Il parere del Consiglio è tuttavia vincolante per quelle materie in cui è previsto che l'Alta Autorità deliberi su **parere conforme** del Consiglio.
- L'**Assemblea comune** riunisce rappresentanti dei parlamenti nazionali e ha funzioni consultive.
- La **Corte di giustizia** esercita funzioni di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti o dei comportamenti delle istituzioni e, soprattutto, dell'Alta Autorità.

L'autonomia di cui gode la CECA nei confronti degli Stati membri e l'ampio potere di vincolare con i propri atti non solo gli Stati membri, ma anche soggetti degli ordinamenti interni e in particolare le imprese del settore carbo-siderurgico, spiega l'uso del termine **ente sovranazionale** (ente detentore di poteri di governo non riconducibili agli Stati nazionali, poteri che possono essere esercitati all'interno dei territori nazionali e nei confronti di soggetti ivi operanti).

2.4. La facilità con la quale la CECA entra in funzione e l'impor tante contributo da essa dato alla riorganizzazione dell'industria carbo-siderurgica spingono i sei Stati fondatori a immaginare di poterne replicare il metodo in un altro settore, questa volta molto più importante: la difesa. Viene pertanto rapidamente negoziato e firmato a Parigi il 27 maggio 1952, il Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa (CED). Esso prevede un organo indipendente, al quale spetta il comando unificato delle forze armate di tutti gli Stati membri: il Commissariato. Nominato di comune accordo dai governi degli Stati, tale organo, sulla falsariga del Trattato CECA, è affiancato da un Consiglio dei ministri, da un'Assemblea e da una Corte di giustizia. Il Trattato CED non entra però mai in vigore a causa del rifiuto dell'Assemblea nazionale francese di ratificarlo.

Tale trasferimento avrebbe comportato, a carico degli Stati membri, una perdita radicale e immediata di sovranità, contravvenendo alla filosofia stessa dell'Europa dei piccoli passi, consacrata nella Dichiarazione Schuman.

2.5. Dopo il fallimento della CED, seguono alcuni anni di stasi.

L'iniziativa riprende in occasione della Conferenza di Messina (giugno 1955), in cui si decide di rilanciare il processo di integrazione europea, costituendo un apposito comitato di studio, presieduto dal politico belga Henri Spaak. Il comitato viene incaricato di formulare proposte per allargare ad altri settori l'esperienza della CECA. Esso formula un duplice progetto. Da un lato, viene avanzata l'idea di un **mercato comune generale**, dall'altra si prospetta la necessità di prevedere un regime speciale per alcuni settori e in particolare per quello relativo all'uso pacifico dell'energia atomica. Il progetto porta alla firma a Roma, il 25 marzo 1957, di due diversi trattati: il Trattato che istituisce la **Comunità Economica Europea (TCE)** e il Trattato che istituisce la **Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEa)**, detta anche **EURATOM**. Le Comunità europee diventano così 3.

In seguito al **Trattato sull'Unione europea** firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 (**TUE**), la denominazione della maggiore delle tre Comunità è mutata in **Comunità Europea (CE)**.

La struttura istituzionale delle due nuove Comunità rispecchia quella della CECA. L'equilibrio istituzionale è, però, diverso. Considerato che l'integrazione comunitaria non riguarda più un singolo settore, ma abbraccia tutti i settori dell'economia, gli Stati non possono accettare, come avevano fatto nel 1951 per il carbone e per l'acciaio, di delegare il potere di gestire il mercato comune generale ad una autorità indipendente. Va tenuto inoltre conto della diversa natura dei Trattati istitutivi. Il Trattato CECA viene definito come un **trattato legge**, in quanto stabilisce in dettaglio la disciplina del mercato carbo-siderurgico. Il potere dell'Alta autorità è, quindi, un potere sostanzialmente amministrativo.

Viceversa, il TCE è detto **trattato quadro**. Considerata l'ampiezza della portata di questo trattato, la disciplina in essa contenuta è molto meno definita e si limita spesso all'enunciazione di obiettivi e principi che devono poi essere attuati attraverso l'emanazione di atti normativi. Diversamente dall'Alta autorità, le istituzioni della CE sono chiamate ad esercitare un vero e proprio potere di tipo legislativo. Ed è facile capire come gli Stati non siano stati disponibili a privarsi di un potere del genere. Quindi, nella CE, come nella CEEa, l'organo centrale non è la Commissione, equi valente all'Alta autorità, ma è invece il Consiglio, al quale spetta l'adozione di quasi tutti gli atti, soprattutto di quelli di natura normativa.

3. Lo sviluppo dell'integrazione comunitaria europea: l'unificazione del quadro istituzionale e le modifiche della membership.

3.1. All'indomani dei trattati firmati a Roma, il quadro dell'integrazione comunitaria europea comincia a presentare una certa complessità: esso consta infatti di tre Comunità distinte (CECA, CE e CEEA). I tentativi per semplificare la struttura cominciano subito. L'obiettivo è di pervenire alla **fusione delle tre Comunità**.

1. La **prima tappa** avviene all'atto stesso della firma dei trattati di Roma. Contemporaneamente ai trattati viene infatti firmata la **Convenzione su alcune istituzioni comuni delle Comunità europee**. Per effetto della Convenzione, le tre Comunità hanno in comune due istituzioni: l'Assemblea parlamentare e la Corte di giustizia. Fin dall'inizio, quindi, queste due istituzioni agiscono per tutte e tre le Comunità.
2. La **seconda tappa** è costituita dal **Trattato che istituisce un Consiglio e una Commissione unica delle Comunità europee**, firmato a Bruxelles l'8 aprile 1965, grazie al quale viene posto termine alla pluralità di istituzioni c.d. esecutive. I nuovi organi unici gestiscono i poteri derivanti dai tre trattati istitutivi, rispettando le differenti discipline previste.
3. La **terza tappa** si è realizzata con la **scadenza del Trattato CECA**, avvenuta il 23 luglio 2002. Gli Stati membri hanno infatti rinunciato alla possibilità di rinnovarlo. Di conseguenza, il settore carbosiderurgico è rientrato nel campo di applicazione del mercato comune generale disciplinato dall'allora TCE.

L'esperienza comunitaria si conclude con l'entrata in vigore del **Trattato di Lisbona**. La Comunità Europea cessa di esistere come ente autonomo ed è incorporata nell'Unione europea, dalla quale era fino ad allora distinta. Secondo l'**art.1, terzo comma, terza frase, TUE** infatti «**l'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea**». Di conseguenza il TCE diviene **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)**.

La CEEA, invece, sopravvive come ente autonomo.

3.2. Un altro sviluppo importante conosciuto dalle Comunità europee riguarda le **modifiche della membership**. Esse sono consistite, da un lato, nell'adesione di numerosi nuovi Stati membri, e, dal lato opposto, nell'uscita di uno di loro.

I trattati istitutivi prevedono una procedura che permette l'adesione di ulteriori Stati europei. Dal 1° luglio 2013 e fino ad ora il numero degli Stati membri è 28. Le adesioni nel tempo sono state sette. Inoltre, sono in corso negoziati per l'adesione con numerosi altri Stati.

Il processo di allargamento fa dell'integrazione europea una realtà completamente differente rispetto a quella di partenza. Da un lato, il fenomeno ha acquisito una caratterizzazione europea nel vero senso del termine, posto che, dopo il superamento della divisione tra Est e Ovest, vi partecipano Stati di tutte le regioni del continente. Dall'altro, il notevolissimo aumento degli Stati membri ha reso del tutto obsoleta la struttura istituzionale immaginata per le Comunità a sei. Pertanto, una radicale riforma istituzionale, già invocata in passato, è diventata ineluttabile ed è stata almeno in parte realizzata dal Trattato di Lisbona.

Il 23 giugno 2016 gli elettori del Regno Unito, con un *referendum*, hanno votato per l'uscita dall'Unione (c.d. **Brexit**). È stato perciò esercitato per la prima volta il **diritto di recesso** previsto dall'art.50 TUE. La procedura per il recesso, aperta ufficialmente il 29 marzo 2017, porterà entro due anni all'uscita del 28° Stato membro dall'Unione.

4. Segue: la riduzione del deficit democratico.

4.1. Dal punto di vista istituzionale, il quadro di partenza ha subito nel tempo numerose ed importanti **modifiche**. Uno dei grandi problemi che la struttura istituzionale ancora oggi presenta è costituito dal c.d. **deficit democratico**.

Il **principio democratico** fa parte dei valori su cui l'Unione è fondata e che sono comuni agli Stati membri. A tale principio è dedicato il Titolo II del TUE, che ne parla in una duplice dimensione: la democrazia rappresentativa e la democrazia partecipativa.

Così come immaginata in origine, la struttura istituzionale non era stata prevista per rispondere ai principi sui quali sono basati gli Stati moderni. In particolare, non risultava rispettato il principio della democrazia parlamentare o rappresentativa, dal momento che l'istituzione dotata di maggiori poteri, compreso quello di adottare atti normativi, era il Consiglio, composto dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri. Nel Consiglio, pertanto, viene rappresentato il potere esecutivo di ciascuno Stato membro e non quello legislativo. Per effetto di ciò, i rappresentanti dei poteri esecutivi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, disponevano collegialmente, a livello comunitario, di poteri che, se esercitati a livello nazionale, sarebbero stati prerogativa dell'organo parlamentare.

In ciò consisteva il problema del deficit democratico, deficit che non veniva compensato dalla sola presenza di un organo rappresentativo (in origine) dei parlamenti nazionali. L'Assemblea parlamentare (chiamata dal 1986 **Parlamento europeo**) nasceva infatti con funzioni puramente consultive.

La presenza del Parlamento europeo, tuttavia, offriva, almeno in prospettiva, una soluzione. Sarebbe infatti bastato ampliare i poteri di tale istituzione, in modo da controbilanciare i poteri del Consiglio. Il sistema si sarebbe così avvicinato ad una configurazione di tipo bicamerale.

Si è così assistito ad un lento ampliamento dei poteri dell'istituzione parlamentare europea. Tale aumento, tuttavia, è sempre avvenuto in una prospettiva di affiancamento al Consiglio e di condivisione di poteri tra le due istituzioni.

Il carattere duale o bicamerale del sistema appare infatti necessario per tenere conto della **duplice fonte di legittimazione** su cui l'azione dell'Unione si fonda: da un lato, la volontà dei cittadini, che si esprime attraverso l'elezione a suffragio universale diretto dei membri del Parlamento europeo; dall'altro la volontà degli Stati membri, che si esprime attraverso i rappresentanti dei rispettivi governi nel Consiglio.

Il Trattato di Lisbona ribadisce la logica della doppia legittimazione e la esplicita nell'**art.10 TUE**. Tale articolo afferma: «**il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa**» (**par.1**).

Il **par.2** chiarisce però che tale principio si attua in due direzioni diverse e complementari. Da un lato «**i cittadini sono direttamente rappresentati a livello dell'Unione nel Parlamento europeo**» (**primo comma**); dall'altro «**gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi Capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi**» (**secondo comma, prima parte**).

La norma mette in risalto che anche dalla rappresentanza degli Stati membri discende una forma indiretta di rappresentanza dei cittadini. I Capi di Stato o di governo e i governi che rappresentano gli Stati membri nel Consiglio europeo e nel Consiglio sono infatti «**a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini**» (**par.2, ultima parte**).

4.2. L'ampliamento dei poteri del Parlamento europeo è avvenuto per **tappe**.

La prima risale all'inizio degli anni '70, quando vengono approvati ed entrano in vigore il Trattato firmato a Lussemburgo il 22 aprile 1970 e il Trattato firmato a Bruxelles il 22

luglio 1975 (**Trattati di bilancio**). L'effetto dei due trattati è di attribuire al Parlamento europeo, che in precedenza svolgeva anche in questa materia una funzione puramente consultiva, ampi poteri in merito all'approvazione del bilancio unificato delle tre Comunità: il bilancio viene infatti adottato congiuntamente dal Consiglio e dal Parlamento europeo.

Il motivo che porta a tale riforma è l'introduzione del sistema delle **risorse proprie**. Il bilancio comunitario non sarebbe più stato alimentato mediante contributi versati da ciascuno Stato membro, ma attraverso risorse finanziarie autonome, definite dalla decisione del Consiglio del 21 aprile 1970.

4.3. Poco dopo si decide di dare attuazione ad una norma del **TCE (art.137)** che consentiva il passaggio al **suffragio universale diretto** per l'elezione dei membri del Parlamento europeo. In origine i membri erano invece designati da ciascun Parlamento nazionale tra i rispettivi componenti.

Benché, di per sé, l'attuazione dell'art.137 non comporti alcuna modifica di poteri, il Parlamento europeo ne trae un prestigio morale fortissimo.

4.4. Il Parlamento europeo moltiplica le iniziative per favorire una riforma delle Comunità in chiave maggiormente democratica. Si giunge alla firma dell'**Atto Unico europeo (AUE)** il 17 e il 28 febbraio 1986.

Per quanto riguarda i poteri del Parlamento europeo, si introducono due novità:

- 1) la **procedura di parere conforme**, che impedisce al Consiglio di approvare determinati atti senza l'approvazione parlamentare;
- 2) la **procedura di cooperazione**, che offre al Parlamento europeo maggiori opportunità per influire sulle deliberazioni del Consiglio, essendo questo costretto, in taluni casi, a ricorrere al voto unanime per superare l'opposizione parlamentare.

Su questa stessa scia, il 7 febbraio 1992 viene firmato a Maastricht il **Trattato sull'Unione europea (TUE)**. Esso aggiunge un'ulteriore procedura decisionale, nella quale i poteri del Parlamento europeo divengono determinanti: la **procedura di co-decisione**. In essa può dirsi che si realizza, in sostanza, un sistema bicamerale: nessuna delle istituzioni coinvolte è in grado di imporre all'altra la propria volontà, di modo che l'atto eventualmente approvato è ascrivibile ad entrambe.

Il Trattato firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997 (**Trattato di Amsterdam**) estende il campo d'applicazione della procedura di co-decisione a numerosi altri settori originariamente sottoposti a diverse procedure decisionali. La procedura stessa viene inoltre modificata e resa più rapida ed efficace.

Il **Trattato di Lisbona** infine permette di compiere ulteriori passi in direzione del rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo e, in generale, del carattere democratico dell'Unione.

- Da un lato si estende ulteriormente il campo d'applicazione della procedura di co-decisione, che viene ribattezzata **procedura legislativa ordinaria** → tale procedura viene parzialmente introdotta anche nel settore della Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.
- D'altro lato, per la prima volta i **parlamenti nazionali** sono chiamati dai trattati a svolgere un ruolo di controllo e di opposizione, soprattutto per quanto riguarda l'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Tuttavia, anche dopo il Trattato di Lisbona, per alcune materie di competenza dell'Unione, il Parlamento europeo mantiene funzioni puramente consultive. Nel settore della PESC, i poteri parlamentari sono poi ancora più limitati.

Il deficit democratico costituisce pertanto un problema non completamente risolto.

5. Segue: la riemersione della dimensione intergovernativa.

5.1. La riduzione del deficit democratico può essere vista come l'espressione di una tendenza volta a ravvicinare sempre di più la realtà istituzionale dell'Unione a quella di uno Stato moderno. Tale tendenza appare però contraddetta dalla **riemersione della dimensione intergovernativa**.

In effetti, si è assistito ad un progressivo recupero di forme di cooperazione di tipo più classico, nelle quali i singoli Stati membri detengono poteri interdittivi più consoni alla cooperazione intergovernativa che a quella secondo il metodo comunitario.

5.2. Un primo segnale è stata l'istituzione del **Consiglio europeo** quale ulteriore organo rappresentativo degli Stati membri, accanto e al di sopra del Consiglio.

La prassi di convocare riunioni tra le massime cariche politiche di ciascuno Stato membro (Capi di Stato e di Governo) viene istituzionalizzata nel vertice tenuto a Parigi, il 9 e 10 dicembre 1974. In quell'occasione, i Capi di Stato e di Governo decidono «*di riunirsi, accompagnati dai ministri degli esteri, tre volte l'anno e ogniqualvolta risulterà necessario, come Consiglio della Comunità e a titolo di cooperazione politica*». L'opportunità di tali riunioni si avverte di fronte alle difficoltà incontrate dal Consiglio (istituzione composta da semplici ministri) nel risolvere questioni di grande rilevanza politica.

Viene pertanto creato, al di sopra del Consiglio e dell'intera struttura istituzionale, il Consiglio europeo quale suprema istanza politica incaricata di dare l'impulso necessario allo sviluppo dell'integrazione europea e di definirne gli orientamenti politici generali.

Ciò avviene, inizialmente, in via di mera prassi. Successivamente nei trattati vengono inserite apposite norme che ne descrivono in maniera estremamente sintetica la composizione e le funzioni (art.2 AUE e art.4 TUE). Dopo il Trattato di Lisbona il Consiglio europeo figura addirittura tra le istituzioni dell'Unione.

La **composizione** resta in gran parte quella decisa in occasione del vertice di Parigi del 1974: i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri.

Permane pertanto il carattere intergovernativo della cooperazione messa in atto in questa sede. Le deliberazioni vengono assunte per consenso (cioè senza opposizione da parte di alcuno), salvo i casi in cui i trattati prevedano la maggioranza qualificata. Esse sono estrinsecate soprattutto in atti non formali: le **conclusioni**.

5.3. Un altro campo in cui si è manifestata la riemersione della dimensione intergovernativa riguarda le deliberazioni del Consiglio e, in particolare, le votazioni a **maggioranza qualificata**.

In un Consiglio composto da 28 membri, il principio dell'unanimità porterebbe inevitabilmente ad una situazione di blocco decisionale. I trattati prevedono infatti che, in numerosi casi, il Consiglio deliberi a maggioranza (raramente) semplice o (molto più spesso) qualificata.

Tuttavia, tale sistema di deliberazione ha sempre suscitato forti resistenze e profondi contrasti tra gli Stati membri.

Va ricordato il **Compromesso di Lussemburgo** (28-29 gennaio 1966 circa l'applicazione del voto a maggioranza qualificata). La risoluzione stabiliva che, qualora un membro del Consiglio facesse valere «*interessi molto importanti*» del proprio Stato, la discussione sarebbe proseguita per un «*ragionevole lasso di tempo*» al fine di pervenire a «*soluzioni che possano essere adottate da tutti i membri del Consiglio*». In breve, si decideva che la votazione a maggioranza qualificata dovesse essere rimandata o, addirittura, preclusa nel caso in cui il rappresentante di uno Stato membro lo richiedesse, facendo valere la presenza di importanti motivi di interesse nazionale.

Un'ulteriore decisione in materia era stata adottata in vista dell'adesione di Austria, Finlandia e Svezia (**Compromesso di Ioannina**, 29 marzo 1994). Si stabiliva che, di fronte ad una minoranza di poco inferiore ad una minoranza di blocco (cioè una somma di voti vicina a quella sufficiente per impedire il raggiungimento della maggioranza qualificata), il Consiglio non passasse

subito al voto, ma proseguisse la discussione per un «*tempo ragionevole*» al fine di raggiungere una soluzione che raccogliesse una maggioranza superiore al minimo necessario.

In conclusione, il principio maggioritario per le deliberazioni del Consiglio, pur non essendo mai stato completamente rinnegato, ha subito, nel tempo, alcuni ridimensionamenti ed è stato circondato da «cautele» a favore degli Stati messi in minoranza.

6. Segue: dalle Comunità europee all'Unione europea.

6.1. Anche l'istituzione dell'**Unione europea**, quale realtà che ha incorporato le Comunità europee e le altre forme di cooperazione tra gli Stati membri, avviene inizialmente nel segno del metodo intergovernativo.

Con gli anni, gli Stati membri avvertono il bisogno di estendere la loro cooperazione a settori inizialmente non rientranti nel campo d'applicazione dei trattati. In molti casi, ciò si traduce nell'attribuzione di nuove competenze alla Comunità europea, attraverso apposite modifiche apportate al TCE.

L'ampliamento delle competenze materiali comporta l'assoggettamento dei nuovi settori ai principi del metodo comunitario.

Non sempre però gli Stati membri hanno accettato di agire nel modo descritto. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, si assiste anche all'affermarsi e allo svilupparsi di forme di cooperazione tra Stati membri, collegate con l'attività delle Comunità, ma svolte secondo il metodo tradizionale della cooperazione intergovernativa, di modo che gli stessi Stati si trovano a cooperare su due piani differenti, per quanto complementari.

6.2. Il settore più importante in cui ciò si verifica è quello della **politica estera generale**.

Il TCE attribuiva alla competenza (esclusiva) della Comunità solo alcuni aspetti della politica estera: in particolare quello attinente agli scambi commerciali internazionali. Ciò implicava per gli Stati membri la necessità di un certo coordinamento anche degli aspetti non commerciali della rispettiva politica estera. Questo coordinamento non avviene però in sede comunitaria, preferendosi invece dar vita a periodiche riunioni dei ministri degli esteri o dei Capi di Stato e di governo, da tenersi, ove possibile, *a latere* delle riunioni del Consiglio o, secondo i casi, nell'ambito di quelle del Consiglio europeo.

Seguendo percorsi simili, si dà avvio a forme di **cooperazione nei settori della giustizia e affari interni**.

6.3. Dopo un lungo periodo di gestazione, il TUE permette finalmente di compiere importanti passi in avanti e di formalizzare la cooperazione già avviata.

Nel settore degli affari esteri, il TUE istituisce la **Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC)**, disciplinata dal Titolo V. Alla PESC viene affiancata la cooperazione in materia di **Giustizia e Affari Interni (GAI)**, disciplinata dal Titolo VI.

La PESC e la GAI, insieme alle (allora) tre Comunità, sono ricondotte ad una realtà comune, l'**Unione europea**, al cui

Figurativamente, l'Unione è infatti paragonata ad un tempio greco con un frontone sorretto da **tre pilastri**.

- **Il primo pilastro è costituito dalla cooperazione comunitaria;**
- **il secondo dalla PESC;**
- **il terzo dalla GAI.**

Il frontone rappresenta le disposizioni comuni contenute nel TUE, mentre il basamento è costituito dalle disposizioni finali.

sviluppo le varie componenti sono chiamate a contribuire.

Benché distinti, i tre pilastri sono quindi funzionalmente legati l'uno all'altro. Essi però vengono gestiti da un quadro istituzionale unico: le stesse istituzioni operano nell'ambito di tutti e tre i pilastri. Tuttavia, le modalità d'azione restano molto diverse.

6.4. Ulteriori passi verso l'assimilazione tra i tre pilastri vengono compiuti con il Trattato di Amsterdam e con il Trattato di Nizza.

- Da un lato, una parte consistente delle materie che rientravano nel pilastro GAI vengono trasferite nel primo pilastro e vengono quindi sottoposte al metodo comunitario. Nel terzo pilastro rimane la sola **Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale**.
- Dall'altro, si assiste all'introduzione parziale nel secondo e nel terzo pilastro di alcuni dei principi caratterizzanti del metodo comunitario.

In talune ipotesi, il Consiglio può deliberare anche a maggioranza qualificata. Viene inoltre accentuato il grado di obbligatorietà degli atti che il Consiglio può adottare e, per quanto riguarda il terzo pilastro, si manifesta una chiara tendenza ad assimilare gli atti che possono essere adottati in quel contesto a quelli tipici comunitari.

Nel terzo pilastro fa anche la sua comparsa la Corte di giustizia, fino ad allora tenuta fuori dalle forme di cooperazione non comunitarie.

6.5. Con la riforma dei trattati prevista dal Trattato di Lisbona viene meno solo la distinzione tra primo e terzo pilastro. Infatti, ciò che resta di quest'ultimo è stato interamente ricondotto sotto il Titolo V della Parte III del TFUE, dedicato allo **spazio di libertà, sicurezza e giustizia**.

L'inserimento dei settori già rientranti nel terzo pilastro tra quelli una volta di competenza comunitaria porta con sé alcune importanti novità sul piano istituzionale:

- eliminazione di ogni distinzione tra i tipi di atti che le istituzioni possono adottare;**
- applicazione, in molti casi, della procedura legislativa ordinaria;**
- estensione alle materie già di terzo pilastro della ordinaria competenza della Corte di giustizia.**

Permangono invece notevoli differenze per quanto riguarda l'ex secondo pilastro (PESC), la cui disciplina è infatti interamente riservata al TUE. La PESC rimane soggetta ad un regime speciale per quanto riguarda le procedure decisionali, gli atti da adottare e la quasi totale assenza di competenza della Corte di giustizia.

7. Segue: l'Europa a più velocità.

7.1. La progressiva (e ancora imperfetta) riconduzione al metodo comunitario delle forme di cooperazione che in passato avevano carattere puramente intergovernativo ha come prezzo una contaminazione dello stesso metodo comunitario. Nello stesso TCE cominciano infatti ad infiltrarsi soluzioni dal sapore chiaramente intergovernativo.

Un esempio è offerto dal sempre più frequente ricorso a forme di **COOPERAZIONE DIFFERENZIATA**, così detta perché applicabile ad un numero ristretto di Stati membri: si tratta del fenomeno noto come **Europa a più velocità**.

Si preferisce talvolta rinunciare all'idea di un'integrazione uguale per tutti e permettere agli Stati che lo desiderano di andare avanti senza gli Stati contrari, nella speranza che, col tempo, anche questi seguiranno.

7.2. Un primo esempio si realizza in ambito non comunitario. Si tratta dell'Accordo relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere firmato a Schengen il 14 giugno 1985 da Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi, noto come **Accordo di Schengen**. L'Accordo è finalizzato a ridurre drasticamente i controlli fisici sulle persone alle frontiere, con misure di accompagnamento per coordinare la politica di immigrazione da paesi terzi e la polizia degli stranieri.

La disciplina dell'Accordo e degli altri atti rientranti nel sistema dell'Accordo (c.d. **acquis di Schengen**) è stata integrata nel sistema della UE a partire dal Trattato di Amsterdam ma sotto forma di cooperazione rafforzata, in quanto ad essa rimangono estranei il Regno Unito e l'Irlanda.

7.3. Un secondo esempio riguarda l'**Unione Economica e Monetaria (UEM)**. Alla terza fase dell'UEM, quella che comporta l'adozione dell'euro quale unica moneta avente corso legale, non partecipano tutti gli Stati membri.

Il carattere differenziato della cooperazione in materia economica e monetaria è stato rispettato e persino accentuato dalle misure adottate per far fronte alla crisi economico-finanziaria scoppiata a partire dal 2008. In particolare, il Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (**Trattato MES**) è stato firmato dai soli Stati membri la cui moneta comune era l'euro al momento della firma, pur prevedendosi l'adesione degli Stati membri che in futuro siano ammessi ad adottare l'euro come moneta comune.

Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione Economica e Monetaria (**Fiscal Compact**), invece, è stato firmato il 2 marzo 2012 da un totale di 25 Stati membri, compresi quelli la cui moneta comune è l'euro, con l'esclusione del Regno Unito e della Repubblica Ceca. Anche in questo caso è prevista la possibilità di adesione per gli Stati membri non contraenti.

7.4. Esempi simili si moltiplicano con il Trattato di Amsterdam. In particolare, vengono previste a favore del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca clausole che consentono a tali Stati di non essere vincolati, salvo loro diversa volontà, dalle misure adottate in base al nuovo Titolo IV del TCE nei settori dei visti, diritto d'asilo, immigrazione e circolazione dei cittadini di paesi terzi.

La posizione di **estraneità dei tre Stati membri** indicati viene confermata dal Trattato di Lisbona rispetto all'intero Titolo IV del TFUE dedicato allo **spazio di libertà, sicurezza e giustizia**, che ha ad oggetto anche gli ultimi settori che erano rimasti nel terzo pilastro: la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia. Ciò comporta che, Regno

Unito, Irlanda e Danimarca sono sottratti all'applicazione di atti dell'Unione anche in settori per i quali in precedenza non godevano di alcun trattamento differenziato rispetto agli altri Stati membri.

Tuttavia, Regno Unito e Irlanda possono notificare la propria intenzione di partecipare a specifici atti (clausola **opting-in**). La Danimarca invece può decidere di rinunciare all'intero Protocollo che la riguarda o scegliere di sottoporsi ad un regime di **opting-in** caso per caso analogo a quello che si applica a Regno Unito e Irlanda.

7.5. Il Trattato di Amsterdam addirittura crea un apposito istituto di applicazione generale per permettere l'adozione di iniziative di integrazione limitate ad alcuni Stati membri: la **cooperazione rafforzata**. Ammessa inizialmente soltanto nel primo e nel terzo pilastro, la cooperazione rafforzata viene estesa dal Trattato di Nizza anche alla PESC.

Il Trattato di Lisbona ne moltiplica gli esempi. Di questi, il più grave appare il **Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** alla Polonia e al Regno Unito. Attraverso il citato strumento si è consentito ai due Stati membri in questione di accettare il carattere vincolante della Carta con alcune riserve che non si applicano agli altri Stati membri.

8. Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

8.1. Si è visto che negli ultimi decenni le riforme dei trattati si succedono con ritmo incalzante. La ragione di questo continuo ricorrere alla procedura di revisione è che nessuna delle riforme di volta in volta approvate sono giudicate sufficienti.

8.2. La genesi dell'ultimo trattato di riforma, quello di Lisbona, è particolarmente complessa. Il Trattato di Lisbona si ricollega al Trattato di Nizza al quale è allegata, in particolare, una **Dichiarazione relativa al futuro dell'Europa**. In essa si delinea un percorso per avviare «*un dibattito più approfondito e più ampio sul futuro dell'Unione europea*», stabilendo che un'ulteriore Conferenza intergovernativa di revisione sarebbe stata convocata nel 2004.

La dichiarazione stabilisce inoltre che il dibattito sarebbe stato avviato già nel 2001 «*con la cooperazione della Commissione e con la partecipazione del Parlamento europeo*» e con il contributo de «*i rappresentanti dei parlamenti nazionali e i portavoce dell'opinione pubblica nelle sue varie componenti, ossia ambienti politici, economici e accademici, esponenti della società civile, ecc.*». È previsto che anche i paesi candidati all'adesione siano associati al dibattito secondo modalità da definire.

Il Consiglio europeo di Laeken (2001) approva un'ulteriore dichiarazione, nota come **Dichiarazione di Laeken**, che definisce con maggiore precisione le questioni da risolvere, articolandole in una serie di domande puntuali.

L'aspetto più interessante consiste però nell'aver deciso di convocare una **Convenzione** «*composta dai principali partecipanti al dibattito sul futuro dell'Unione*» e con il compito «*di esaminare le questioni essenziali che il futuro dell'Unione comporta e di ricercare le diverse soluzioni possibili*».

La dichiarazione prevede che, alla fine dei suoi lavori, la Convenzione redigerà un documento finale che «*costituirà il punto di partenza della Conferenza intergovernativa, che prenderà le decisioni finali*».

8.3. La Convenzione esegue il mandato ricevuto il 18 luglio 2003, trasmettendo al Presidente del Consiglio europeo in carica un **progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa**.

Il 4 ottobre 2003 si aprono i lavori della nuova conferenza intergovernativa (**CIG**), che si trascinano fino a metà del 2004. Il Consiglio europeo tenutosi a Bruxelles il 17 e il 18 giugno 2004 approva infatti il testo del **Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa**, che viene poi solennemente firmato a Roma il 29 ottobre 2004.

Nonostante il ricorso al termine **Costituzione**, il testo firmato si presenta come un nuovo trattato, di natura del tutto simile a quella dei trattati precedenti, di cui, peraltro, è prevista la formale abrogazione.

Il testo è diviso in quattro parti. Nella prima parte trovano posto norme generali riguardanti le competenze, le istituzioni, gli atti, e la *membership*, ma anche norme in materia di cittadinanza, vita democratica e finanze. La seconda parte riproduce, con modifiche minori, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, diritti che «*l'Unione riconosce*». La terza parte costituisce un collage delle disposizioni del TCE e del TUE che non hanno trovato collocazione nella prima parte, talora con rilevanti modifiche. La quarta parte contiene norme generali e finali, quali l'art. IV-443 sulla procedura di revisione ordinaria e l'art. IV-447 sull'entrata in vigore.

8.4. A norma dell'**art. IV-447, par.1, del Trattato costituzionale** (che corrisponde all'art.54, par.1, TUE), «**il presente trattato è ratificato dalle Alte Parti Contraenti conformemente alle rispettive norme costituzionali**».

Solo 18 Stati membri provvedono invece alla ratifica o almeno ottengono l'autorizzazione parlamentare a procedere in questo senso. In Francia e nei Paesi Bassi si crea invece una situazione di stallo a causa dell'esito negativo dei *referendum* popolari indetti in questi due paesi.

Anche altri Stati membri scelgono allora di sospendere le procedure di ratifica. Lo stesso Consiglio europeo decide una pausa di riflessione fino al secondo semestre del 2006, prolungata fino al primo semestre 2007.

9. Il Trattato di riforma di Lisbona.

9.1. Dopo avere infruttuosamente esplorato varie soluzioni alternative, gli Stati membri si decidono a riaprire le trattative al fine di predisporre un nuovo testo di trattato che sia in grado di ottenere l'approvazione prima dei governi degli Stati membri e poi dei parlamenti nazionali e degli elettori in caso di referendum.

Tale scelta traspare dalla Dichiarazione solenne che i Capi di Stato e di governo degli Stati membri rendono il 25 marzo 2007 a Berlino, in occasione del 50° anniversario della firma del TCE. I Capi di Stato e di Governo proclamano di essere «**uniti nell'obiettivo di dare all'Unione europea [...] una base comune rinnovata**».

In seguito, il Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 decide di convocare una nuova CIG per definire il testo della riforma. Alla CIG viene assegnato un mandato estremamente preciso e dettagliato → si tratta di incorporare nel testo degli attuali TUE e TCE le innovazioni contenute nel Trattato costituzionale, con le modifiche indicate nel mandato. Si è così giunti all'approvazione del nuovo **Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea**, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, noto appunto come Trattato di Lisbona.

9.2. Rispetto al Trattato costituzionale, il Trattato di Lisbona presenta molti elementi di continuità ma anche numerose e importanti differenze.

- Per quanto riguarda gli **elementi di continuità**, la maggior parte delle innovazioni contenute nel Trattato costituzionale sono sopravvissute nel Trattato di Lisbona. Ciò vale in particolare per le principali riforme istituzionali. Anche la struttura a tre pilastri su cui l'Unione si reggeva è semplificata, se non abolita.

9.3. Numerosi sono anche gli **elementi di discontinuità**.

Conviene partire dalla scelta di procedere ad una **de-costituzionalizzazione** della riforma e di privarla di quelle caratteristiche di eccezionalità e di originalità che, nelle intenzioni della Convenzione per il futuro dell'Europa, avrebbero dovuto distinguerla dalle riforme precedenti. Questa scelta ha avuto numerose manifestazioni.

1. La **prima manifestazione** ha carattere formale. Il Consiglio europeo, nell'incipit del mandato per la CIG, dichiara che «**il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato**». Pertanto, non si procede più all'abrogazione del TUE e del TCE ma ci si limita ad emendarli. Il TUE è completamente riscritto. Il TCE si trasforma in **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)** e diventa il contenitore di tutte quelle disposizioni che sono giudicate di livello meno importante rispetto a quelle riservate al TUE.
2. La **seconda manifestazione** ha carattere terminologico. Non vengono più utilizzati alcuni termini che sembravano alludere ad una natura superstatuale dell'Unione.
3. La **terza manifestazione** è di contenuto e consiste nell'eliminare o attenuare alcune novità che avvicinavano il nuovo trattato a una vera e propria «costituzione».

La descritta de-costituzionalizzazione della riforma costituisce la componente centrale della complessa strategia messa in atto dal Consiglio europeo al fine di evitare il ripetersi delle difficoltà incontrate dal Trattato costituzionale in sede di ratifica e di assicurare l'opinione pubblica degli Stati membri.

La rimozione di quelle componenti che enfatizzavano l'idea di un processo costituente ha lo scopo di tranquillizzare i parlamenti nazionali che sono competenti a decidere della ratifica, e gli elettori di quegli Stati membri che, per un motivo o per un altro, siano chiamati a pronunciarsi in un *referendum*.

Altre differenze rispetto al Trattato costituzionale sembrano essersi rese necessarie per tenere conto dei ripensamenti in senso euro-scettico emersi nelle leadership di alcuni Stati membri, dopo il fallimento del Trattato costituzionale.

Il riferimento è all'inserimento, nei trattati e negli allegati protocolli, di una serie interminabile di **meccanismi di garanzia a favore degli Stati membri**.

Tali meccanismi sono di due tipi.

- a) Alcuni consentono ad uno o più Stati membri di bloccare o ritardare l'assunzione di decisioni alle quali siano contrari.
- b) Altri permettono ad uno o più Stati membri di sottrarsi alla obbligatorietà di certe parti dei trattati o di certi atti delle istituzioni o ancora di accettare di esserne vincolati ma in maniera diversa (e meno intensa) rispetto agli altri Stati (Europa a più velocità).

L'esempio più flagrante di meccanismi di garanzia del **primo tipo** è dato dal nuovo sistema di calcolo della maggioranza qualificata in sede di Consiglio: un numero di membri che rappresentano, secondo il periodo, i 3/4 o il 55% della popolazione dell'Unione o degli Stati membri può chiedere una proroga della discussione, precludendo così al Consiglio la possibilità di passare subito alla votazione.

Quanto ai meccanismi di garanzia del **secondo tipo**, la tendenza ad ammettere casi di cooperazione differenziata aumenta con il Trattato di Lisbona e coinvolge anche profili molto importanti del diritto dell'Unione, come quello della tutela dei diritti fondamentali, oltre che l'intero settore dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Sempre nella prospettiva di fugare le fobie antieuropeistiche presenti in alcuni Stati membri, vanno annoverati:

- da un lato, la ripetuta affermazione del **carattere reversibile del processo d'integrazione europea** → il Trattato costituzionale aveva già offerto un importante contributo, prevedendo a favore di ogni Stato membro il diritto di recesso unilaterale dai trattati.
Il Trattato di Lisbona ha inoltre inserito nei trattati piccole frasi o meri incisi che rivelano la presenza di una volontà pronta a far compiere dei passi indietro, piuttosto che dei progressi, all'Unione.
- dall'altro, la previsione di **strumenti idonei ad impedire un'espansione incontrollata delle competenze dell'Unione** → ci si può limitare a citare le novità inserite nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità rispetto al testo dell'analogo Protocollo allegato al Trattato costituzionale: si rafforza sensibilmente il potere di controllo e, indirettamente, di opposizione dei parlamenti nazionali rispetto ad atti che, a loro avviso, non siano conformi al principio di sussidiarietà.

10. Segue: la ritardata entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

10.1. Anche il Trattato di Lisbona, per entrare in vigore, necessita della **ratifica** di tutti gli Stati membri «*conformemente alle rispettive norme costituzionali*».

Problemi in sede di ratifica si sono avuti in alcuni Stati membri che avevano ratificato senza difficoltà il Trattato costituzionale: l'Irlanda e la Repubblica ceca.

10.2. In Irlanda, il 12 giugno 2008, gli elettori votano contro la ratifica in un primo *referendum* popolare. Successivamente, il Consiglio europeo adotta alcune misure che permettono al Governo irlandese di indire un secondo referendum il 2 ottobre 2009: questa volta l'esito è favorevole.

Le misure concordate dal Consiglio europeo sono di due tipi.

In primo luogo, si è stabilito che «*a condizione che il trattato di Lisbona entri in vigore, sia adottata una decisione conformemente alle necessarie procedure giuridiche, affinché la Commissione continui a comprendere un cittadino di ciascuno Stato membro*». Il Consiglio europeo dà così l'impressione di impegnarsi a modificare l'art.17, par.5, TUE che prevede una composizione ridotta della Commissione.

In secondo luogo, si è deciso di venire incontro a preoccupazioni manifestate dal Governo irlandese in merito a talune materie, adottando una decisione dei Capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri della UE, riuniti in sede di Consiglio europeo e una dichiarazione solenne sui diritti dei lavoratori, sulla politica sociale e altre questioni, nonché prendendo atto di una dichiarazione unilaterale dell'Irlanda, tutte allegare alle conclusioni della Presidenza.

Analogamente, il Consiglio europeo ha operato, nella riunione di Bruxelles del 29-30 ottobre 2009, di fronte al mancato perfezionamento dell'atto di ratifica da parte della Repubblica ceca.

In questo caso è stato «*convenuto di allegare, all'atto della conclusione del prossimo trattato di adesione e in conformità alle rispettive norme costituzionali, un protocollo al TUE e al TFUE*». Il protocollo in questione, intitolato **Protocollo sull'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Repubblica ceca**, avrebbe esteso a questo Stato il Protocollo n.30 e avrebbe permesso a tale Stato di applicare la Carta con le stesse riserve che sono già state accordate alla Polonia e al Regno Unito.

10.3. Anche in Germania la ratifica del trattato di Lisbona è stata ritardata da un intervento della Corte costituzionale federale.

Nella sentenza 30 giugno 2009, la Corte dichiara incostituzionale la legge che rafforza i poteri del Parlamento tedesco in relazione alle nuove funzioni che è chiamato ad esercitare in applicazione del Trattato di Lisbona, prescrivendo che la ratifica tedesca non possa essere perfezionata fino all'entrata in vigore di una nuova legge.

Superate tutte queste difficoltà, il Trattato di Lisbona è finalmente entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

11. La riforma della governance economica.

11.1. Nel 2008, con il fallimento della banca Lehman Brothers, negli Stati Uniti scoppia una grave **crisi bancaria**. La crisi presto si diffonde in tutto il mondo e in particolare in Europa, costringendo le autorità nazionali e dell'Unione ad assumere provvedimenti inediti.

Di fronte alla crisi, gli Stati membri hanno dovuto impegnarsi a rifinanziare le proprie banche. Ciò si è tradotto in un notevole peggioramento delle finanze pubbliche.

A partire dal 2009 si manifesta la **crisi del debito sovrano**. Dapprima in Grecia e poi via via in Irlanda, in Portogallo, in Spagna e in Italia, alcuni Stati membri la cui moneta comune è l'euro si trovano nell'impossibilità o in gravi difficoltà per far fronte all'ingente stock di debito pubblico accumulato negli anni passati e aumentato a causa della crisi bancaria.

In particolare, gli investitori, temendo che tali Stati non siano in grado in futuro di onorare i propri debiti, richiedono tassi di interesse altissimi per le nuove emissioni di debito. Si verifica pertanto l'aumento del differenziale tra i tassi richiesti sul debito degli Stati più deboli della zona euro e quelli praticati sul debito degli Stati più sani (*spread*).

Queste difficoltà inducono l'Unione e i suoi Stati membri a promuovere una profonda riforma del coordinamento delle politiche economiche quale originariamente disciplinato dai trattati.

La crisi del debito sovrano rivela invece la debolezza e l'insufficienza del *volet economico* della UEM.

La riforma è consistita in due diverse componenti:

- **istituzione di un sistema per venire in soccorso agli Stati membri che si trovino in gravi difficoltà finanziarie, per evitare che tali difficoltà possano riverberarsi sull'intera zona euro e sul funzionamento dell'UEM;**
- **rafforzamento del coordinamento e della vigilanza delle politiche economiche nazionali, per evitare che si ripetano situazioni come quelle verificatesi a partire dal 2009.**

11.2. Sul primo versante, gli Stati membri della zona euro hanno dato vita a quello che viene comunemente definito un **Fondo salva-Stati**. Esso è stato creato attraverso il Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità (**Trattato MES**), firmato l'11 luglio 2011, in una prima versione, e il 2 febbraio 2012, nella versione definitiva, dai soli Stati membri la cui moneta comune era l'euro al momento della firma.

L'istituzione del MES ha reso necessaria una modifica del TFUE. Era infatti dubbio che un fondo del genere sarebbe stato compatibile con l'art.125 TFUE (c.d. clausola del *no-bail out*, cioè divieto per l'Unione e per gli Stati membri di farsi carico di debiti di altri Stati membri). Per evitare contestazioni, il Consiglio europeo ha stabilito di ricorrere alla procedura semplificata di revisione ai sensi dell'art.48, par.6, TUE. È stato così aggiunto all'**art.136** un **paragrafo 3**, che recita: **"Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità"**.

Il nuovo paragrafo, pertanto, non istituisce esso stesso un fondo come il MES, ma consiste in una mera clausola che abilita gli Stati membri della zona euro a farlo tra di loro. Di fatto questo risultato è stato raggiunto mediante il Trattato MES, cioè attraverso un accordo concluso da alcuni Stati membri che svolge un compito complementare rispetto alle disposizioni del TFUE sull'UEM. Il MES, infatti, alla luce di quanto avvenuto in questi anni, rappresenta uno strumento indispensabile al corretto funzionamento della zona euro e, in particolare, alla sua stabilità. La sede è a Lussemburgo. L'oggetto è

di reperire fondi per fornire, sotto stretta condizionalità, assistenza finanziaria agli Stati parte, che conoscano o siano minacciati da gravi difficoltà finanziarie, se indispensabile per garantire la stabilità finanziaria dell'insieme della zona euro e dei suoi Stati membri. Pur dotata di organi autonomi, al suo funzionamento partecipano con ruolo molto importante le istituzioni dell'Unione, in particolare la Commissione e la BCE.

11.3. Sul versante della riforma della governance economica, le molteplici iniziative assunte a partire dal 2010 formano un quadro molto variegato e perciò stesso poco coerente e leggibile:

- **misure approvate a «trattati immutati»**, cioè in conformità all'attuale disciplina dettata dal Titolo VIII della Parte III del TFUE, senza necessità di ricorrere alle procedure di revisione di cui all'art.48 TUE.

Nel primo gruppo, rientrano gli atti legislativi che insieme compongono il c.d. **Six Pack**.

Si tratta del reg. (UE) n.1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio; del reg. (UE) n.1177/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio; del reg. (UE) n.1173/2011

del Parlamento europeo e del Consiglio; del reg. (UE) n.1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio; del reg. (UE) n.1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio; della dir.2011/85/UE del Consiglio.

I primi due modificano e rafforzano il c.d. **Patto di Stabilità e di Crescita (PSC)**, avente ad oggetto la migliore definizione e il carattere semi-automatico delle procedure contro i disavanzi pubblici eccessivi.

Il Six Pack è stato completato da altri due regolamenti (il c.d. **Two Pack**): i reg. (UE) n.472/2013 e n.473/13 del Parlamento europeo e del Consiglio.

- **misure** che, proprio perché avrebbero richiesto una revisione vera e propria dei trattati e perciò l'approvazione da parte di tutti gli Stati membri, sono state **adottate al di fuori del contesto dell'Unione**, attraverso accordi intergovernativi tra i soli Stati membri disponibili;
Il secondo gruppo è costituito dal Trattato per la stabilità, il coordinamento e la governance dell'Unione economica e monetaria (TSCG), più noto come **Fiscal Compact**.
Con tale atto, i 25 Stati contraenti, in qualità di Stati membri dell'Unione, tra i quali tutti gli Stati della zona euro, «**convengono di rafforzare il pilastro economico dell'unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio attraverso un patto di bilancio, a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la governance della zona euro**».

Il Fiscal Compact è visto come uno strumento complementare rispetto ai trattati, che dovrebbe facilitare il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.

Il Fiscal Compact consta di tre parti principali: Patto di bilancio; Coordinamento delle politiche economiche e convergenza; Governance della zona Euro.

Del Patto di bilancio, la disposizione centrale è l'**art.3, par.1, lettera a**. Essa contiene il **principio del pareggio di bilancio**: «**la posizione di bilancio della pubblica amministrazione di una parte contraente è in pareggio o in avanzo**», con l'obbligo per gli Stati contraenti di recepire la *golden rule* e le altre specificazioni dettate dall'art.3 «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente - preferibilmente costituzionale - o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio».

L'Italia ha adempiuto a tale obbligo con la L. cost. n.1 del 20 aprile 2012, che ha modificato l'art.81 Cost., con l'inserimento del principio del pareggio di bilancio: «*Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*».

L'art.4 del Fiscal Compact stabilisce un obbligo di riduzione del disavanzo eccessivo che superi il 60% del PIL in ragione di un ventesimo all'anno.

Le novità in materia di **governance economica** previste dal Fiscal Compact riguardano il Vertice euro (noto come **Euro Summit**).

L'Euro Summit è composto dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri la cui moneta è l'euro e dal Presidente della Commissione.

- **misure** che, per quanto di contenuto significativo, hanno natura di *soft law* e sono pertanto **prive di valore cogente**.
Nel terzo e ultimo gruppo figura in primo piano il Patto per l'euro, che istituisce un coordinamento più stretto delle politiche economiche per la competitività e la convergenza noto come **Patto Euro Plus**. Si tratta di un atto non vincolante, contenente impegni di natura politica sottoscritti dai Capi di Stato o di governo dei paesi dell'area euro e da quelli di Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania.

La finalità del Patto è quella di «consolidare il pilastro economico dell'unione monetaria, fare un salto di qualità nel coordinamento delle politiche economiche, migliorare la competitività e, quindi, aumentare il livello di convergenza».

12. La natura dell'Unione europea.

12.1. Definire quale sia la natura dell'Unione europea costituisce una questione dibattuta. È pertanto opportuno dedicarsi sin d'ora qualche breve riflessione.

La **prima domanda** che occorre porsi è **se**, soprattutto dopo le riforme del Trattato di Lisbona e la riconduzione dell'intero processo di integrazione europea ad un ente unitario (l'Unione), dotato di personalità giuridica autonoma, **si sia formato un vero e proprio Stato europeo in sostituzione degli Stati membri**.

La risposta è certamente negativa. L'Unione non è uno Stato e, d'altra parte, gli Stati membri non hanno perso la loro statualità individuale.

Anche da un punto di vista empirico, non potrebbe sostenersi che l'Unione europea eserciti effettivamente un potere completo di governo su un proprio territorio e su una propria popolazione. Al contrario, è incontestabile che gli Stati membri continuano anche oggi a svolgere quasi tutte le funzioni essenziali di controllo e di amministrazione che costituiscono gli attributi tradizionali della sovranità statale.

Le disposizioni delle varie costituzioni nazionali che consentono a ciascuno Stato di partecipare al processo di integrazione europea e permettono l'accettazione delle necessarie limitazioni di sovranità o il trasferimento di porzioni di essa alle istituzioni europee non contemplano l'ipotesi estrema di una fusione degli Stati membri in una nuova entità europea di tipo federale.

12.2. La natura non statale dell'Unione è legata ad alcune sue caratteristiche riscontrabili anche dopo il Trattato di Lisbona. Tali caratteristiche costituiscono i limiti massimi di espansione del processo di integrazione europea che le Costituzioni nazionali attuali possono tollerare:

- la **mancaza del potere di definire autonomamente le proprie competenze.**

La prima caratteristica è legata al **principio d'attribuzione**. A differenza di uno Stato, l'Unione europea «*agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dai trattati e per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti*». L'Unione non gode pertanto della c.d. competenza della competenza, dipendendo l'estensione dei suoi poteri, ma anche gli obiettivi che attraverso tali poteri deve perseguire, da quanto hanno deciso gli Stati membri nei trattati.

L'importanza di questa caratteristica porta le Corti costituzionali a guardare con sospetto quelle clausole che consentono un'espansione delle competenze dell'Unione senza necessità di procedere ad una modifica dei trattati.

- la **necessità del consenso unanime degli Stati membri per modificare i trattati.**

La seconda caratteristica attiene alla **natura dei trattati**. Se l'Unione fosse uno Stato federale, i trattati ne rappresenterebbero la Costituzione e sarebbero pertanto modificabili attraverso procedure che richiedono maggioranze particolarmente elevate, a garanzia del principio democratico, ma non l'unanimità degli Stati membri. Il fatto che invece tanto nella procedura di revisione ordinaria, quanto in quelle semplificate ci sia bisogno del consenso unanime di tutti gli Stati membri dimostra come i trattati abbiano ancora la natura di **trattati internazionali** conclusi da Stati sovrani. Questi rimangono perciò i padroni dei trattati e ne decidono il destino, fino al punto di riservarsi il diritto di recesso unilaterale.

- il **diritto di recesso unilaterale di uno Stato membro ai sensi dell'art.50 TUE.**

La terza caratteristica (**diritto di recesso unilaterale**) dimostra che l'Unione è una libera associazione di Stati, ciascuno dei quali può decidere di mettere fine alla propria partecipazione in base ad una propria scelta. Una clausola come l'art.50 TUE non trova alcun equivalente in altre Costituzioni, nemmeno di tipo federale.

12.3. Escluso che l'Unione sia uno Stato, la **seconda domanda** che occorre porsi è **se l'Unione costituisca nient'altro che una forma, per quanto molto avanzata, di organizzazione internazionale**, cioè un ente creato dagli Stati europei per poter cooperare tra di loro su base stabile in determinati settori e per raggiungere obiettivi comuni, **o se invece si tratti di una figura intermedia che, pur non essendo ancora uno Stato, non è nemmeno più una semplice organizzazione internazionale**. Nella seconda ipotesi, l'Unione sarebbe una realtà originale, estranea agli schemi noti, e dinamica, perché soggetta ad un continuo ed inesorabile processo di trasformazione e di rafforzamento, il cui esito finale non è al momento prevedibile.

Il *quid pluris* che sembra distinguere l'Unione è costituito dal fatto che, in suo favore, gli Stati membri avrebbero trasferito «settori» o «porzioni» della propria sovranità. L'Unione sarebbe pertanto un ente titolare di una sua sovranità, pur trattandosi di una sovranità parziale, perché limitata alle materie previste dai trattati, e derivata, perché frutto di un conferimento ad opera degli Stati membri e non di un atto o fatto autonomo.

Secondo la Corte «*la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*».

La visione della Corte viene ribadita poco dopo nella celebre sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa C. ENEL.

La Corte enuncia per la prima volta il principio del primato delle norme del TCE rispetto alle norme nazionali.

La Corte afferma che «*a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare*». Secondo la Corte, «*istituendo una Comunità senza limiti di*

durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzione dagli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

12.4. L'idea di una «specialità» della CE prima e dell'Unione ora e di una loro differenza strutturale rispetto ad altri fenomeni di cooperazione organizzata tra Stati ha finito per essere accettata. Ne sono testimoni, in primo luogo, le stesse **Costituzioni degli Stati membri**, le quali **si sono dotate di apposite «clausole europee»** per consentire la partecipazione al processo di integrazione e il trasferimento di competenze statali all'Unione. Se la sottoscrizione dei trattati sulla Comunità/Unione rappresentasse null'altro che l'accettazione di vincoli internazionali come tanti altri, non si spiegherebbe la necessità di clausole del genere e soprattutto delle procedure di approvazione particolarmente solenni e «aggravate» che quasi sempre tali clausole prescrivono.

Nello stesso senso depone, in secondo luogo, la giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali. Le Corti hanno riconosciuto l'**efficacia diretta e il primato del diritto di fonte sovranazionale rispetto a quello di fonte nazionale**. Tale accettazione implica che, nei settori che i trattati attribuiscono alla competenza all'Unione (o almeno in quelli in cui le norme dell'Unione godono delle caratteristiche dell'efficacia diretta e del primato), le Corti costituzionali riconoscono che il potere di governo, sul piano della potestà normativa, non appartiene più agli Stati membri.

La seconda domanda richiede quindi una risposta positiva: **l'Unione non è una semplice organizzazione internazionale**, ma è dotata, nei settori che sono stati attribuiti alla sua competenza o in alcuni di essi, di poteri assimilabili a quello di un vero e proprio Stato. D'altra parte, la sovranità statale rimane limitata dalle competenze attribuite all'Unione. Ovviamente l'attuale assetto non è definitivo.

PARTE 1 - IL QUADRO ISTITUZIONALE

1. Considerazioni generali.

1.1. All'interno della struttura dell'UE si distinguono alcuni organi, denominati **istituzioni** (**art.13, par.1, comma 2, TUE**):

- il Parlamento europeo
- il Consiglio europeo (novità)
- il Consiglio
- la Commissione europea (Commissione)
- la Corte di giustizia dell'Unione europea
- la Banca centrale europea (BCE) (novità)
- la Corte dei Conti.

All'interno di alcune di queste istituzioni operano **“organi monocratici”**:

- il Presidente del Consiglio europeo;
- l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (Alto rappresentante);
- il Presidente della Commissione.

Le istituzioni sono le stesse per l'intera Unione. Ne discende che l'insieme del sistema è gestito da un **quadro istituzionale unico**. Tuttavia, il ruolo e i poteri delle diverse istituzioni mutano spostandosi da azione ad azione e da politica a politica.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le disposizioni relative alla composizione, ai poteri e al funzionamento delle istituzioni, che in passato si rinvenivano, per lo più, nel TCE, risultano ora distribuite tra il TUE e il TFUE.

1.2. Il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio e la Commissione possono definirsi **“istituzioni politiche”**, in quanto svolgono funzioni di politica attiva, partecipando all'adozione di diversi tipi di atti che modificano o integrano l'ordinamento dell'Unione.

Le istituzioni politiche si distinguono nettamente dalla Corte di giustizia e dalla Corte dei conti, che possono definirsi **“istituzioni di controllo”**:

1. la prima ha compiti di controllo giurisdizionale sull'attività delle istituzioni politiche e degli Stati membri;
2. la seconda esercita il controllo contabile sulle entrate e sulle spese delle istituzioni politiche.

Un caso a sé è rappresentato dalla **BCE**, che è un'istituzione specializzata, dal momento che agisce solo nell'ambito dell'Unione economica e monetaria (UEM) ed esercita la competenza esclusiva dell'Unione in materia monetaria per gli Stati che hanno adottato l'euro come moneta comune.

1.3. Secondo l'**art.13, par. 1, comma primo, TUE**, **«l'Unione dispone di un quadro istituzionale che mira a promuoverne i valori, perseguirne gli obiettivi, servire i suoi interessi, quelli dei suoi cittadini e quelli degli Stati membri, garantire la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni»**.

Da tale disposizione si evince che le azioni svolte dalle istituzioni nell'ambito dei diversi settori di competenza dell'Unione devono essere tra di loro coordinate, secondo il **c.d. principio di coerenza**.

Tale principio assume particolare importanza per quanto riguarda l'azione esterna.

1.4. L'art. 13, par. 2, TUE enuncia il **principio dell'equilibrio istituzionale**. La prima frase dispone infatti che «**ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previsti**».

Il principio qui esaminato attiene ai rapporti tra le varie istituzioni e impone a ciascuna di esse di rispettare le competenze attribuite dai trattati alle altre istituzioni. La violazione di tale principio trova apposita sanzione nel vizio di incompetenza previsto dall'art.263, secondo comma, TFUE, e comporta l'illegittimità dell'atto adottato da un'istituzione diversa da quella competente. La garanzia del principio dell'equilibrio istituzionale è altresì assicurata dalla rigorosa osservanza delle **procedure decisionali** previste dal Trattato per le singole materie.

1.5. La seconda frase dell'art.13, par.2 è dedicata al **principio della leale collaborazione**: «**le istituzioni attuano tra di loro una leale collaborazione**».

Il principio, inizialmente non sancito da alcuna norma dei trattati, è stato individuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia deducendolo dall'allora art.10 TCE, che prevedeva un obbligo di leale collaborazione a carico degli Stati membri nei confronti della Comunità.

Lo stesso principio è sancito dall'**art.4, par.3, TUE**, per quanto riguarda i rapporti tra Unione e Stati membri: «**In virtù del principio di leale collaborazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati**».

1.6. Prima del Trattato di Lisbona, si riteneva che per le istituzioni valesse anche il **principio del rispetto dell'acquis**.

La **nozione** indica comprensivamente l'insieme di quanto è stato realizzato (acquisito) in un determinato momento storico sul piano dell'integrazione europea.

Nel tempo si era affermato il principio secondo cui l'*acquis* deve essere rispettato: non sarebbe stato consentito approvare atti che costituissero un regresso rispetto all'obiettivo di una sempre maggiore integrazione.

Il principio avrebbe riguardato tanto gli Stati membri quanto le istituzioni.

1. Dal primo punto di vista avrebbe comportato l'impossibilità per gli stessi Stati membri di modificare i trattati in senso peggiorativo.
2. Dal secondo punto di vista, alle istituzioni non sarebbe stato permesso proporre e approvare atti regressivi.

A questo profilo si riferiva più volte il TUE nella versione precedente il Trattato di Lisbona. In particolare, l'**art.3, primo comma**, disponeva che le istituzioni devono operare «**rispettando e sviluppando nel contempo l'acquis comunitario**».

È dubbio che il principio del rispetto dell'*acquis* sia stato confermato dal Trattato di Lisbona.

Da un lato, l'**art.48, par.1, TUE**, consente ora che i trattati siano modificati nel senso di ridurre anziché ampliare le competenze dell'Unione.

D'altro lato, la parte dell'**art.3, primo comma, TUE**, che impegnava le istituzioni a rispettare e a sviluppare l'*acquis*, è stata soppressa.

2. Il Parlamento europeo.

2.1. L'art.14, par. 2, TUE, prevede che «**il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione**».

Secondo l'art.189, primo comma, TCE invece il Parlamento europeo era «*composto dai rappresentanti dei popoli degli Stati membri riuniti nella Comunità*». La nuova formulazione si collega alla previsione dell'art.22, par.2, TFUE, secondo cui il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni per il Parlamento europeo che si tengono in uno Stato membro spetta anche ai cittadini di altri Stati membri, che siano residenti nel territorio del primo.

L'**art.14, par.3, TUE**, dispone che «**i membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto**».

Ai sensi dell'**art.223, par.1, primo comma, TFUE**, l'elezione dei membri del Parlamento europeo potrebbe avvenire «**secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri**». Le disposizioni necessarie sono approvate secondo una procedura legislativa speciale che prevede le seguenti tappe:

- iniziativa del Parlamento europeo;
- delibera all'unanimità del Consiglio;
- approvazione del Parlamento europeo;
- approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

La disciplina attualmente in vigore si limita a stabilire alcuni principi comuni che riguardano i seguenti aspetti: carattere di tipo proporzionale del voto; regime delle incompatibilità; principio «un elettore - un voto»; periodo di svolgimento delle elezioni e

momento di inizio dello spoglio delle schede elettorali. Per il resto la disciplina della procedura elettorale resta affidata alla competenza di ciascuno Stato membro per quanto riguarda l'elezione dei propri rappresentanti.

La **durata del mandato** è di cinque anni.

Quanto al **numero** dei membri, l'**art.14, par.2**, si limita a stabilire un numero massimo che «*non può essere superiore a 750, più il presidente*» e a precisare che «*la rappresentanza dei cittadini è garantita in modo degressivamente proporzionale, con una soglia minima di 6 membri per Stato membro*» e una soglia massima di «*96 seggi*». Il numero totale e la distribuzione dei seggi tra gli Stati membri sono disposti con una decisione del Consiglio europeo, adottata su iniziativa del Parlamento europeo e con la sua approvazione.

Al momento non è chiaro se il recesso del Regno Unito dall'Unione europea comporterà una riduzione del numero totale di componenti del Parlamento europeo o se si opterà per una redistribuzione dei 73 componenti originariamente destinati al Regno Unito tra i 27 membri rimanenti.

2.2. Il Parlamento europeo dispone di alcuni **organismi**. Tra questi, particolare importanza assume il **Presidente**, il quale dirige i lavori del Parlamento e lo rappresenta nelle relazioni internazionali, nelle cerimonie, negli atti amministrativi e giudiziari. Il Presidente è assistito da 14 vicepresidenti, insieme ai quali costituisce l'Ufficio di Presidenza con funzioni consultive. I membri del Parlamento sono organizzati in Gruppi politici. Il numero minimo di componenti è 25, provenienti da almeno un quarto degli Stati membri.

Il Parlamento europeo lavora in aula (dove possono partecipare tutti i membri) o in commissione. Le **commissioni** sono di due tipi:

- a) **commissioni permanenti** → sono previste in un allegato al regolamento interno e si ripartiscono gli affari di cui l'istituzione è investita a seconda della materia.
- b) **commissioni speciali e temporanee d'inchiesta** (art.226 TFUE).

2.3. Il **par.1 dell'art.14 TUE** descrive le **funzioni del Parlamento europeo**: «*esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio. Esercita funzioni di controllo politico e consultive alle condizioni stabilite dai trattati. Elegge il presidente della Commissione*».

Le funzioni più importanti possono essere raggruppate in due categorie:

1. **funzioni di controllo politico**;
2. **funzioni di partecipazione all'adozione degli atti dell'Unione, in particolare quelli di natura legislativa**.

2.4. Per esercitare le funzioni di **controllo politico**, il Parlamento dispone di numerosi canali attraverso i quali riceve informazioni sull'operato delle altre istituzioni e degli Stati membri e dei privati. L'informazione regolare e periodica è assicurata dalla presentazione al Parlamento di relazioni o rapporti da parte di altre istituzioni e organi, soprattutto della Commissione. La più importante è la **relazione generale annuale**, presentata dalla Commissione ed esaminata dal Parlamento ai sensi dell'art.233 TFUE.

Il Parlamento europeo deve essere consultato regolarmente dall'Alto rappresentante «sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune» e informato «dell'evoluzione di tali politiche».

Il Parlamento europeo dispone altresì del potere di procurarsi autonomamente informazioni attraverso lo strumento delle **interrogazioni** e quello delle **audizioni** della Commissione, del Consiglio e del Consiglio europeo.

Oltre questi canali "istituzionali" di informazione, il Parlamento europeo può trarre informazioni e stimoli dall'iniziativa degli **individui**. Si segnalano tre strumenti di comunicazione tra il Parlamento e gli elettori: le petizioni, le denunce e il ricorso al Mediatore europeo.

- a) Il diritto di presentare **petizioni** al Parlamento «*su una materia che rientra nel campo d'attività dell'Unione*» spetta a qualsiasi cittadino dell'Unione, nonché a qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro. Occorre tuttavia dimostrare che la materia oggetto della petizione «*concerne direttamente*» l'autore.
- b) È inoltre possibile presentare al Parlamento **denunce** «*di infrazione o di cattiva amministrazione nell'applicazione del diritto dell'Unione*», riguardo alle quali il Parlamento può decidere di istituire una commissione temporanea di inchiesta, eccetto «*quando i fatti di cui trattasi siano pendenti dinanzi ad una giurisdizione e fino all'espletamento della procedura giudiziale*».

c) Infine, il Parlamento europeo può essere investito dal **Mediatore europeo**. Qualsiasi cittadino dell'Unione, nonché qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro può rivolgersi per lamentare «*casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, salvo la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali*».

Il Mediatore europeo è una persona indipendente e autorevole, nominata dal Parlamento europeo. Una volta ricevuto un ricorso, il Mediatore effettua le proprie indagini e, se ritiene che sussista un caso di cattiva amministrazione, si rivolge all'istituzione interessata, che dispone di tre mesi per comunicare il proprio parere. Sulla base delle risposte fornite, il Mediatore elabora una relazione che trasmette al Parlamento e all'istituzione interessata. Di questa relazione viene informata anche la persona che aveva presentato il ricorso.

Il Mediatore è dunque privo di un potere coercitivo autonomo, ma può contare sul prestigio morale della propria funzione per ottenere un intervento dell'istituzione interessata o, in difetto, del Parlamento.

2.5. A fronte di queste molteplici fonti e strumenti di informazione, il Parlamento dispone di **poteri sanzionatori** solo nei confronti della **Commissione**. Essi si esprimono nel potere di approvare una **mozione di censura** (art.234 TFUE). In caso di approvazione, i membri della Commissione «*si dimettono collettivamente dalle loro funzioni*»; per quanto riguarda l'Alto rappresentante le dimissioni riguardano solo «*le funzioni che esercita in seno alla Commissione*». La mozione di censura comporta, quindi, il dimissionamento d'ufficio dell'intera Commissione.

La mozione di censura, una volta presentata, può essere discussa solo dopo 3 giorni dal deposito, deve essere votata con scrutinio pubblico e approvata da due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri che compongono il Parlamento.

2.6. Il controllo del Parlamento sull'operato del **Consiglio** invece riveste carattere meramente morale.

Considerata l'assenza di poteri nei confronti del Consiglio, il Parlamento, per tutelare le proprie prerogative ed impedire che possano essere impunemente violate dalle altre istituzioni, è stato costretto a percorrere una via del tutto inusuale per un'assemblea elettiva: ha dovuto utilizzare il sistema di **controllo giurisdizionale** previsto dai trattati, presentando ricorso alla Corte di giustizia contro atti o comportamenti del Consiglio compiuti senza rispettare i poteri parlamentari.

Lo strumento più utilizzato dal Parlamento europeo è il ricorso d'annullamento (art.263 TFUE). Il testo di tale norma include il Parlamento tra i ricorrenti privilegiati e gli riconosce un diritto generale di ricorso, esercitabile anche quando non sia in gioco la salvaguardia delle prerogative parlamentari.

3. Il Consiglio.

3.1. Il Consiglio è un **organo di Stati** in quanto è composto da soggetti che rappresentano direttamente i singoli Stati membri di appartenenza.

ART.16, par.2, TUE → la **composizione** del Consiglio è la seguente: «*Il Consiglio è composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale, abilitato a impegnare il governo dello Stato membro che rappresenta e ad esercitare il diritto di voto*».

La designazione compete al Governo, che opererà «sulla base di criteri e procedure determinati con un accordo generale di cooperazione tra Governo, Regioni a statuto ordinario e a statuto speciale stipulato in sede di Conferenza Stato-Regioni». Il processo di **formazione della posizione del Governo italiano** nel Consiglio è ora oggetto di disposizioni che hanno lo scopo di favorire un'ampia partecipazione di tutti gli organi e i soggetti interessati e, in particolare, di coinvolgere a) il Parlamento, b) le Regioni e le Province autonome, c) gli altri enti territoriali, nonché d) le parti sociali e le categorie produttive.

Per quanto riguarda il **funzionamento**, diversamente dal Parlamento europeo e dalla Commissione, il Consiglio non è un organo permanente. Esso si riunisce, in **formazioni** tipizzate dalla prassi che agiscono secondo calendari differenziati e nelle quali gli Stati membri si fanno rappresentare di volta in volta dal ministro competente per la materia dell'ordine del giorno. L'**art.16, par.6, TUE**, prevede direttamente soltanto il Consiglio «Affari generali» e il Consiglio «Affari esteri». L'elenco delle «*altre formazioni del Consiglio*» è invece stabilito con decisione del Consiglio europeo a maggioranza qualificata.

- Le funzioni del **Consiglio «Affari generali»** sono le seguenti: «*assicura la coerenza dei lavori delle varie formazioni del Consiglio; [...] prepara le riunioni del Consiglio europeo e ne assicura il seguito in collegamento con il Presidente del Consiglio europeo e la Commissione*».
- Il **Consiglio «Affari esteri»** ha invece il compito di elaborare «*l'azione esterna dell'Unione, secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo*» e di assicurare «*la coerenza dell'azione dell'Unione*». Esso è presieduto dall'Alto rappresentante.

3.2. Dopo il Trattato di Lisbona, la disciplina della **Presidenza** del Consiglio è molto diversa a seconda che si tratti del Consiglio «Affari esteri» o di tutte le altre formazioni.

- Per quanto riguarda il Consiglio «Affari esteri», la Presidenza è attribuita in via permanente all'Alto rappresentante.
- Per le altre formazioni, compreso il Consiglio «Affari generali», la Presidenza passa da uno Stato membro all'altro, secondo un sistema di «**rotazione paritaria**» alle condizioni stabilite con decisione adottata dal Consiglio europeo a maggioranza qualificata.

La presidenza «è esercitata da gruppi predeterminati di tre Stati membri per un periodo di 18 mesi». All'interno di tale periodo «ciascun membro del gruppo esercita a turno la presidenza di tutte le formazioni del Consiglio, ad eccezione della formazione «Affari esteri», per un periodo di sei mesi», mentre gli altri membri del gruppo «assistono la presidenza in tutti i suoi compiti sulla base di un programma comune». I gruppi sono composti «secondo un sistema di rotazione paritaria degli Stati membri, tenendo conto della loro diversità e degli equilibri geografici nell'Unione».

La Presidenza ha anzitutto il **compito** di convocare le riunioni del Consiglio (art.237 TFUE) e di stabilirne l'ordine del giorno. Rappresenta inoltre l'istituzione nella sua unità, in particolare firma gli atti del Consiglio. Tiene i rapporti con le altre istituzioni.

Lo Stato membro che detiene la Presidenza svolge un ruolo molto importante, in quanto un suo rappresentante presiede anche tutti i comitati la cui composizione riflette quella del Consiglio, compreso il COREPER. Sono esclusi i comitati che si occupano di materie rientranti nella PESC, che sono presieduti da un rappresentante dell'Alto rappresentante.

3.3. I modi di deliberazione del Consiglio sono:

- la **maggioranza semplice** (o assoluta);
- la **maggioranza qualificata**;
- l'**unanimità**.

Il **modo normale** di deliberazione è la **maggioranza qualificata**: «Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, salvo nei casi in cui i trattati dispongono diversamente».

La maggioranza semplice o l'unanimità si applicano solo se lo prescrive la norma dei trattati su cui il Consiglio si basa per agire.

ART.16, par.4, TUE → «a decorrere dal 1° novembre 2014 per maggioranza qualificata si intende almeno il 55% dei voti dei membri del Consiglio, con un minimo di 15 rappresentanti Stati membri che totalizzano almeno il 65% della popolazione dell'Unione».

Per il raggiungimento della maggioranza qualificata sono quindi necessarie **due condizioni**:

- un **quorum numerico minimo**, calcolato secondo due parametri distinti, entrambi obbligatori: i voti favorevoli devono essere non meno di 15 e non meno del 55% del totale dei membri del Consiglio (non meno del 72% qualora il Consiglio «non delibera su proposta della Commissione o dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza»;
- un **quorum demografico minimo**: i voti a favore devono essere espressi in nome di Stati membri la cui popolazione complessiva non sia inferiore al 65% della popolazione totale dell'Unione.

L'importanza del **quorum demografico minimo** è limitata da quanto prevede il comma 2 del par.4 dell'art.16 in materia di **minoranza di blocco**: «la minoranza di blocco deve comprendere almeno 4 membri del Consiglio; in caso contrario la maggioranza qualificata si considera raggiunta». Lo scopo è di evitare lo strapotere degli Stati demograficamente più importanti (soprattutto la Germania), che potrebbero altrimenti facilmente bloccare le deliberazioni del Consiglio.

Per le deliberazioni relative a materie in cui non tutti gli Stati membri partecipano alle deliberazioni, il quorum del 55% dei membri del Consiglio e il quorum demografico si calcolano rispetto ai soli Stati membri partecipanti alla deliberazione.

Le decisioni che devono essere prese dal Consiglio sono quelle per le quali il sistema di deliberazione del Consiglio previsto con una certa frequenza (la maggioranza semplice è prevista soltanto per alcune decisioni di procedura) è costituito dall'**unanimità**.

Quando i trattati richiedono, l'unanimità, il voto contrario di un solo Stato membro è sufficiente ad impedire l'approvazione. L'astensione non ha questo effetto.

Le decisioni che devono essere prese dalle istituzioni dell'Unione è fissata d'intesa comune dai governi degli Stati membri». Deliberazioni del genere non sono perciò opera del Consiglio, ma dei governi degli Stati membri, i cui rappresentanti si riuniscono per assumere le deliberazioni stesse.

3.4. È importante **distinguere il Consiglio da altri organi che hanno una composizione simile**, se non addirittura identica.

Il TFUE ha voluto riservare agli Stati membri *uti singuli*, nella loro individualità di soggetti di diritto internazionale, determinate funzioni di notevole importanza. Nella

prassi è invalso l'uso di indicare tali deliberazioni come **decisioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio** e di pubblicarle nella GU.

Non trattandosi di atti di un'istituzione dell'Unione, tali atti non sono soggetti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia.

3.6. Anche il **Comitato dei Rappresentanti Permanenti (COREPER)** rispecchia la composizione del Consiglio. Esso riunisce i rappresentanti diplomatici che ciascuno Stato membro accredita presso l'Unione europea. La composizione è quindi identica a quella del Consiglio per quanto riguarda la nazionalità dei membri, ma non per quanto riguarda la qualità degli stessi, trattandosi, nel caso del Consiglio, di persone di livello ministeriale, nel caso del COREPER, di diplomatici.

La presidenza spetta al rappresentante permanente dello Stato membro che esercita la presidenza di turno del Consiglio.

ART.240, par.1 → il COREPER «è responsabile della preparazione del lavoro del Consiglio e dell'esecuzione dei compiti che quest'ultimo gli assegna». Esso può anche adottare «decisioni di procedura nei casi previsti dal regolamento interno del Consiglio».

Il compito più importante consiste nell'esame preliminare di tutte le proposte che la Commissione vuole sottoporre al Consiglio.

3.7. ART.240, par.2, TFUE → «il Consiglio è assistito dal segretariato generale sotto la responsabilità di un segretario generale, nominato dal Consiglio».

3.8. Il Trattato di Lisbona ha istituito inoltre la carica di **Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza**.

Ai sensi dell'**ART.18 TUE**, le **funzioni** dell'Alto rappresentante sono le seguenti:

- «**guida**» la **PESC**, con il compito di formulare proposte per l'elaborazione di tale politica e di attuarla in qualità di «mandatario del Consiglio»;
- **presiede il Consiglio «Affari esteri»**;
- è uno dei **Vicepresidenti della Commissione**, incaricato «delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione».

Proprio in ragione della sua duplice qualità di organo del Consiglio e di membro della Commissione (c.d. *double hatting*), la procedura di **nomina** dell'Alto rappresentante coinvolge sia il Consiglio europeo che il Presidente della Commissione. La nomina spetta al Consiglio europeo «a maggioranza qualificata con l'accordo del Presidente della Commissione». La **durata** del mandato, non espressamente indicata, coincide con quella degli altri membri della Commissione, salva la possibilità per il Consiglio europeo di porre fine anticipatamente al suo mandato, con le stesse modalità applicabili alla nomina.

3.9. L'art.16, par.1, TUE definisce le **funzioni** del Consiglio: «Il Consiglio esercita, congiuntamente con il Parlamento europeo la funzione legislativa e di bilancio. Esercita funzioni di definizione delle politiche e di coordinamento alle condizioni stabilite nei trattati».

4. Il Consiglio europeo.

4.1. Come il Consiglio, anche il Consiglio europeo è un **organo di Stati**.

4.2. La **composizione** del Consiglio europeo è definita dall'**art.15, par.2, TUE**: «Il Consiglio europeo è composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione. L'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza partecipa ai lavori».

La composizione attuale è pertanto la seguente:

- i **Capi di Stato e di governo** degli Stati membri;
- il **Presidente**;
- il **Presidente della Commissione**.

Inoltre, è prevista la partecipazione ai lavori dell'Alto rappresentante.

L'Alto rappresentante non è dunque un vero e proprio membro del Consiglio europeo.

Dal punto di vista del **potere deliberativo**, occorre distinguere tra la componente formata dai Capi di Stato e di governo, da un lato, e il Presidente e il Presidente della Commissione, dall'altro. In caso di deliberazione a maggioranza qualificata, votano solo i Capi di Stato e di governo.

4.3. Prima del Trattato di Lisbona, il **Presidente** del Consiglio europeo era il Capo di Stato o di governo dello Stato membro che deteneva la presidenza del Consiglio secondo il sistema di rotazione semestrale in vigore in passato.

Per dare maggiore continuità ai lavori del Consiglio europeo, è stata prevista un'apposita carica. L'**art.15, par.5, TUE**, stabilisce infatti che «**il Consiglio europeo elegge il presidente a maggioranza qualificata per un mandato di due anni e mezzo, rinnovabile una volta**». La **nomina** è dunque affidata al Consiglio europeo con deliberazione a maggioranza qualificata. La **durata** del mandato è di due anni e mezzo, rinnovabili una sola volta: nel complesso cinque anni, che corrispondono alla durata della legislatura del Parlamento europeo e al mandato della Commissione.

Con la stessa procedura il Consiglio europeo può porre fine al mandato del Presidente «*in caso di impedimento o colpa grave*». Non sono specificati i requisiti personali che la persona eletta deve possedere, eccezion fatta per la precisazione che «*non può esercitare un mandato nazionale*».

Il **par.6** ne definisce le **funzioni**. Tra queste si segnala quella consistente nell'assicurare «**la preparazione e la continuità dei lavori del Consiglio europeo, in cooperazione con il presidente della Commissione e in base ai lavori del Consiglio Affari generali**». Degna di nota è anche la funzione di «**rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune, fatte salve le attribuzioni dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza**».

4.4. Il modo di deliberazione tipico del Consiglio europeo è il **consenso**. Il consenso si forma, senza bisogno di votare, quando nessuno dei membri si oppone al testo presentato dal Presidente.

Il Trattato di Lisbona prevede però alcuni casi in cui il Consiglio europeo può deliberare a **maggioranza qualificata**. In questi casi vale la stessa definizione applicabile al Consiglio.

Il Presidente del Consiglio europeo e il Presidente della Commissione non partecipano al voto.

4.5. Le funzioni del Consiglio europeo sono definite dall'**art.15, par.1, prima frase, TUE**: «**Il Consiglio europeo dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali**». La **seconda frase** contiene un'importante precisazione: «**il Consiglio europeo «non esercita funzioni legislative**».

La definizione contenuta nell'art.15 presenta il Consiglio europeo come il **supremo organo di indirizzo** dell'intera Unione. Nondimeno, dopo il Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo è molto più di un organo di mero indirizzo. I trattati gli assegnano infatti **compiti decisionali** veri e propri che incidono direttamente sulla vita e sull'operare dell'Unione.

Gli atti del Consiglio europeo «destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi» sono menzionati tra quelli soggetti a sindacato di legittimità da parte della Corte di giustizia.

- In alcune ipotesi, il Consiglio europeo si delinea sempre di più come una sorta di **presidenza collegiale dell'Unione**, interprete dell'interesse generale, quale espresso dai massimi livelli politici di ciascuno Stato membro.
- In altre ipotesi, il Consiglio europeo si atteggia come **organo dotato di poteri di tipo costituzionale**, essendo chiamato ad assumere decisioni che integrano o danno attuazione a talune disposizioni dei trattati e, in altri casi, hanno addirittura l'effetto di sostituirsi ad alcune loro disposizioni.

Talora il Consiglio europeo adotta atti che, pur non qualificabili come decisioni in quanto estranei ai compiti espressamente previsti dai trattati, possono comunque produrre effetti giuridici quali **accordi** internazionali, conclusi in forma semplificata dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri.

Il Trattato di Lisbona infine moltiplica le ipotesi in cui il Consiglio europeo opera come una sorta di **istanza d'appello rispetto al Consiglio**. In taluni settori, il Consiglio europeo può essere adito da uno Stato membro che non intenda subire una decisione presa a maggioranza qualificata, ottenendo di bloccare o di rinviare la decisione.

Esempi del genere sono previsti del settore della PESC e nel settore della Cooperazione giudiziaria in materia penale.

5. La Commissione.

5.1. La Commissione è un **organo di individui**, essendo composta da persone che portano nell'istituzione la propria esperienza professionale e la propria autonoma facoltà di giudizio.

La **composizione** dell'istituzione ha subito nel tempo numerosi cambiamenti. Attualmente l'**art.17, par.5 TUE** prevede che il numero dei membri è pari ai «**due terzi del numero degli Stati membri**» (compresi il presidente e l'Alto rappresentante), ma stabilisce che tale riduzione sarebbe diventata effettiva «**a meno che il Consiglio europeo non decida all'unanimità di modificare tale numero**». In altri termini, la norma affida al Consiglio europeo di scegliere, con deliberazione unanime, se

mantenere il numero dei componenti della Commissione a due terzi degli Stati membri, fissando un sistema di rotazione «assolutamente paritaria» e conforme ai criteri di cui all'art.244 TFUE, o se stabilire un maggiore numero degli stessi.

Il Consiglio europeo ha poi adottato all'unanimità ai sensi dell'art.17, par.5, TUE, la dec.2013/272/UE, con la quale viene stabilito che «la Commissione è composta da un numero di membri, compreso il presidente e l'alto rappresentante dell'Unione per gli Affari esteri e la politica di sicurezza, pari al numero degli Stati membri».

In conclusione, attualmente la Commissione è formata da un **numero di componenti uguale a quello degli Stati membri**.

I membri della Commissione devono soddisfare altri requisiti relativi alla loro **indipendenza** e alla loro **professionalità**. L'art.17, par.3, secondo comma, TUE dispone infatti che «**i membri della Commissione sono scelti in base alla loro competenza generale e al loro impegno europeo e tra personalità che offrono tutte le garanzie di indipendenza**».

L'art.245, 1° comma, TFUE, impegna anche gli Stati membri a rispettare l'indipendenza dei membri della Commissione e a non cercare «di influenzarli nell'esercizio dei loro compiti». La Corte di giustizia può, su istanza del Consiglio e della Commissione, pronunciare le dimissioni d'ufficio dei membri della Commissione ovvero la decadenza dal diritto alla pensione nel caso di violazione dei loro obblighi.

Il **mandato** dei membri della Commissione dura 5 anni, ma può terminare anticipatamente in caso di dimissioni individuali o collettive. Le dimissioni possono anche essere pronunciate d'ufficio da parte della Corte di giustizia per violazione degli obblighi derivanti dalla loro carica. La fine anticipata del mandato può, altresì, verificarsi in caso di approvazione di una mozione di censura da parte del Parlamento europeo.

5.2. La **procedura di nomina** è disciplinata dall'art.17, par.7, TUE ed è cambiata notevolmente nel corso degli anni.

La procedura distingue la posizione del Presidente della Commissione rispetto a quella degli altri membri.

1. La **prima fase** ha ad oggetto l'individuazione del solo candidato alla carica di Presidente. Tale individuazione viene effettuata dal Consiglio europeo, che decide

a maggioranza qualificata, «tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate».

2. La **seconda fase** consiste nell'elezione del candidato Presidente da parte del Parlamento europeo.

3. Si apre poi la **terza fase**, alla quale partecipa lo stesso Presidente eletto. Essa consiste in una deliberazione del Consiglio, «di comune accordo con il Presidente eletto», con la quale adotta l'elenco delle altre personalità selezionate in base alle proposte presentate dagli Stati membri, che propone di nominare membri della Commissione. La decisione del Consiglio va adottata a maggioranza qualificata, non essendo richiesta l'unanimità.

La terza fase non riguarda l'Alto rappresentante, che viene nominato dal Consiglio europeo, con l'accordo del Presidente della Commissione ai sensi dell'art.18, par.1. Tuttavia, tale nomina deve avvenire prima dell'inizio della quarta fase, dovendovi partecipare anche l'Alto rappresentante, in quanto Vicepresidente della Commissione.

4. Nella **quarta fase** il Presidente, l'Alto rappresentante e gli altri membri della Commissione «sono collettivamente soggetti ad un voto di approvazione da parte del Parlamento europeo».

Il Parlamento procede ad audizioni separate per ciascuna persona proposta come membro. È possibile, di conseguenza, che il Parlamento manifesti opposizione nei confronti di uno o più membri specifici e minacci per questo di non approvare l'intera Commissione.

5. La **quinta** (ultima) **fase** è affidata al Consiglio europeo che, sempre a maggioranza qualificata, nomina la Commissione.

5.3. Il Presidente della Commissione riveste un **ruolo centrale**. La sua **posizione di primazia** viene specificata dall'art.17, par.6, primo comma, TUE, che gli attribuisce il compito di definire, oltre agli orientamenti della Commissione, anche la sua «organizzazione interna, per assicurare la coerenza, l'efficacia e la collegialità della sua azione». Inoltre, al Presidente spetta nominare i Vicepresidenti, fatta eccezione per l'Alto rappresentante. Il Presidente ha anche il compito di ripartire le competenze tra i membri della Commissione, salvo per quanto riguarda l'Alto rappresentante. Ancora più significativo è il potere del Presidente di obbligare un membro a rassegnare le dimissioni.

Per quanto riguarda l'Alto rappresentante, il Presidente può solo chiederne le dimissioni ma ogni decisione in merito va presa dal Consiglio europeo.

Il Presidente inoltre è membro del Consiglio europeo.

5.4. Le deliberazioni della Commissione vengono prese a maggioranza del numero dei suoi membri. Si tratta di un organo collegiale, all'interno del quale esiste, peraltro, un'ampia delega di funzioni ai singoli membri. L'attività della Commissione è in effetti suddivisa in varie **Direzioni generali**. Ciascun membro ha la responsabilità di una o più Direzioni generali.

5.5. I **compiti** della Commissione sono descritti dall'**art.17, par.1, TUE**: «*La Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea. Dà esecuzione al bilancio e gestisce i programmi. Esercita funzioni di coordinamento, di esecuzione e di gestione, alle condizioni stabilite dai trattati. Assicura la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati. Avvia il processo di programmazione annuale e pluriennale dell'Unione per giungere ad accordi interistituzionali*».

L'elencazione si apre con un riferimento al ruolo della Commissione di vero **motore** nonché **interprete dell'interesse generale dell'Unione**. In questa ottica, il par.2 dell'art.17 ribadisce il **potere esclusivo di proposta** che spetta alla Commissione: il procedimento legislativo non può nemmeno iniziare senza una sua proposta, salvo i casi in cui i trattati dispongano diversamente.

Tra i vari compiti, l'attenzione va richiamata su quello che consiste nel vigilare «*sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati*» nonché, in generale, «*del diritto dell'Unione, sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione*». La Commissione è infatti considerata la **custode della legalità** nell'ambito dell'Unione. Tale compito si esercita nei confronti degli Stati membri, soprattutto attraverso lo strumento del ricorso per infrazione; nei confronti delle altre istituzioni, soprattutto attraverso lo strumento dei ricorsi d'annullamento o in carenza, e nei confronti delle persone fisiche e giuridiche.

6. La Corte di giustizia dell'Unione europea.

6.1. La Corte si articola al suo interno in più rami, dotati di autonomia funzionale (piena) e amministrativa (parziale).

ART.19, par.1, TUE → essa comprende:

- la **Corte di giustizia**;
- il **Tribunale**;
- i **tribunali specializzati**.

Considerata l'identità di denominazione, occorre pertanto fare attenzione alla distinzione tra Corte-istituzione e Corte-giurisdizione.

Le varie componenti della Corte-istituzione sono tutte **organi di individui**, i cui membri, pur dipendendo da una nomina di natura politica, svolgono le loro funzioni «*in piena imparzialità e secondo coscienza*». Qualora vengano meno agli obblighi derivanti dalla loro carica, sono rimossi dalle loro funzioni su decisione unanime della stessa Corte di giustizia.

Estraneo all'articolazione della Corte di giustizia ed allo stesso quadro istituzionale dell'Unione risulta, invece, il **Tribunale unificato dei brevetti (TUB)**.

6.2. È opportuno menzionare talune specifiche **fonti normative** che disciplinano l'attività della **Corte di giustizia** (e in parte del Tribunale). Le più importanti disposizioni sono contenute negli stessi trattati, soprattutto nel TFUE (artt. da 251 a 281). Molte altre disposizioni sono però contenute nel già citato Protocollo n.3 sullo **Statuto** della Corte di giustizia dell'Unione europea richiamato dall'art.281 TFUE.

Il secondo comma dell'art.281 prevede, peraltro, che le disposizioni dello Statuto possono essere modificate su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione della Commissione o viceversa su richiesta della Commissione e previa consultazione della Corte di giustizia, dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria.

Infine, va ricordato il **regolamento di procedura** della Corte di giustizia. Esso è stabilito dalla Corte stessa, ma necessita dell'approvazione del Consiglio a maggioranza qualificata. La versione più recente del regolamento di procedura è del 25 settembre 2012.

6.3. **Composizione** della Corte di giustizia → essa conta «*un giudice per Stato membro*» ed «*è assistita da avvocati generali*».

- a) Il numero dei **giudici** corrisponde pertanto a quello degli Stati membri ed è attualmente di **28**.
- b) Gli **avvocati generali** invece sono attualmente **11**. Tale numero può essere aumentato con delibera unanime del Consiglio su richiesta della Corte di giustizia.

Tra i giudici viene eletto, per tre anni, un presidente, il cui mandato è rinnovabile, ed un vicepresidente, sempre per la stessa durata.

Il vicepresidente può sostituire il presidente nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali previste dagli artt.39, primo comma, e 57 dello Statuto, nonché dagli artt. da 160 a 166 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

I giudici fanno parte del collegio giudicante, che emette le decisioni. Gli avvocati generali, invece, hanno una funzione ausiliaria: «**l'avvocato generale ha l'ufficio di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo statuto della Corte di giustizia, richiedono il suo intervento**».

Le **conclusioni** contengono il parere dell'avvocato generale su come la Corte di giustizia dovrebbe decidere la causa. Esse non sono vincolanti. La Corte può pronunciare una sentenza difforme, senza essere tenuta a spiegare le ragioni per le quali ritiene di non seguire l'avvocato generale.

Per quanto riguarda la **nazionalità** degli avvocati generali, il cui numero è inferiore a quello degli Stati membri, la prassi vuole attualmente che vi siano sempre 4 avvocati generali aventi la nazionalità di ciascuno degli Stati membri maggiori (Francia, Germania, Italia e Regno Unito), mentre i posti rimanenti sono ricoperti a rotazione da persone degli altri Stati membri.

L'art.253, primo comma, TFUE stabilisce i **requisiti di professionalità e di indipendenza** che i giudici e gli avvocati generali devono soddisfare.

La **nomina** dei giudici e degli avvocati generali è effettuata di comune accordo dai governi degli Stati membri, previa consultazione di un apposito comitato.

Il comitato è composto di «**7 personalità scelte tra ex membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza**», designati dal Consiglio, che delibera su iniziativa del presidente della Corte di giustizia. Uno dei membri, tuttavia, è proposto dal Parlamento europeo. Tale comitato ha l'incarico di «fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale».

La **durata** del mandato è di sei anni ed è rinnovabile. È previsto un rinnovo parziale, che avviene ogni tre anni e riguarda metà dei componenti della Corte.

6.4. La Corte opera nelle seguenti **formazioni di giudizio**:

- **sezioni** composte da tre o cinque giudici: è la formazione ordinaria;
- **grande sezione** formata da quindici giudici, tra cui il presidente, vicepresidente e tre presidenti delle sezioni a cinque: è convocata quando lo richiede uno Stato membro o un'istituzione dell'Unione che è parte in causa o, per prassi, quando la causa è di notevole importanza;
- **seduta plenaria**, con la partecipazione di tutti i giudici: può essere convocata ove la Corte «**reputi che un giudizio pendente dinanzi ad essa rivesta un'importanza eccezionale**».

La **procedura** dinanzi alla Corte di giustizia si suddivide in due fasi. La **fase scritta** consiste, a seconda del tipo di causa, nello scambio o nel deposito di memorie scritte. La **fase orale** consiste in un'udienza con le parti e nella lettura o deposito delle conclusioni dell'avvocato generale. Successivamente la Corte di giustizia si riunisce in camera di consiglio per deliberare. La sentenza è letta in pubblica udienza.

6.5. Le principali **funzioni** della Corte di giustizia hanno **natura giurisdizionale**. L'**art.19, par.1, 1° comma, TUE**, dispone, con riferimento all'intera Corte-istituzione, che essa «**assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati**».

La Corte di giustizia esercita anche funzioni di **natura consultiva**, in base alle quali non è chiamata a decidere una controversia, ma ad esprimere un **parere**. I pareri della Corte hanno **valore parzialmente vincolante**, dal momento che il loro contenuto condiziona il comportamento delle istituzioni e degli Stati membri.

L'ipotesi più importante è prevista dall'art.218, par.11, TFUE in materia di accordi internazionali dell'Unione.

7. Il Tribunale dell'Unione europea e i tribunali specializzati.

7.1. Anche l'organizzazione e il funzionamento del **Tribunale** sono disciplinati da alcune specifiche **fonti normative**. Oltre alle disposizioni contenute nel TFUE (artt.254 e 256), vanno ricordati il Titolo IV dello Statuto della Corte di giustizia, dedicato al funzionamento del Tribunale e ai giudizi di impugnazione delle decisioni del Tribunale dinanzi alla Corte di giustizia.

Infine, come la Corte di giustizia, anche il Tribunale approva il proprio **regolamento di procedura**, «di concerto con la Corte di giustizia». Il regolamento è poi «sottoposto all'approvazione del Consiglio che delibera a maggioranza qualificata».

7.2. La composizione del Tribunale è simile a quella della Corte.

Per quanto riguarda il numero di **giudici**, «**il Tribunale di primo grado è composto di almeno un giudice per Stato membro**». Però «il numero dei giudici è stabilito dallo Statuto della Corte di giustizia».

Attualmente i giudici sono **47**. Dal 1° settembre 2019, il Tribunale sarà poi composto da «**due giudici per Stato membro**». L'art.254 TFUE consente anche che lo Statuto preveda la presenza di **avvocati generali**.

Anche per i giudici del Tribunale, la **nomina** avviene di comune accordo dai governi degli Stati membri, previa consultazione del comitato previsto dall'art.255 TFUE. I giudici hanno un **mandato** di sei anni rinnovabile ed eleggono tra di loro un presidente, che resta in carica tre anni. I **requisiti di indipendenza** sono gli stessi di quelli richiesti per i membri della Corte. I **requisiti di professionalità** invece sono analoghi ma il livello richiesto è meno elevato.

7.3. Circa le formazioni di giudizio (art. 50 dello Statuto), il Tribunale funziona normalmente in **sezioni**, composte da tre o da cinque giudici. Il regolamento di procedura disciplina i casi in cui il Tribunale si riunisce in **seduta plenaria**, in **grande sezione** o statuisce nella persona di un **giudice unico**.

7.4. Come giurisdizione, il Tribunale può avere una natura duplice.

- In genere è **giudice di primo grado**, essendo il primo giudice a pronunciarsi sulle cause che rientrano nella sua competenza. Le pronunce emesse dal Tribunale come giudice di primo grado sono soggette ad **impugnazione** davanti alla Corte di giustizia. Il **termine** è di due mesi a decorrere dalla notifica della decisione da impugnare. Non è possibile parlare di un vero e proprio doppio grado di giudizio. L'impugnazione dinanzi alla Corte non costituisce infatti un giudizio d'appello, essendo limitata ai soli «**motivi di diritto**».
- Solo rispetto alle cause che fossero assegnate alla competenza dei tribunali specializzati, il Tribunale opererebbe invece quale **giudice di secondo grado**, in quanto potrebbe conoscere delle impugnazioni proposte contro le sentenze di primo grado di questi tribunali.

7.5. Particolarmente complessa è la definizione della **competenza** del Tribunale. Attualmente, il Tribunale è competente in primo grado per tutte le azioni e cause che non siano riservate alla competenza esclusiva e in grado unico della Corte di giustizia.

- Per quanto riguarda la **ripartizione di competenza tra Tribunale e Corte di giustizia**, la competenza del Tribunale non copre tutte le azioni sottoposte al giudizio della Corte. Non vi è infatti completa coincidenza tra la competenza *ratione materiae* e *ratione personarum* della Corte e quella del Tribunale.
- Per quanto riguarda le c.d. **competenze dirette**, l'art.256, par.1, TFUE attribuisce al Tribunale la competenza «a conoscere dei ricorsi di cui agli artt. 263, 265, 268, 270 e 272 ad eccezione di quelli attribuiti a un tribunale specializzato istituito in applicazione dell'art.257 e di quelli che lo statuto riserva alla Corte di giustizia».

Per sapere quali dei citati ricorsi rientrino effettivamente nella competenza del Tribunale occorre quindi esaminare lo Statuto e in particolare gli artt.50-bis e 51.

1. L'art.50-bis attribuisce al Tribunale la competenza a decidere sulle controversie tra l'Unione e i suoi agenti (c.d. **contenzioso del personale**).
2. Dall'art.51 risulta che attualmente il Tribunale è inoltre competente in primo grado:
 - in generale per i **ricorsi proposti dalle persone fisiche o giuridiche** contro le istituzioni e gli altri organi (salvo che per i settori che fossero attribuiti alla competenza di primo grado di un tribunale specializzato);
 - per i **ricorsi d'annullamento e in carenza proposti da uno Stato membro contro la Commissione**;
 - per i **ricorsi d'annullamento proposti da uno Stato membro contro il Consiglio** aventi ad oggetto *i*) decisioni adottate ai sensi dell'art.108, par.2, 3° comma, TFUE (aiuti di Stato alle imprese); *ii*) atti adottati in forza di un regolamento relativo a misure di difesa commerciale ai sensi dell'art.207 TFUE; *iii*) atti di esercizio da parte del Consiglio di competenze d'esecuzione ai sensi dell'art.291, par.2 TFUE.

La competenza del Tribunale è definita in base a **criteri personali**, ma anche in base a **criteri materiali** e, in parte, legati al **tipo di ricorso**. Nel caso di **ricorsi degli Stati membri**, la competenza del Tribunale è stata prevista soltanto per ricorsi d'annullamento o in carenza diretti **contro la Commissione** e per ricorsi d'annullamento aventi ad oggetto gli **specifici atti del Consiglio** elencati nell'art.51, caratterizzati dal fatto di avere tutti natura prevalentemente esecutiva.

Restano invece riservati alla competenza in unico grado della Corte di giustizia tutti gli altri ricorsi che uno Stato membro potrebbe proporre, in particolare quelli diretti contro il Parlamento, contro il Consiglio o contro entrambe queste istituzioni nei casi in cui «*statiscono congiuntamente*», ma anche i ricorsi per infrazione rivolti contro altri Stati membri ai sensi dell'art.259 TFUE. Restano inoltre riservati alla competenza della Corte tutti i **ricorsi proposti da un'istituzione**, siano essi rivolti contro uno Stato membro ovvero contro un'altra istituzione.

Il **par.3, dell'art.256 TFUE** contempla inoltre la possibilità di attribuire al Tribunale anche una **competenza pregiudiziale** ai sensi dell'art.267 TFUE → «*il Tribunale è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali sottoposte ai sensi dell'art.267, in materie specifiche determinate dallo statuto*». Tuttavia, per adesso lo Statuto non prevede alcuna materia nella quale sia stabilita tale competenza. Pertanto, al momento il Tribunale non dispone di alcuna competenza pregiudiziale.

7.6. Accanto alla Corte di giustizia e al Tribunale, il Parlamento europeo e il Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, su proposta della Commissione o su richiesta della Corte e previa consultazione, secondo i casi, della Corte o della Commissione, possono istituire **tribunali specializzati** affiancati al Tribunale e **incaricati «di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche»**.

L'istituzione avviene attraverso un regolamento che stabilisce la composizione e la portata delle competenze. La nomina dei membri è compiuta dal Consiglio, che delibera all'unanimità.

Le sentenze dei tribunali specializzati sono impugnabili davanti al Tribunale per i soli motivi di diritto o, se il regolamento istitutivo lo prevede, anche per i motivi di fatto. Il «*riesame*» della decisione del Tribunale davanti alla Corte di giustizia è invece previsto solo eccezionalmente e alle condizioni e entro i limiti previsti dallo Statuto, «*ove sussistano gravi rischi che l'unità o la coerenza del diritto dell'Unione siano compromesse*». Per queste ipotesi eccezionali si possono pertanto avere tre livelli di giudizio: tribunale specializzato, Tribunale e Corte di giustizia.

Una proposta di riesame può essere formulata soltanto dal **primo avvocato generale**.

Un primo tribunale specializzato era stato in passato istituito: il **Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea** (TFP). Tuttavia, il TFP è stato successivamente abolito, nell'ottica di una complessiva ridefinizione dell'architettura del sistema giurisdizionale dell'Unione.

8. La Corte dei conti, la Banca centrale europea e gli altri organi.

8.1. La Corte dei conti è un organo di individui.

La **composizione** comprende «*un cittadino di ciascuno Stato membro*». I membri sono nominati dal Consiglio a maggioranza qualificata, previa consultazione del Parlamento europeo, «*conformemente alle proposte presentate da ciascuno Stato membro*» per un **mandato** di sei anni.

I requisiti di indipendenza e di professionalità che i membri della Corte devono presentare sono analoghi a quelli previsti per i giudici della Corte di giustizia. In particolare, devono offrire «*tutte le garanzie di indipendenza*».

Le **funzioni** della Corte sono disciplinate dagli artt.285, 1° comma, e 287 TFUE. La prima disposizione attribuisce alla Corte dei conti il compito di assicurare «*il controllo dei conti dell'Unione*». Tale compito viene specificato dalla seconda disposizione: «*la Corte dei conti esamina i conti di tutte le entrate e le spese dell'Unione*», nonché quelli «*di ogni organo o organismo creato dall'Unione, nella misura in cui l'atto costitutivo non escluda tale esame*». Inoltre, essa «*controlla la legittimità e la regolarità delle entrate e delle spese, ed accerta la sana gestione finanziaria*» e riferisce «*su ogni caso di irregolarità*».

L'atto più rilevante in cui si estrinseca la funzione di controllo della Corte è costituito dalla **relazione annuale** che viene redatta alla fine di ogni esercizio. La Corte non dispone invece del potere di annullare eventuali atti irregolari o di impedirne l'esecuzione.

8.2. Il quadro istituzionale dell'Unione è completato da numerosi **altri organi** che svolgono, per lo più, funzioni consultive o preparatorie. Vanno segnalati, in particolare, il **Comitato economico e sociale** e il **Comitato delle regioni**, che sono organi di individui.

→ Il **Comitato economico e sociale** è composto da «*rappresentanze delle organizzazioni di datori di lavoro, di lavoratori dipendenti e di altri attori rappresentativi della società civile, in particolare nei settori socioeconomico, civico, professionale e culturale*».

→ Il **Comitato delle regioni** è composto da «*rappresentanti delle collettività regionali e locali, che siano titolari di un mandato elettorale nell'ambito di una collettività regionale o locale o politicamente responsabili dinanzi ad un'assemblea eletta*».

Entrambi devono essere consultati dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione quando ciò sia previsto dai trattati o quando tali istituzioni lo ritengano opportuno. Nel primo caso il parere è obbligatorio, ma non vincolante; nel secondo caso il parere è puramente facoltativo.

8.3. Vanno poi menzionati gli organi creati dal TUE nell'ambito dell'**UEM**: la **Banca Centrale Europea (BCE)** e il **Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC)** (art.282 TFUE). «*Il SEBC è diretto dagli organi decisionali della [BCE]*».

La **BCE** gode di personalità giuridica, ha il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione dell'euro ed «*è indipendente nell'esercizio dei suoi poteri e nella gestione delle sue finanze*». Essa si articola al suo interno in un **Comitato esecutivo**, composto da un Presidente, un Vicepresidente e altri quattro membri, nominati dal Consiglio europeo che delibera a maggioranza qualificata, su raccomandazione del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo e del Consiglio direttivo, e un **Consiglio direttivo**, composto dai membri del Comitato esecutivo e dai Governatori delle Banche centrali nazionali (BCN) degli Stati membri la cui moneta è l'euro.

Il Comitato esecutivo è organo di individui i cui membri sono scelti in funzione delle loro competenze in campo monetario. Il mandato è di otto anni non rinnovabile. I membri sono nominati tra cittadini di Stati membri (anche non dell'Eurozona) «*di riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore bancario o monetario*».

Ai fini del corretto assolvimento dei loro compiti, l'art.130 TFUE impone alla BCE, alle Banche centrali nazionali e ai membri dei rispettivi organi decisionali di garantire l'indipendenza della loro azione, ed in particolare di non «*sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, dai governi degli Stati membri, né da qualsiasi altro organismo*». Gli stessi soggetti sono vincolati a rispettare tale indipendenza.

Le **funzioni** della BCE e del SEBC sono disciplinate dagli artt.127, 128 e 132 TFUE.

IL TFUE indica come «obiettivo principale» del SEBC «*il mantenimento della stabilità dei prezzi*» e prevede che esso «*agisce in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*» (art.127, par.1).

L'**art.127, par.2** elenca i **compiti** della BCE «da assolvere tramite il SEBC», che sono:

- «*definire e attuare la politica monetaria dell'Unione;*
- «*svolgere le operazioni sui cambi [...];*
- «*detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri; promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento*».

A questi, l'art.127, par.4, aggiunge l'assai importante **potere consultivo** della BCE. La consultazione avviene «*— in merito a qualsiasi proposta di atto dell'Unione che rientri nelle sue competenze, — dalle autorità nazionali, sui progetti di disposizioni legislative che rientrino nelle sue competenze, ma entro i limiti e alle condizioni stabiliti dal Consiglio [...]. La BCE può formulare pareri da sottoporre alle istituzioni, agli organi o agli organismi dell'Unione competenti o alle autorità nazionali su questioni che rientrano nelle sue competenze*».

La consultazione della BCE, quando prevista, è da considerarsi indispensabile. Il par.5 dell'art.127 stabilisce che il SEBC collabora con le competenti autorità «*per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario*». Infine, il par.6 offre la base giuridica per il conferimento alla BCE di compiti specifici di vigilanza prudenziale di enti creditizi ed altre istituzioni finanziarie, con l'esclusione delle imprese assicurative.

L'art.**128** TFUE attribuisce alla BCE il **diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro**. Il conio delle monete può essere effettuato dagli Stati con «*approvazione della BCE per quanto riguarda il volume del conio*».

Per l'assolvimento dei propri compiti, l'art.**132** TFUE conferisce alla BCE un **potere normativo**, ed in particolare quello di adottare regolamenti, decisioni e formulare raccomandazioni o pareri. In relazione a tali atti, la BCE gode anche di un **potere sanzionatorio**, potendo infliggere ammende per la violazione di obblighi imposti dalla stessa Banca con proprio atto.

La BCE dispone inoltre di un **potere di indirizzo**, consistente nell'invio alle BCN di indirizzi e istruzioni.

A seguito della crisi del debito sovrano si è assistito, in parte in via di prassi, a un ampliamento delle funzioni della BCE. Tale tendenza ha peraltro suscitato perplessità in relazione alla garanzia del **principio democratico**, in quanto ad essa non sembra accompagnarsi, per il momento, l'introduzione di ulteriori poteri di controllo sull'attività della BCE, in particolare da parte del Parlamento europeo o dei parlamenti nazionali.

Anche la BCE è sottoposta per la propria attività al **controllo giurisdizionale** della Corte di giustizia nelle forme ordinarie previste dal TFUE.

Forme specifiche di controllo giurisdizionale sono previste in tema di responsabilità extracontrattuale, dovendo la BCE rispondere direttamente dei danni eventualmente cagionati.

Allo stesso tempo, la BCE è a sua volta legittimata a proporre ricorsi dinanzi alla Corte di giustizia.

Un potere specifico è conferito alla BCE in tema di procedure di infrazione.

8.4. Gli artt. 308 e 309 TFUE hanno ad oggetto la **Banca Europea degli Investimenti (BEI)**. La BEI è dotata di una propria personalità giuridica, distinta da quella dell'Unione (art.308, 1° comma). Di essa sono membri gli Stati membri che ne sottoscrivono il capitale.

Le sue funzioni consistono nel facilitare, mediante concessione di prestiti e garanzie, senza perseguire scopo di lucro, il finanziamento di progetti indicati all'art.309 e finalizzati a contribuire allo sviluppo equilibrato e senza scosse del mercato interno.

8.5. Va dato conto, infine, della tendenza affermata negli ultimi anni a creare, attraverso atti del Consiglio o, secondo i casi, del Parlamento e del Consiglio, appositi organi o **agenzie indipendenti**.

La maggior parte di esse trovano i loro precedenti in analoghi organi istituiti attraverso regolamenti basati su disposizioni dell'allora TCE o atti adottati in forza dell'ex II o III pilastro del TUE e successivamente sostituiti, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con atti con diversa e apposita base giuridica. Tra questi si segnalano il Centro satellitare dell'Unione europea; l'Ufficio europeo di polizia – Europol; Eurojust.

Le funzioni, la composizione e i poteri di ciascuna agenzia dipendono dal regolamento istitutivo e variano notevolmente da caso a caso. In alcuni casi, parla di **agenzie di regolamentazione**, dal momento che gli organi in questione contribuiscono a definire e ad applicare la disciplina dell'Unione afferente ad un determinato settore. La categoria così definita si compone, per lo più, di agenzie incaricate di fornire pareri di carattere tecnico-scientifico di cui le istituzioni, generalmente la Commissione, dovranno tener conto, pur non essendo vincolate in maniera assoluta e mantenendo un certo margine di discrezionalità.

8.6. È stato approvato il **reg. (UE) 2017/1939** del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della **Procura europea («EPPO»)**.

Si tratta di un organo previsto dall'art.86 TFUE **«per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»**, ma che è stato possibile istituire solo a titolo di cooperazione rafforzata. Vi hanno infatti aderito solo 20 Stati membri (compresa l'Italia).

La Procura europea è chiamata a cooperare con Eurojust e Europol ed è indipendente sia dagli Stati membri, sia dalle istituzioni dell'Unione; esso ha il compito di *«individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori»* dei reati indicati nell'art.86 TFUE, esercitando in questa materia l'azione penale e svolgendo la funzione di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali competenti.

La struttura dell'organo è articolata su due livelli, uno centrale e uno decentrato.

PARTE 2 – LE PROCEDURE DECISIONALI

1. Considerazioni generali.

1.1. Per **procedure decisionali** si intende la **sequenza di atti o fatti richiesta dai trattati affinché la volontà dell'Unione si possa manifestare attraverso determinati atti giuridici**.

Le procedure decisionali hanno prevalentemente **carattere interistituzionale**: esse si compongono di atti o fatti provenienti da più di un'istituzione, in particolare, dalle istituzioni politiche. Le procedure decisionali costituiscono pertanto il metro ideale per studiare l'equilibrio istituzionale voluto dai trattati.

Le procedure decisionali si distinguono per la loro grande **varietà**. I trattati prevedono numerose procedure decisionali. Alcune riguardano solo l'approvazione di atti specifici: la procedura di bilancio e la procedura per la conclusione di accordi internazionali.

La **disciplina** delle procedure decisionali è stabilita direttamente dai trattati ed è pertanto **inderogabile** dalle istituzioni.

La Corte ricorda anzitutto che *«le regole relative alla formazione della volontà delle istituzioni comunitarie trovano la loro fonte nel Trattato e che esse non sono derogabili né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni»*. Secondo la Corte, *«riconoscere ad un'istituzione la facoltà di porre in essere fondamenti normativi derivati, che vadano nel senso di un aggravio ovvero di una semplificazione delle modalità d'adozione di un atto, significherebbe attribuire alla stessa un potere legislativo che eccede quanto previsto dal Trattato»*.

Va tuttavia segnalata la tendenza ad inserire nei trattati disposizioni che affidano alle istituzioni il potere di disporre il passaggio da una procedura decisionale ad un'altra o di modificare taluni elementi delle procedure previste.

1.2. Il TFUE riserva all'adozione degli «atti legislativi» alcune specifiche procedure le quali vengono appunto definite procedure legislative:

- la **procedura legislativa ordinaria**, di applicazione generale, che consiste «nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione» secondo la disciplina contenuta nell'art.294 TFUE;
- le **procedure legislative speciali**, che si applicano solo «nei casi specifici previsti dai trattati» e prevedono «l'adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo».

Mentre la procedura legislativa ordinaria è largamente tipizzata, le procedure legislative speciali hanno in comune solo la partecipazione di entrambi il Parlamento europeo e il Consiglio. L'esatto svolgimento di ciascuna di esse è definito di volta in volta dalla disposizione dei trattati che la prevede. È tuttavia possibile individuare due modelli di gran lunga prevalenti: la **procedura di consultazione** e **quella di approvazione**.

Accanto alle procedure legislative, i trattati ne prevedono altre per l'adozione di atti di natura diversa (**procedure non legislative**). La categoria è molto eterogenea.

2. La definizione della corretta base giuridica.

2.1. Per stabilire quale procedura vada seguita di volta in volta, occorre definire la **base giuridica** dell'atto che si intende adottare: occorre individuare la disposizione dei trattati che attribuisce alle istituzioni il potere di adottare un determinato atto. Sarà la disposizione così individuata a indicare la procedura decisionale da seguire.

La corretta individuazione della base giuridica di ciascun atto è un'operazione estremamente importante e delicata. Non meraviglia perciò come al riguardo siano sorti numerosi conflitti tra le istituzioni e gli Stati membri.

In alcuni casi, l'istituzione ricorrente è interessata a far valere un diverso articolo del medesimo o addirittura un diverso trattato come base giuridica dell'atto del Consiglio impugnato, in quanto la base giuridica invocata in alternativa imporrebbe, invece della procedura decisionale seguita, una procedura diversa, nella quale l'istituzione ricorrente avrebbe un ruolo più importante.

Altre volte, la contestazione della base giuridica individuata dal Consiglio è legata alla volontà di ricondurre l'atto impugnato in un settore di competenza maggiormente caratterizzato da elementi tipici del metodo comunitario.

2.2. La corretta individuazione della base giuridica dipende dall'analisi di alcuni elementi oggettivamente rilevabili, tra i quali lo **scopo** e il **contenuto** dell'atto. Secondo la Corte di giustizia infatti «**la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi suscettibili di sindacato giurisdizionale**». Laddove, accanto a una base giuridica di carattere generale, sia utilizzabile una **base giuridica più specifica** per un determinato atto, occorre sempre privilegiare quest'ultima.

Può tuttavia accadere che uno stesso atto persegua una pluralità di scopi o presenti contenuti differenziati. In casi del genere, la base giuridica va dedotta dal c.d. **centro di gravità** dell'atto, mentre non dovrà tenersi conto di scopi o componenti secondari o accessori.

2.3. Qualora non sia possibile determinare il centro di gravità dell'atto, perché i vari scopi e i vari contenuti hanno uguale importanza, l'atto dovrà eccezionalmente avere una **base giuridica plurima**, consistente in tutte le disposizioni dei trattati corrispondenti ai suoi vari scopi o ai vari contenuti.

Questa soluzione non è però sempre ammissibile. In particolare, essa non vale se le disposizioni che dovrebbero fungere da base giuridica plurima prevedono **procedure decisionali incompatibili**.

Tale soluzione è stata confermata dalla Corte anche con riferimento alle nuove procedure decisionali disciplinate dal Trattato di Lisbona.

In casi del genere la base giuridica non potrà che essere una sola e andrà preferita la base giuridica che non pregiudichi i **poteri di partecipazione del Parlamento europeo** alla procedura decisionale.

La Corte chiarisce che l'esigenza di salvaguardare i poteri di partecipazione del Parlamento europeo presuppone che si sia in presenza di scopi o contenuti di importanza equivalente, mentre non può valere quando la base giuridica meno favorevole al Parlamento corrisponda agli scopi e ai contenuti principali.

2.4. Secondo la giurisprudenza, la scelta della corretta base giuridica di ciascun atto adottato dalle istituzioni «*riveste un'importanza di natura costituzionale*» in quanto preserva le prerogative delle istituzioni nelle varie procedure decisionali. Di conseguenza la base giuridica deve essere sempre indicata e rientra nell'obbligo di motivazione.

3. La procedura legislativa ordinaria.

3.1. Secondo l'art.289 TFUE, «*la procedura legislativa ordinaria consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione*».

In passato era nota come procedura di co-decisione, perché tramite essa le due istituzioni gestiscono insieme il potere decisionale, senza che l'una possa prevalere sull'altra. È invalso pertanto l'uso di riferirsi al Parlamento europeo e al Consiglio, quando agiscono nel quadro della procedura in esame, come ai **co-legislatori**.

La procedura di co-decisione è introdotta per la prima volta dal TUE, che però ne prevede l'applicazione solo in pochi casi.

La disciplina della procedura si trova nell'**art.294 TFUE**. Essa si fonda su un sistema di **ripetute letture** della proposta di atto legislativo. L'attuale disciplina contempla fino a 3 letture, ma non è detto che vi si giunga. È infatti possibile che la procedura si arresti non appena le due istituzioni siano pervenute ad un accordo su un medesimo testo.

3.2. In generale la procedura legislativa ordinaria **si apre con la proposta della Commissione**.

Il TCE riconosce alla Commissione un potere generale ed esclusivo di iniziativa. Il ruolo della Commissione come iniziatrice delle procedure legislative è ribadito dall'art.17, par.2, TUE, e dall'art.289, par.1, TFUE. Secondo l'art.17: «*Un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, salvo che i trattati non dispongano diversamente*».

Il potere di iniziativa della Commissione non è però assoluto. Per quanto riguarda la procedura legislativa ordinaria l'art.289, par.4 prevede infatti che «*nei casi specifici previsti dai trattati, gli atti legislativi possono essere adottati su iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia o della Banca europea per gli investimenti*». Pertanto, specifiche basi giuridiche possono attribuire il potere d'iniziativa nell'ambito della procedura legislativa ordinaria a soggetti diversi dalla Commissione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio godono però del potere di sollecitare la Commissione a presentare una proposta, approvando una richiesta in tal senso (art.225 TFUE per il Parlamento europeo e art.241 TFUE per il Consiglio).

Non è prevista alcuna sanzione per il caso in cui la Commissione non si attivi.

Proposte possono essere sollecitate anche da parte di altri istituzioni o organi, in particolare dal Consiglio europeo. Spetta infatti alla Commissione il compito di sottoporre proposte volte a dare attuazione alle priorità e agli orientamenti politici generali dell'Unione definiti dal Consiglio europeo.

Costituiscono di frequente parte integrante delle proposte della Commissione le c.d. **valutazioni di impatto**, che costituiscono studi diretti a verificare il possibile impatto economico, ambientale o sociale di un determinato atto legislativo, ove esso venisse effettivamente adottato. Quando la proposta è preceduta dalla valutazione di impatto, essa viene sottoposta al previo parere del **Comitato per il controllo normativo**, istituito con decisione del Presidente della Commissione.

Il Trattato di Lisbona introduce inoltre un istituto di democrazia partecipativa, consistente nel diritto dei cittadini dell'Unione (almeno un milione, appartenenti ad un numero significativo di Stati membri) di invitare la Commissione «*a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione, ai fini dell'attuazione dei trattati*» (art.17, par.4, TUE) (c.d. **iniziativa dei cittadini**).

Riferendosi la norma ad un semplice invito, è da ritenersi che la Commissione non sia obbligata ad agire.

3.3. Partendo dal presupposto che la Commissione è portatrice dell'interesse generale dell'Unione, mentre il Consiglio rappresenta gli interessi individuali di ciascuno Stato membro, l'art.293, par.1, TFUE limita il potere del Consiglio di **modifica della proposta** della Commissione: infatti «*il Consiglio può emendare la proposta solo deliberando all'unanimità*». Il consenso unanime garantisce che l'atto adottato, pur non essendo uguale a quello proposto dalla Commissione, risponda nondimeno all'interesse generale della Comunità.

Il Consiglio non può allontanarsi in maniera radicale dalla proposta. Ciò significherebbe deliberare senza proposta della Commissione. Qualora ciò dovesse avvenire, si realizzerebbe una «violazione di forme sostanziali» e l'atto adottato sarebbe annullabile mediante ricorso alla Corte di giustizia.

Per quanto riguarda la procedura legislativa ordinaria, il requisito dell'unanimità perché il Consiglio possa emendare la proposta della Commissione non si applica durante la fase del comitato di conciliazione e la terza lettura. *A contrario*, il requisito dell'unanimità vale nella prima e nella seconda lettura. Ciò significa che in queste fasi, il Consiglio potrà deliberare a maggioranza qualificata soltanto attenendosi alla proposta della Commissione.

Il fatto che il Consiglio possa emendare la proposta della Commissione soltanto all'unanimità, se da un lato garantisce che gli atti del Consiglio perseguano l'interesse generale dell'Unione, dall'altro può causare una **situazione di stallo**.

Per evitare il rischio di una situazione di stallo, l'art.293, par.2, TFUE prevede che «**fintantoché il Consiglio non ha deliberato, la Commissione può modificare la propria proposta in ogni fase delle procedure che portano all'adozione di un atto del l'Unione**». Ciò può avvenire anche nel corso delle stesse riunioni del Consiglio, essendo in quella sede presente un membro della Commissione delegato ad apportare le opportune modifiche.

Tra i poteri riconosciuti alla Commissione dall'art.293, par.2, rientra anche il **potere di ritirare la proposta**. La Commissione può esercitare tale potere, in particolare, quando un emendamento prospettato dal Parlamento o dal Consiglio snatura la proposta di atto legislativo in modo da ostacolare la realizzazione degli obiettivi da essa perseguiti. Tuttavia, tale potere non equivale a un diritto di veto della Commissione sull'adozione degli atti legislativi, poiché essa deve sempre valutare le ragioni dell'emendamento prospettato dal Parlamento o dal Consiglio e comunicare a queste istituzioni i motivi della sua scelta, anche al fine di consentire l'eventuale sindacato giurisdizionale sulla decisione di ritiro così adottata.

3.4. La procedura si apre con la **proposta della Commissione**, indirizzata simultaneamente al Consiglio e al Parlamento europeo (art.294, par.2, TFUE).

Già in questa prima fase il Parlamento può assumere l'iniziativa di avviare negoziati interistituzionali con Consiglio e Commissione secondo lo schema del c.d. «trilogo».

La **prima lettura** consiste nell'adozione da parte del Parlamento europeo della propria «posizione» che viene trasmessa al Consiglio. Il Consiglio può approvare la posizione del Parlamento: in questo caso l'atto è approvato in tale formulazione. In caso contrario, il Consiglio adotta, a maggioranza qualificata, una «**posizione in prima lettura**».

Qualora la posizione del Parlamento sia conforme alla proposta della Commissione, il Consiglio può approvarla a maggioranza qualificata. Se invece la posizione emenda la proposta, per approvarla il Consiglio deve deliberare all'unanimità.

Inizia la **seconda lettura**. In questa fase, il Parlamento europeo ha tre mesi di tempo per decidere in uno dei seguenti modi:

1. **approvare la posizione in prima lettura del Consiglio o omettere di deliberare entro il termine** → l'atto si considera adottato «*nella formulazione corrispondente alla posizione del Consiglio*».
2. **respingere la posizione** (a maggioranza assoluta dei membri che lo compongono) → la procedura si arresta, perché l'atto si considera non adottato.
3. **proporre emendamenti** (con lo stesso quorum deliberativo).

In questo caso, la Commissione emette un parere sugli emendamenti. Il Consiglio, a maggioranza qualificata, può:

- a) **approvare tutti gli emendamenti del Parlamento** → l'atto si considera definitivamente approvato.
- b) **non approvare tutti gli emendamenti** → si apre una fase intermedia e viene convocato un **comitato di conciliazione**. Tale comitato è composto dai membri del Consiglio o loro rappresentanti e da altrettanti membri del Parlamento europeo ed ha il compito di approvare entro sei settimane un «**progetto comune**» con la collaborazione della Commissione.

Se il comitato non riesce ad approvare un progetto comune, l'atto si considera non adottato.

Se invece il comitato approva un progetto comune, l'atto dovrà poi essere definitivamente approvato in **terza lettura** Parlamento e dal Consiglio (quest'ultimo a maggioranza qualificata) entro ulteriori sei settimane. In mancanza dell'approvazione dell'una o dell'altra istituzione, l'atto si considera non adottato.

4. Le procedure legislative speciali: la procedura di consultazione e la procedura di approvazione.

4.1. Diverse disposizioni del TFUE prevedono **procedure legislative speciali**, il cui svolgimento è definito di volta in volta dalle disposizioni che fungono da base giuridica.

- Nella maggior parte dei casi esse consistono nell'adozione dell'atto da parte del Consiglio a maggioranza qualificata o all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo (**procedura di consultazione**).
- In un numero limitato di casi l'atto deliberato dal Consiglio è sottoposto all'approvazione del Parlamento europeo (**procedura di approvazione**).

Quando non è il Consiglio a deliberare, tale potere spetta al Parlamento europeo.

Nelle procedure legislative speciali, il potere di iniziativa è disciplinato come nella procedura legislativa ordinaria. Salvo eccezioni, l'istituzione competente non può deliberare in mancanza di una **proposta della Commissione**.

4.2. Quando il TFUE prevede che il potere di adottare atti legislativi in un certo settore spetti al solo Consiglio, il potere di questa istituzione è controbilanciato dall'obbligo di consultare il Parlamento europeo. Si parla in questi casi di **procedura di consultazione**.

Quello che il Parlamento è chiamato ad emettere è un **parere consultivo**: esso è obbligatorio, ma non vincolante. Il Consiglio è libero di non seguire il parere.

«*La consultazione è lo strumento che consente al Parlamento l'effettiva partecipazione al processo legislativo della Comunità. Questo potere costituisce un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal Trattato. Esso riflette sia pure limitatamente sul piano della Comunità un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa (...). La regolare consultazione del Parlamento nei casi previsti dal Trattato è quindi una formalità sostanziale, la cui inosservanza implica la nullità dell'atto considerato*».

La consultazione del Parlamento europeo, quando richiesta, deve quindi essere una **consultazione effettiva e regolare**. Ciò implica anzitutto che la consultazione sia effettivamente avvenuta e cioè che il parere sia stato non soltanto richiesto, ma anche emanato prima dell'adozione dell'atto da parte del Consiglio.

Per quanto riguarda le procedure legislative speciali, il TFUE non stabilisce alcun **termine per l'emanazione del parere** del Parlamento. Questo non significa che il Parlamento sia del tutto libero di stabilire a proprio piacimento i tempi per l'emanazione del parere. Si deve invece ritenere che il Parlamento sia tenuto, in osservanza al **principio di leale collaborazione**, ad emanare il parere entro un **termine ragionevole** e a tenere conto delle eventuali richieste avanzate dal Consiglio per ottenere una delibera urgente. In mancanza, al Parlamento è precluso il diritto di invocare il difetto di consultazione, essendosi reso responsabile di un comportamento sleale verso il Consiglio.

L'esigenza di una consultazione effettiva e regolare si avverte anche qualora il Consiglio intenda deliberare un atto diverso da quello sul quale il Parlamento è stato chiamato ad esprimere il proprio parere. Il problema riguarda il se ed in quali casi la consultazione sia sufficiente e quando invece si renda necessaria una **seconda consultazione**.

Il parere del Parlamento deve essere dato sull'atto che poi sarà effettivamente adottato dal Consiglio. Se, pertanto, dopo la consultazione del Parlamento, il Consiglio decide di modificare l'atto nella sostanza o la Commissione ritira la proposta e ne presenta un'altra diversa da quella su cui il Parlamento si è espresso, è necessaria una seconda consultazione.

4.3. In alcuni casi di particolare importanza, il TFUE prevede che l'atto legislativo deliberato dal Consiglio debba essere approvato dal Parlamento europeo (**procedura di approvazione**).

Un esempio è contenuto nell'art.19, par.1, TFUE: «*Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*».

Prima del Trattato di Lisbona, si parlava di procedura di parere conforme. Il parere conforme del Parlamento era considerato obbligatorio e vincolante. Se veniva negato, infatti, il Consiglio, non poteva deliberare l'atto proposto.

Nelle ipotesi in cui la procedura legislativa speciale richiede l'approvazione del Parlamento europeo, in realtà il potere deliberativo non appartiene più al Consiglio, ma è condiviso con il Parlamento, come avviene nella procedura legislativa ordinaria. Tuttavia, mentre in quest'ultima il Parlamento ha ampio spazio di manovra per contribuire a determinare il contenuto dell'atto, nella procedura di approvazione il Parlamento si limita ad approvare o a respingere l'atto.

4.4. Per alcuni atti legislativi il cui contenuto è destinato a sostituirsi o a integrare la disciplina prevista dal TFUE, è prescritto che l'atto adottato con la procedura di approvazione o, più raramente, di consultazione, per entrare in vigore debba essere approvato anche «*dagli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali*».

5. Le procedure legislative nel settore dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia.

5.1. Il Trattato di Lisbona ha eliminato ogni distinzione formale tra materie già da tempo comunitarizzate e materie che inizialmente rientravano nel III pilastro dell'Unione, in particolare la Cooperazione giudiziaria in materia penale e la Cooperazione di polizia.

Nella nuova disciplina, un ruolo specifico è tuttavia riservato al Consiglio europeo, il quale «*definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*» (art.67 TFUE).

Persistono alcune differenze dal punto di vista delle procedure legislative applicabili. Nei settori in questione, infatti, la procedura legislativa ordinaria è ormai molto presente, ma è spesso affiancata da procedure legislative speciali, a seconda dei casi, di consultazione o di approvazione.

- La procedura legislativa ordinaria è prevista ad es. dall'art. 75, primo comma, circa le misure amministrative concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti.
- In numerosi casi procedure legislative diverse sono richieste per l'adozione di specifiche misure. Ad es. l'art.81, par.3, primo comma, richiede che per le misure riguardanti il diritto di famiglia si segua la procedura di consultazione: è prescritta una delibera all'unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo. La procedura d'approvazione è invece prevista dall'art.86, par.1, primo comma, circa l'istituzione di una Procura europea.

Inoltre, qualunque sia la procedura legislativa applicabile, nel settore della Cooperazione giudiziaria in materia penale, in quello della Cooperazione di polizia e in quello della Cooperazione amministrativa, il **potere di proposta** non spetta solo alla Commissione ma anche all'iniziativa di un quarto degli Stati membri (art.76 TFUE).

5.2. Inoltre, in numerosi casi sono previsti taluni strumenti procedurali che consentono agli Stati membri contrari a determinati atti di impedirne o ritardarne l'adozione.

In due casi tali strumenti sono associati alla **procedura legislativa ordinaria** e si presentano pertanto come delle varianti rispetto al suo normale svolgimento, finalizzate a ridurne le caratteristiche di sovra-nazionalità.

Si tratta delle ipotesi disciplinate dagli artt.82, par.3 e 83, par.3.

Nella versione prevista dagli articoli cit. (c.d. *emergency brake*), lo Stato membro contrario interviene perché ritiene che il progetto di atto «*incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale*». L'intervento avviene prima della deliberazione dell'atto da parte del Consiglio e comporta la sospensione della procedura legislativa ordinaria. L'esame dell'atto passa al Consiglio europeo, che ha quattro mesi per approvare l'atto per consenso. Se ciò avviene, l'atto è rinviato al Consiglio e la procedura legislativa ordinaria riprende.

In caso contrario, «*se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di atto, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione*» e l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata «*si considera concessa*».

In altre ipotesi invece lo strumento procedurale è associato a **procedure legislative speciali** che richiedono una delibera unanime da parte del Consiglio. In questi casi lo strumento si presenta come una variante rispetto al normale svolgimento che consente di superare, sia pure parzialmente, la mancanza di unanimità.

Si tratta delle ipotesi disciplinate dagli artt.86, par.1, secondo e terzo comma e 87, par.3, secondo e terzo comma.

Nella versione prevista dagli articoli cit., in mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che del progetto di atto sia investito il Consiglio europeo. Entro quattro mesi, il Consiglio europeo, decidendo per consenso, rinvia il progetto al Consiglio perché lo adotti.

Altrimenti, almeno nove Stati membri possono notificare al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione la loro intenzione di instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di atto e la necessaria autorizzazione si considera concessa.

6. Le procedure non legislative, in particolare nel settore dell'UEM.

6.1. In molti casi i trattati prevedono l'adozione da parte delle istituzioni dell'Unione di atti non legislativi e stabiliscono di volta in volta la procedura decisionale applicabile. La categoria delle procedure non legislative è molto eterogenea.

6.2. Il Consiglio europeo, i cui atti non hanno mai natura legislativa, delibera seguendo procedure diverse da caso a caso.

- **Alcune sono disciplinate in maniera originale rispetto alle procedure applicabili al Consiglio e riflettono il ruolo di suprema autorità che il Consiglio europeo svolge.**

Al primo tipo appartengono anzitutto le procedure in cui il Consiglio europeo decide in piena autonomia, senza necessità di alcuna proposta e senza che sia richiesta la consultazione o l'approvazione di altre istituzioni (ad es. l'art.15, par.5, TUE sull'elezione del Presidente del Consiglio europeo).

In questo stesso gruppo possono essere classificate alcune procedure in cui la deliberazione del Consiglio europeo, benché non condizionata da una proposta proveniente da altri soggetti, è tuttavia subordinata all'approvazione di un'altra istituzione o organo. L'approvazione del Parlamento europeo è ad es. necessaria per la nomina del Presidente della Commissione, che il Consiglio europeo propone di propria iniziativa, mentre per quella dell'Alto rappresentante occorre l'accordo del Presidente della Commissione.

In tutti gli esempi descritti il Consiglio europeo delibera a maggioranza qualificata.

- **Altre volte le procedure sono articolate in modo simile a quelle del Consiglio.**

La seconda categoria è invece costituita da procedure che si ispirano ai modelli della procedura di consultazione o della procedura di approvazione. In questi casi, il Consiglio non agisce di propria iniziativa ma ha bisogno di una proposta. In genere è poi tenuto a consultare altre istituzioni ovvero deve ottenerne l'approvazione.

6.3. Quando adotta atti non legislativi nel campo d'applicazione del TFUE, il **Consiglio** segue in generale procedure modellate sulla procedura di consultazione e su quella di approvazione.

Un esempio di **procedura non legislativa del tutto uguale a quella di consultazione** è presente nell'art.103, par.1. I regolamenti e le direttive utili all'applicazione delle regole di concorrenza applicabili alle imprese (artt.101-102) «sono stabiliti dal Consiglio su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo».

La procedura di approvazione è invece applicabile quando il Consiglio adotta disposizioni ai sensi dell'art.352, par.1, TFUE, che si tratti o meno di atti legislativi.

6.4. Nel settore dell'**Unione economica e monetaria**, in relazione alla peculiarità degli atti adottati, che hanno sempre carattere non legislativo, sono spesso previste dai Trattati procedure *sui generis*, che presentano solo alcune analogie con le procedure generalmente utilizzate.

L'art.121 TFUE regola il **coordinamento delle politiche economiche**, il quale avviene attraverso lo strumento degli **indirizzi di massima** per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione. Gli indirizzi di massima sono approvati in esito ad una procedura piuttosto macchinosa, che prende le mosse da una raccomandazione della Commissione, prosegue con una relazione del Consiglio, un dibattito in Consiglio europeo e infine una raccomandazione del Consiglio che incorpora gli indirizzi di massima.

Sulla base degli indirizzi di massima, viene seguita una procedura c.d. di **sorveglianza multilaterale**, in cui viene controllata la congruenza delle politiche economiche di ciascuno Stato con gli indirizzi. In tale procedura, il Consiglio adotta raccomandazioni sulla base di una raccomandazione della Commissione. Una rilevata incongruenza non dà luogo a sanzioni, ma, al massimo, alla pubblicità delle raccomandazioni del Consiglio nei confronti di quello Stato. I risultati della sorveglianza multilaterale vengono anche comunicati al Parlamento europeo.

Complessa è anche la **procedura per i disavanzi pubblici eccessivi**. Il momento centrale è costituito dalla decisione del Consiglio che, su proposta della Commissione e sentite le osservazioni dello Stato membro interessato, stabilisce che «*esiste un disavanzo eccessivo*» e adotta, su raccomandazione della Commissione, «*le raccomandazioni allo Stato membro in questione al fine di far cessare tale situazione entro un determinato periodo*».

Decorso invano il periodo accordato, il Consiglio «*può decidere di intimare allo Stato membro di prendere, entro un termine stabilito, le misure volte alla riduzione del disavanzo che il Consiglio ritiene necessarie per correggere la situazione*» e «*può chiedere allo Stato membro in questione di presentare relazioni secondo un calendario preciso, al fine di esaminare gli sforzi compiuti da detto Stato membro per rimediare alla situazione*». Una decisione del genere è particolarmente grave. Infatti, fintanto che lo Stato in questione non ottempera alle raccomandazioni del Consiglio, questo «*può decidere di applicare o, a seconda dei casi, di rafforzare una o più*» delle **sanzioni** previste dal par.11; le più gravi consistono nell'imposizione di un deposito infruttifero o di ammende adeguate.

7. Le procedure nel settore della PESC.

7.1. L'art.24, par.1, secondo comma, TUE precisa che **la PESC è soggetta a «procedure specifiche»**.

Rispetto alle procedure decisionali applicabili ai settori che ricadono nel campo d'applicazione del TFUE permangono tuttora importanti differenze.

- Un **primo elemento distintivo** è costituito dal ruolo del Consiglio europeo che esercita un vero e proprio potere decisionale, seguendo un'apposita procedura.
- Un **secondo elemento caratteristico** è che le procedure decisionali consistono per lo più in deliberazioni assunte dal Consiglio all'unanimità, su iniziativa non della Commissione ma degli Stati membri o dell'Alto rappresentante.
- Infine, il ruolo del Parlamento europeo è molto ridotto, essendo esso oggetto di semplice consultazione.

Nessuna delle procedure decisionali che verranno descritte può essere definita legislativa. L'art 24, par.1, secondo comma, TUE precisa infatti che «è esclusa l'adozione di atti legislativi».

7.2. Cominciando dalle procedure decisionali seguite dal **Consiglio europeo**, la disciplina contenuta nel TUE è estremamente scarna.

Ai sensi dell'art.26, par.1, primo comma, TUE, il Consiglio europeo «*individua gli interessi strategici dell'Unione, fissa gli obiettivi e definisce gli orientamenti generali della politica estera e di sicurezza comune, ivi comprese le questioni che hanno implicazioni in materia di difesa*» e «*adotta le decisioni necessarie*».

L'unica regola di carattere procedurale è contenuta nell'art.31, par.1, secondo il quale il Consiglio europeo delibera sempre all'unanimità, salvo nei casi in cui il capo 2 del Titolo V del TUE, relativo alla PESC, disponga diversamente.

Casi del genere non sono al momento previsti.

7.3. Anche le procedure decisionali seguite dal **Consiglio** in ambito PESC sono disciplinate sommariamente.

Come regola generale, si segue il principio dell'**unanimità**, salvo che il capo 2 del Titolo V del TUE disponga diversamente.

Posto che le astensioni non escludono l'unanimità, si è cercato di indurre i membri del Consiglio contrari ad una proposta ad astenersi, piuttosto che a esprimere voto contrario. Il secondo comma del paragrafo 1 dell'art.31 introduce a questo scopo l'istituto noto come **astensione costruttiva**. «In caso di astensione dal voto, ciascun membro del Consiglio può

motivare la propria astensione con una dichiarazione formale a norma del presente comma. In tal caso esso non è obbligato ad applicare la decisione, ma accetta che essa impegni l'Unione. In uno spirito di mutua solidarietà, lo Stato membro interessato si astiene da azioni che possano contrastare o impedire l'azione dell'Unione basata su tale decisione, e gli altri Stati membri rispettano la sua posizione».

7.4. L'art.31, par.2, TUE prevede però la possibilità che alcune deliberazioni vengano assunte dal Consiglio a **maggioranza qualificata**. Ciò può avvenire in quattro casi:

- «quando adotta una decisione che definisce un'azione o una posizione dell'Unione, sulla base di una decisione del Consiglio europeo relativa agli interessi e obiettivi strategici dell'Unione di cui all'articolo 22, paragrafo 1»;
- «quando adotta una decisione che definisce un'azione o una posizione dell'Unione in base a una proposta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza presentata in seguito a una richiesta specifica rivolta a quest'ultimo dal Consiglio europeo di sua iniziativa o su iniziativa dell'alto rappresentante»;
- «quando adotta decisioni relative all'attuazione di una decisione che definisce un'azione o una posizione dell'Unione»;
- «quando nomina un rappresentante speciale ai sensi dell'art.33 TUE».

Anche se il testo della norma non vi fa espresso riferimento, le ipotesi di cui alle lett. a), b) e c) riguardano casi in cui si tratta di adottare atti che presuppongono un atto adottato all'unanimità. La quarta e ultima ipotesi si riferisce invece alla nomina di rappresentanti speciali del Consiglio.

Peraltro, la pur limitata possibilità di assumere deliberazioni a maggioranza qualificata può essere paralizzata grazie alla **clausola di salvaguardia** prevista dal secondo comma del par.2 dell'art.31: «se un membro del Consiglio dichiara che, per specifici e vitali motivi di politica nazionale, intende opporsi all'adozione di una decisione che richiede la maggioranza qualificata, non si procede alla votazione. L'alto rappresentante cerca, in stretta consultazione con lo Stato membro interessato, una soluzione accettabile per quest'ultimo. In mancanza di un risultato il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo, in vista di una decisione all'unanimità».

Per quanto riguarda il **potere di iniziativa**, esso spetta ad ogni Stato, all'Alto rappresentante da solo o con l'appoggio della Commissione. Tutti questi soggetti possono sottoporre al Consiglio questioni rientranti nella PESC e «presentare, rispettivamente, iniziative o proposte». Ciò non sembra escludere che il Consiglio possa agire di propria iniziativa.

Quanto al **Parlamento europeo**, esso **non svolge alcun ruolo attivo nell'elaborazione delle decisioni PESC**. L'Alto rappresentante lo consulta regolarmente «sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali» della PESC e «provvede affinché le opinioni del Parlamento europeo siano debitamente prese in considerazione».

Da parte sua il Parlamento può rivolgere interrogazioni o formulare raccomandazioni al Consiglio o all'Alto rappresentante e due volte l'anno dibatte dei progressi compiuti.

Per quanto riguarda l'Alto rappresentante, va segnalato anche il **potere di attuazione** che gli compete in ambito PESC. L'art.26, par.3, TUE stabilisce che «la politica estera e di sicurezza comune è attuata dall'alto rappresentante e dagli Stati membri, ricorrendo ai mezzi nazionali e a quelli dell'Unione».

8. La procedura per la conclusione degli accordi internazionali.

8.1. La procedura per **negoziare e concludere accordi internazionali** dell'Unione con Stati terzi o con altre organizzazioni internazionali è disciplinata dall'**art.218 TFUE**.

La procedura è caratterizzata dal ruolo centrale del Consiglio, che decide su tutte le fasi (par.1).

- «delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere» (par.1);
- «fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega» (par.2).

Con quest'ultima espressione, devono intendersi le **modalità di controllo** che le istituzioni autrici dell'atto legislativo di delega (Consiglio e/o Parlamento europeo) possono esercitare sulla maniera in cui la Commissione dà attuazione alla delega ricevuta.

Tali modalità sono stabilite nell'atto legislativo di delega e possono consistere:

- a) nel potere di revocare la delega;
- b) nel potere di impedire l'entrata in vigore dell'atto delegato della Commissione sollevando «obiezioni» entro un termine fissato dall'atto legislativo di delega.

L'aspetto maggiormente problematico dell'istituto consiste nella possibilità che l'atto legislativo di delega autorizzi la Commissione non solo ad integrare l'atto attraverso norme di dettaglio, ma anche a modificare alcuni «*elementi non essenziali dell'atto legislativo*».

- Da un lato, infatti, non è agevole distinguere tra **elementi essenziali** e elementi che tali non sono, con la conseguente possibilità di controversie interistituzionali ma anche tra istituzioni e Stati membri.
- D'altro lato, ammettere che l'atto delegato possa modificare, se a ciò autorizzato, l'atto legislativo di delega, introduce una non auspicabile confusione tra le fonti.

9.3. L'art.291 TFUE si occupa invece dell'**esecuzione degli «atti giuridici vincolanti dell'Unione»**.

Nella nozione rientrano tanto gli atti legislativi, in quanto adottati attraverso una procedura legislativa, quanto gli atti, che pur essendo adottati attraverso una procedura non legislativa, producono effetti giuridici vincolanti.

L'esecuzione è normalmente affidata agli Stati membri, i quali «*adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione*».

L'esecuzione può essere affidata alla Commissione o eccezionalmente al Consiglio, solo «*allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione*».

Il conferimento del potere d'esecuzione al Consiglio, invece che alla Commissione, può avvenire solo «*in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli artt.24 e 26 del TUE*». Gli articoli richiamati si riferiscono all'azione esterna dell'Unione e in particolare alla PESC.

Il par.3 ha ad oggetto il **controllo da parte degli Stati membri** sull'operato della Commissione, prevedendo che «*le regole e i principi generali relativi alle modalità*» di tale controllo saranno stabiliti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, «*deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria*».

9.4. Il conferimento alla Commissione della delega di attuazione oppure dei poteri di esecuzione non esauriscono le ipotesi in cui gli atti legislativi possono procedere ad una **delega di poteri**. In particolare, deve considerarsi compatibile con le norme del TFUE l'attribuzione di poteri decisori, che includano anche l'adozione di atti a portata generale, alle **agenzie indipendenti** in settori che comportano una perizia professionale e tecnica specifica, purché tali poteri non abbiano carattere discrezionale ma si fondino su presupposti e criteri predeterminati dagli atti normativi di riferimento.

10. La procedura per instaurare una cooperazione rafforzata.

10.1. L'istituto della **cooperazione rafforzata** si è affermato in occasione del Trattato di Amsterdam e rappresenta la piena accettazione della c.d. **Europa a più velocità**. **Scopo** della cooperazione rafforzata è di consentire ad un gruppo di Stati membri di utilizzare le istituzioni, le procedure ed i meccanismi decisionali previsti dai trattati per instaurare tra loro forme di cooperazione non condivise da tutti gli Stati membri.

La disciplina dell'istituto è contenuta nell'art.20 TUE e negli artt. da 326 a 334 TFUE.

Numerosi sono i **requisiti materiali** necessari.

- Taluni di questi debbono essere valutati già nella procedura di autorizzazione: la cooperazione rafforzata deve riguardare una competenza non esclusiva dell'Unione; essere intesa a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione ed essere aperta a qualsiasi Stato membro; deve essere autorizzata **in ultima istanza**, nel senso che gli obiettivi non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme.
- Altri requisiti riguardano più da vicino il contenuto della misura da adottare: in particolare, tale misura deve rispettare i trattati e il diritto dell'Unione, non può recare pregiudizio al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale, non può costituire un ostacolo o una discriminazione per gli scambi tra Stati membri, né può provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi; deve rispettare le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano.

10.2. La procedura per l'**autorizzazione** ad instaurare una cooperazione rafforzata diverge a seconda che l'oggetto della cooperazione riguardi o meno la PESC.

- Per la PESC, la richiesta di instaurare una cooperazione rafforzata è presentata dagli Stati interessati al Consiglio e trasmessa all'Alto rappresentante e alla Commissione perché esprimano un parere sulla coerenza con la PESC e con le altre politiche dell'Unione, e al Parlamento europeo per conoscenza. L'autorizzazione è concessa dal Consiglio con deliberazione all'unanimità.
- Per gli altri settori, invece, gli Stati membri interessati devono trasmettere la loro richiesta alla Commissione. Questa può presentare al Consiglio una proposta al riguardo, ma anche rifiutarsi di farlo, informando gli Stati membri delle ragioni di tale decisione. L'autorizzazione è concessa secondo una procedura di approvazione: il Consiglio delibera (a maggioranza qualificata) previa approvazione del Parlamento europeo.

10.3. La composizione delle istituzioni, le modalità deliberative e le procedure decisionali applicabili nell'ambito di una cooperazione rafforzata sono quelle ordinarie.

L'unica particolarità riguarda il Consiglio. I rappresentanti di Stati membri non partecipanti non possono votare. Il *quorum* per raggiungere la maggioranza qualificata è determinato proporzionalmente rispetto agli Stati partecipanti. Non costituisce un ostacolo al ricorso alla cooperazione rafforzata la circostanza che essa investa una materia in cui il Consiglio delibera all'unanimità, la quale in tali casi è costituita dai soli voti degli Stati partecipanti.

10.4. Il Trattato di Lisbona ha disposto che nell'ambito della Politica europea di sicurezza e difesa (PESD), che costituisce una componente della PESC, sia applicabile un istituto analogo, detto **cooperazione strutturata permanente**. Gli Stati membri che «rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari» e che «hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative», possono instaurare tra di loro una cooperazione di tale tipo.

PARTE 3 - L'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

SEZIONE 1

1. Considerazioni generali.

1.1. *L'Unione europea è portatrice di un proprio ordinamento giuridico, che si distingue tanto dal diritto internazionale quanto dal diritto interno di ciascuno Stato membro?*

Nella sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, **Costa c. ENEL**, la Corte afferma che «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare».

Secondo la Corte, gli Stati membri «hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

Inizialmente il quesito si è posto con riferimento alla sola CE e al solo diritto comunitario.

Dai passaggi riportati potrebbe ricavarsi l'impressione che la maggiore preoccupazione della Corte sia di distinguere il TCE dai **trattati internazionali tradizionali**. A differenza di questi, il TCE comporta delle vere e proprie limitazioni di sovranità a carico degli Stati membri, sia pure in settori limitati. Inoltre, il TCE e il complesso di norme che ne scaturisce non si limitano a porre obblighi a carico degli Stati membri, ma toccano la sfera giuridica degli stessi soggetti degli ordinamenti interni degli Stati membri (i cittadini), i quali diventano perciò soggetti anche dell'ordinamento comunitario.

Nondimeno è evidente come i caratteri che, secondo la Corte, distinguono il TCE dai trattati internazionali tradizionali servono anche e soprattutto a segnare l'autonomia del diritto comunitario rispetto al **diritto interno degli Stati membri**. La ricostruzione del TCE come atto attraverso cui gli Stati membri hanno accettato delle vere e proprie limitazioni di sovranità e il riconoscimento ai soggetti degli ordinamenti interni di posizioni giuridiche derivanti direttamente dal diritto comunitario rendono tale diritto autonomo rispetto a quello interno degli Stati membri.

Secondo la Corte di giustizia, **l'ordinamento comunitario è dunque autonomo sia rispetto all'ordinamento internazionale generale, sia soprattutto rispetto agli ordinamenti interni degli Stati membri.**

Si è obiettato che la pretesa autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto agli ordinamenti interni è contraddetta dalla incontestabile constatazione che l'integrazione del diritto comunitario nel diritto interno, con le caratteristiche dell'efficacia diretta e del primato che la accompagnano, è dipesa e dipende da un atto di auto-limitazione liberamente accettato dagli Stati membri al momento della ratifica dei trattati. Gli stessi Stati membri potrebbero porre fine a tale integrazione o limitarne la portata o gli effetti attraverso un atto uguale e contrario all'atto iniziale di auto-limitazione. L'autonomia dell'ordinamento comunitario non sarebbe per tanto piena ma resterebbe condizionata al permanere di una volontà in tal senso da parte degli Stati membri.

L'obiezione si basa su argomenti più teorici che reali.

In principio la Corte aveva parlato di ordinamento autonomo solo con riferimento al diritto comunitario e non aveva avuto occasione di pronunciarsi sul se fosse possibile dirsi altrettanto dell'**ordinamento dell'Unione** nel suo complesso, comprensivo anche delle disposizioni dei trattati e gli atti delle istituzioni riguardanti i settori che, prima del Trattato di Lisbona, costituivano il secondo e il terzo pilastro.

- Prima del Trattato di Lisbona, in effetti, era lecito dubitare che la categoria dell'autonomia potesse applicarsi ad un complesso di norme che, mantenevano marcate caratteristiche di stampo intergovernativo.
- La situazione appare mutata dopo il Trattato di Lisbona. La soppressione della CE come ente autonomo rispetto all'Unione e la (parziale) abolizione della «struttura a pilastri», oltre che l'esplicito riconoscimento all'Unione della personalità giuridica, sono tutti elementi che renderebbero anacronistico ogni tentativo di continuare a tracciare distinzioni all'interno di un ordinamento che, nel nuovo assetto, vuole essere unico e onnicomprensivo.

È in tale prospettiva che la Corte ha trasposto all'ordinamento dell'Unione, nel suo complesso, le caratteristiche di autonomia originariamente riconosciute al diritto comunitario.

1.2. Come ogni ordinamento giuridico, anche l'ordinamento dell'Unione si fonda su un **sistema di fonti** di produzione del diritto, articolate secondo una propria **gerarchia**:

- i trattati, i principi generali del diritto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;
- le norme del diritto internazionale generale e gli accordi internazionali conclusi dall'Unione con Stati terzi;
- gli atti di base adottati dalle istituzioni;
- gli atti d'attuazione o di esecuzione adottati dalla Commissione o dal Consiglio.

La distinzione fondamentale resta quella tra **diritto primario** e **diritto secondario o derivato**: in origine, la prima categoria era composta dai trattati, mentre la seconda era costituita dagli atti che le istituzioni possono adottare in attuazione dei trattati. Per quanto riguarda il diritto primario, la giurisprudenza è venuta riconoscendo l'esistenza di **principi generali del diritto**, i quali hanno caratteristiche assimilabili a quelle dei trattati. Il Trattato di Lisbona ha poi creato una nuova fonte scritta cui è riconosciuto «lo stesso valore giuridico dei trattati»: la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**.

Tra le fonti di diritto primario e quelle di diritto secondario si inseriscono, come **fonti intermedie**, le norme di diritto internazionale generale e gli accordi internazionali conclusi dall'Unione europea con Stati terzi.

1.3. All'interno del diritto secondario o derivato, può stabilirsi una gerarchia tra **atti di base e atti d'attuazione o di esecuzione**. L'atto d'attuazione o di esecuzione deve rispettare l'atto di base e restare nei limiti della delega conferita.

Il Trattato di Lisbona ha introdotto una distinzione netta tra atti d'attuazione e atti d'esecuzione che prima non esisteva (artt.290-291 TFUE).

- Gli **atti di attuazione** si distinguono dagli atti di base perché sono sempre adottati dalla Commissione su delega disposta da un atto legislativo adottato, secondo i casi, congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio ovvero dall'una o dall'altra di queste istituzioni. La delega, definita in modo rigoroso, abilita la Commissione all'emanazione di «*atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo*». Essi recano l'aggettivo «delegato» o «delegata» nel titolo.
- Gli **atti d'esecuzione**, invece, sono emessi dalla Commissione ovvero, «*in casi specifici, debitamente motivati, e nelle circostanze previste agli artt.24-25 del TUE*», dal Consiglio, allorché «*sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione*». Anche essi sono distinguibili dagli atti di base grazie al termine «*di esecuzione*», che deve essere inserito nel titolo.

1.4. Tra gli atti adottati dalle istituzioni, figurano categorie di atti molto diversi quanto alla loro natura e alla loro struttura.

Per quanto riguarda la **natura**, occorre tenere presente la distinzione tra **atti legislativi** e **atti non legislativi**.

Tale distinzione è stata introdotta dal Trattato di Lisbona, ma con molta prudenza. Non vengono infatti creati appositi tipi di atti. L'art.288 TFUE, infatti, corrisponde all'art.249 TCE, per quanto riguarda la denominazione e la descrizione dei vari atti.

La distinzione si basa sulla **procedura decisionale** applicabile per l'adozione. Ai sensi dell'art.289, par.3, TFUE, solo «*gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi*». Al contrario, gli atti adottati mediante una procedura non qualificata come legislativa saranno atti che, benché recanti la medesima

denominazione di un atto legislativo, tali non sono.

Dal momento che la procedura decisionale applicabile è indicata dalla **base giuridica** in forza della quale l'atto è adottato, è la stessa base giuridica che, stabilendo se si debba seguire una procedura legislativa oppure una procedura non qualificata come tale, determina la natura legislativa o meno degli atti adottati.

La categoria degli atti non legislativi è pertanto definita per esclusione.

Peraltro, le procedure legislative contemplano sempre l'adozione di atti da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, congiuntamente o separatamente. Di conseguenza gli atti delle altre istituzioni saranno a priori non legislativi.

I motivi che hanno guidato la scelta di definire legislativi determinati atti e non altri sono a volte oscuri.

Un esempio clamoroso è costituito dall'art.103, par.1, TFUE, che, nel prevedere l'emanazione, da parte del Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, di regolamenti e direttive per dare attuazione alle regole di concorrenza applicabili alle imprese, non specifica che si tratta di una procedura legislativa speciale. Di conseguenza, i regolamenti e le direttive emanati in base all'art.103 non avranno carattere legislativo, nonostante la loro indubbia importanza normativa (un esempio analogo è dato dall'art. 109 TFUE, in materia di aiuti di Stato alle imprese).

La giurisprudenza si mantiene fedele al criterio procedurale (formale), riconoscendo natura legislativa ai soli atti qualificati come «legislativi» dalla base giuridica utilizzata. È stato dunque escluso che, nel silenzio del TFUE, abbiano natura sostanzialmente legislativa, in ragione del coinvolgimento del Consiglio e del Parlamento europeo, le misure di emergenza adottate secondo la procedura prevista dall'art.78, par.3, TFUE (corrispondente alla procedura di consultazione), quand'anche dette misure implicino la modifica di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria.

Il fatto che un atto giuridico sia o meno legislativo comporta alcune importanti **conseguenze**:

1. i lavori del Consiglio per l'adozione di un atto legislativo dovranno svolgersi in **seduta pubblica**, con la conseguente necessità di dividere ciascuna sessione «*in due parti dedicate, rispettivamente, alle deliberazioni su atti legislativi dell'Unione e alle attività non legislative*»;
2. in merito agli atti legislativi saranno esercitati i **poteri di controllo dei parlamenti nazionali** circa il rispetto del principio di sussidiarietà;
3. le condizioni di ricevibilità dei **ricorsi d'annullamento delle persone fisiche o giuridiche** saranno più severe se l'atto impugnato ha carattere legislativo di quanto lo saranno in caso di impugnazione di «*atti regolamentari che non comportano alcuna misura d'esecuzione*».

1.5. Anche dal punto di vista della loro **struttura**, gli atti delle istituzioni presentano grandi differenze. L'**art.288 TFUE** contiene l'elencazione e la descrizione degli atti più frequentemente utilizzati dalle istituzioni (c.d. **atti tipici**):

- i regolamenti
- le direttive;
- le decisioni;
- i pareri;
- le raccomandazioni.

I pareri e le raccomandazioni non sono vincolanti e, in quanto tali, non possono fungere da fonti del diritto. Tali sono invece i regolamenti, le direttive e le decisioni, che sono tutti atti vincolanti.

È tuttavia possibile (ed anzi auspicabile) che uno Stato membro dia spontaneamente attuazione ad una raccomandazione, attraverso propri atti interni. In casi del genere, il giudice chiamato ad applicare tali atti può avere bisogno di conoscere la corretta interpretazione della raccomandazione.

L'art.288 non prevede alcuna **gerarchia tra gli atti vincolanti** di tipo diverso. Di conseguenza una direttiva potrebbe abrogare un regolamento o una decisione potrebbe prevedere una deroga rispetto ad una direttiva.

Normalmente la base giuridica specifica di volta in volta quale tipo di atti le istituzioni possono adottare.

Può capitare che il tipo di atto da adottare non venga affatto precisato. In questo caso, spetta alle istituzioni competenti effettuare la scelta «*nel rispetto del principio di proporzionalità*» (art.296, primo comma, TFUE).

La tipologia di atti contenuta nell'art.288 non è completa né tassativa. Gli stessi trattati prevedono atti non corrispondenti ai tipi codificati nell'art. cit. In particolare, per la PESC è prevista una tipologia di atti con denominazione e struttura diverse (**atti atipici**).

Un esempio è costituito dal **bilancio** della Comunità.

1.6. Accanto agli atti atipici, ma pur sempre espressamente contemplati dai trattati, vanno annoverati alcuni tipi di atti affermatasi solo in via di prassi, soprattutto nel settore della disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato alle imprese.

In questi settori, la Commissione gode di poteri diretti di controllo e di sanzione, ma anche di un ampio margine di discrezionalità. Per orientare i comportamenti dei destinatari di tali poteri (imprese e Stati membri), la Commissione pubblica periodicamente delle **comunicazioni** (denominate, secondo i casi, orientamenti, codici, disciplina, linee direttrici) per rendere noto il modo in cui intende applicare le norme del TFUE con riferimento a determinate categorie di fattispecie.

Un esempio è dato dagli «*Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*».

Pur non avendo vero e proprio valore normativo, le comunicazioni sono considerate atti attraverso cui la Commissione definisce i limiti del proprio potere discrezionale. Ne consegue che la Commissione non può discostarsene nella valutazione dei casi concreti.

Una mera **prassi**, che non si sia tradotta in comunicazioni del tipo di quelle menzionate, può invece essere variata nel tempo dalla Commissione, senza che le imprese interessate possano vantare un legittimo affidamento circa il mantenimento della prassi anteriore.

La giurisprudenza ha ritenuto invece che le **prese di posizione** contenute in lettere della Commissione rivolte a uno Stato membro non vincolino né lo Stato membro in questione né il giudice nazionale.

La Corte, pur escludendo che siffatte prese di posizione siano vincolanti, ha riconosciuto che esse non sono del tutto prive di effetti giuridici, in virtù del principio di leale cooperazione che s'impone alle autorità nazionali nell'esecuzione della decisione.

1.7. Gli artt.296-297 TFUE disciplinano alcuni aspetti comuni a tutti gli atti delle istituzioni: **motivazione, firma ed entrata in vigore.**

Gli atti delle istituzioni «*sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni richieste o pareri previsti dai trattati*».

Gli atti legislativi sono firmati dal Presidente del Parlamento europeo e/o dal Presidente del Consiglio, a seconda della procedura legislativa applicabile.

Gli atti non legislativi sono firmati dal Presidente dell'istituzione che li ha adottati.

Sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (GU): gli atti legislativi e, tra gli atti non legislativi, i regolamenti, le direttive rivolte a tutti gli Stati membri, le decisioni che non designano i destinatari.

Gli atti pubblicati nella GU entrano in vigore venti giorni dopo la pubblicazione, salvo che sia disposto diversamente. Le direttive rivolte a determinati Stati membri e le decisioni che designano destinatari sono notificate ai destinatari ed «hanno efficacia in virtù di tale notificazione».

2. I trattati.

2.1. Le fonti di diritto primario dell'Unione sono in massima parte contenute nei **trattati** (TUE e TFUE), come emendati dai trattati di revisione e modificati dai trattati di adesione che si sono succeduti nel tempo.

I due trattati hanno **pari natura giuridica** (art.1, 3° comma, TUE). Le disposizioni più importanti sono concentrate nel TUE, mentre il TFUE è il contenitore di tutte quelle disposizioni che sono state considerate di importanza minore o di dettaglio (con l'eccezione del settore relativo alla PESC, la cui disciplina è quasi interamente dettata da disposizioni del TUE). Tra i due testi esiste pertanto un legame funzionale, nel cui ambito il TFUE è servente rispetto al TUE.

Natura di fonti primarie hanno anche i **Protocolli** e gli **Allegati ai trattati**.

Per prassi, l'atto finale delle CIG, convocate per approvare i trattati di revisione o di adesione, reca in allegato alcune **Dichiarazioni**, aventi ad oggetto una o più disposizioni dei trattati ovvero questioni attinenti alla loro applicazione. Ne esistono di due tipi:

1. **dichiarazioni della Conferenza, cioè di tutti gli Stati membri** → a queste può riconoscersi un ruolo importante per quanto riguarda l'interpretazione delle disposizioni alle quali si riferiscono. Esse, tuttavia, non hanno la stessa natura giuridica di tali disposizioni e non costituiscono per l'interprete un vero e proprio vincolo.
2. **dichiarazioni di uno o più Stati membri** → hanno minore rilevanza, perché non emanano da coloro (o almeno da tutti coloro) che detengono collettivamente il potere di revisione. Ciò non esclude, però, che anche queste possano essere prese in considerazione dall'interprete e, in particolare, dalla Corte di giustizia.

2.2. Una questione molto dibattuta è quella della **natura giuridica** dei trattati. Tradizionalmente, l'alternativa si pone tra due soluzioni → i trattati vanno considerati:

1. come semplici **trattati internazionali** → a sostegno di questa soluzione, può invocarsi la circostanza che il TCE, il TUE e tutti i trattati che nel tempo li hanno modificati, sono stati conclusi nelle forme e secondo i procedimenti propri di un normale trattato internazionale.

La procedura si articola come segue:

2. Oppure, nel loro insieme, come una **carta costituzionale** → ponendoci in una prospettiva interna al sistema giuridico dell'Unione, sembra invece possibile ammettere che i trattati assolvano ad una funzione di **natura costituzionale**.
1. Essi infatti, da un lato, definiscono la struttura istituzionale dell'Unione, le procedure per l'adozione degli atti di diritto derivato e le caratteristiche di tali atti; dall'altro, definiscono i settori attribuiti alla competenza dell'Unione, qualsiasi Stato membro prevedono una serie di norme materiali che dettano i principi e le regole di base applicabili a tali vari settori. La disciplina contenuta nei trattati, inoltre, è inderogabile dalle istituzioni e dagli Stati membri, se non seguendo la procedura di revisione dell'art.48 TUE.
2. All'interno dell'Unione infine opera una Corte di giustizia che assicura il rispetto dei trattati e del diritto in generale, ed è accessibile, secondo modelli differenti, da tutti i soggetti interessati.

Certo non è una costituzione *di tipo statale*. Tuttavia, la tesi che i trattati siano meri trattati internazionali non soddisfa la Commissione, provvede all'esame delle modifiche trasmesse dal Consiglio:

- 2.3. La Corte di giustizia considera e adopera i trattati come una costituzione, piuttosto che come trattati internazionali. Tale concezione si riflette nei **criteri interpretativi** seguiti dalla Corte, che infatti si discostano notevolmente dai criteri utilizzati per i trattati internazionali. In particolare, la Corte di giustizia tende a dare un rilievo non decisivo al dato testuale delle norme da interpretare e ricorre invece con grande libertà a criteri di tipo contestuale e teleologico. Talora l'obiettivo perseguito da disposizioni dei Trattati è ricavato dai **lavori preparatori**.

Le norme del TFUE sulle quattro libertà di circolazione sono sempre interpretate estensivamente, così come le norme che definiscono le competenze dell'Unione.

Al contrario le norme che consentono agli Stati membri di adottare o mantenere provvedimenti derogatori rispetto alle regole generali sono oggetto di interpretazione restrittiva, come anche le norme che mirano a consentire agli Stati membri di continuare ad utilizzare le loro competenze parallelamente a quelle dell'Unione.

Risulta perciò rovesciato il criterio normalmente seguito dai giudici internazionali, secondo cui le limitazioni della sovranità degli Stati non si presumono.

Un altro criterio interpretativo applicato alle norme del Trattato è quello detto dell'**effetto utile**: tra le varie interpretazioni possibili, la Corte preferisce quella che consente di riconoscere alla norma la maggiore effettività possibile, in maniera che gli scopi a cui la norma è rivolta possano essere raggiunti più compiutamente.

La Corte è ricorsa al criterio dell'effetto utile per giustificare l'affermazione di importanti principi giurisprudenziali. Un esempio è offerto dalla giurisprudenza che riconosce l'efficacia diretta delle direttive.

- 2.4. I trattati possono essere modificati solo ricorrendo alle procedure previste a questo scopo dagli stessi trattati, in particolare dall'art.48 TUE, che disciplina le **procedure di revisione**. La più importante è la **procedura di revisione ordinaria**, che è anche la sola ad avere un campo d'applicazione generale. Sono poi previste due procedure di revisione semplificate, che si applicano, la prima, solo a determinate parti dei trattati, e la seconda solo per modificare le procedure decisionali. Inoltre, nel testo dei trattati si incontrano altre clausole di revisione di portata specifica.

La **procedura di revisione ordinaria** si suddivide in numerose fasi, di cui le prime, aventi carattere preparatorio, si svolgono all'interno del circuito istituzionale dell'Unione, mentre le fasi finali, nel corso delle quali vengono assunte le deliberazioni vere e proprie, si svolgono all'esterno di tale circuito e vedono come protagonisti gli Stati membri e i loro parlamenti nazionali.

<ol style="list-style-type: none"> 5. convocazione di una CIG formata dai rappresentanti dei governi degli Stati membri per «stabilire di comune accordo le modifiche da apportare ai trattati»; 6. ratifica delle modifiche approvate da parte di tutti gli Stati membri «conformemente alle rispettive norme costituzionali» e loro entrata in vigore. 	<p>L'avvio della procedura è agevolato dalla circostanza che il Consiglio europeo può deliberare a maggioranza semplice. Tuttavia, poi è necessario l'accordo unanime degli Stati membri sul trattato di revisione. Tale accordo, tuttavia, non è ancora sufficiente, perché l'entrata in vigore è subordinata alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri, secondo le rispettive norme costituzionali.</p> <p>Essendo la definizione delle forme necessarie per la ratifica rimessa a ciascuna costituzione nazionale, è a queste che spetta stabilire se la ratifica debba avvenire come per qualsiasi trattato internazionale o se invece sia necessario seguire procedure speciali. In particolare, sono le costituzioni nazionali che definiscono se e in quali casi la ratifica debba essere sottoposta a referendum popolare o anche se sia possibile esperire un ricorso costituzionale contro il provvedimento di ratifica. Per quanto riguarda la sottoposizione della ratifica a referendum popolare, le costituzioni di alcuni Stati membri lo richiedono per i trattati che attribuiscono all'Unione europea nuove competenze. Altre</p>
--	--

volte la necessità del referendum dipende dal se la ratifica necessiti o meno una modifica della Costituzione. In altri Stati membri il referendum, pur non essendo costituzionalmente prescritto, può essere deciso dal Governo nazionale per ragioni politiche.

L'esperienza passata ha indotto a introdurre nell'art.48 un apposito comma che dovrebbe facilitare l'entrata in vigore del trattato di revisione. Il par.5 prevede: «*qualora al termine di un periodo di due anni dalla data della firma di un trattato che modifica i trattati, i 4/5 degli Stati membri abbiano ratificato detto trattato e uno o più Stati membri abbiano incontrato difficoltà nelle procedure di ratifica, la questione è deferita al Consiglio europeo*». La norma evoca la possibilità che il Consiglio europeo decida misure che favoriscano l'entrata in vigore del trattato di revisione nonostante la mancata ratifica da parte di un unico Stato membro o da parte di un numero limitato di Stati.

2.5. Accanto alla procedura ordinaria, il Trattato di Lisbona ha previsto **due procedure semplificate di revisione**.

La **procedura disciplinata dall'art.48, par.6, TUE**, può avere ad oggetto solo modifiche, parziali o totali, delle «*disposizioni della parte terza del TFUE relative alle politiche e azioni interne dell'Unione*», senza però che ciò comporti alcuna estensione delle «*competenze attribuite all'Unione nei trattati*».

È pertanto escluso dall'ambito di applicazione del par.6 tutto ciò che riguarda l'azione esterna. Altrettanto deve dirsi per le disposizioni di carattere istituzionale comprese nella parte III riguardanti le modalità di voto del Consiglio e la scelta tra procedura legislativa ordinaria e procedure legislative speciali. Modifiche del genere sono infatti soggette alla procedura semplificata di revisione di cui al par.7.

La procedura consta delle seguenti fasi:

- presentazione al Consiglio europeo da parte del governo di qualsiasi Stato membro, del Parlamento europeo o della Commissione, di progetti di modifica nei limiti di cui si è detto;
- adozione delle modifiche da parte del Consiglio europeo con decisione approvata all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, se le modifiche riguardano le disposizioni istituzionali nel settore monetario, della BCE;
- entrata in vigore della decisione del Consiglio europeo «*previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali*».

anche dall'art.81, par.2, ult. giudiziaria in materia civile.

L'unica differenza rispetto alla procedura ordinaria è che si evita la convocazione della convenzione e anche quella della CIG, essendo affidato direttamente al Consiglio europeo il compito di definire le modifiche attraverso una propria decisione.

La **procedura disciplinata dall'art.48, par.7, TUE**, invece, può avere ad oggetto solo quelle disposizioni del TFUE o del Titolo V del TUE (PESC) che prevedono che:

- a) «*il Consiglio deliberi all'unanimità in un settore o in un caso determinato*» (primo comma) → è possibile stabilire che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata.
- b) ovvero che «*il Consiglio adotti atti legislativi secondo una procedura legislativa speciale*» (secondo comma) → è possibile che si passi alla procedura legislativa ordinaria.

La procedura consta delle seguenti fasi:

- iniziativa del Consiglio europeo;
- trasmissione dell'iniziativa ai parlamenti nazionali, ciascuno dei quali può, entro 6 mesi, opporsi all'iniziativa, impedendo che la procedura prosegua;
- in assenza di opposizioni, deliberazione del Consiglio europeo con decisione adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

La procedura in esame è comunemente nota come **procedura passerella**.

In questo caso, le differenze rispetto alla procedura di revisione ordinaria sono di notevole importanza. Al posto della ratifica da parte degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali, è sufficiente la delibera unanime del Consiglio europeo con l'approvazione del Parlamento europeo. L'assenza di intervento diretto da parte degli Stati membri e dei rispettivi apparati costituzionali è però compensata dall'obbligo di notificare ogni iniziativa del Consiglio europeo (prima che deliberi) ai parlamenti nazionali e dal potere di ciascuno di questi di porre il veto, opponendosi.

La possibilità per un parlamento nazionale di opporsi ad una decisione di tipo «*passerella*» è prevista comma, TFUE, nel settore della cooperazione

I trattati prevedono infine alcune **procedure speciali** che permettono di modificare solo taluni articoli o aspetti specifici. In generale, l'elaborazione e l'approvazione delle modifiche è affidato ad una delibera unanime del Consiglio europeo o del Consiglio, ma l'entrata in vigore (come nella procedura semplificata dell'art.48, par.6, TUE) è subordinata all'approvazione da parte degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Un esempio è costituito dall'art.42, par.2, TUE, che prevede la possibilità di passare da una politica di sicurezza e difesa (PESD) ad una vera e propria «*difesa comune*» con decisione adottata all'unanimità dal Consiglio europeo, che dovrà però essere

approvata dagli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali. Talvolta la procedura da seguire è qualificata come «*procedura legislativa speciale*».

2.6. Ci si è chiesti se vi siano dei **limiti intrinseci al potere di revisione**, se esistano cioè delle parti dei trattati che non possono essere modificate. L'art.48 non prevede nulla al riguardo.

I toni utilizzati dalla Corte sembrerebbero implicare che l'introduzione di norme che pregiudichino il **sistema giurisdizionale previsto dai trattati**, alterando la funzione giurisdizionale della Corte o restringendo la portata della competenza della stessa, non sarebbe consentita, nemmeno ricorrendo alla procedura di revisione di cui all'art.48 TUE.

La Corte ha precisato che l'intangibilità del sistema giurisdizionale dell'Unione, di cui «la chiave di volta è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'art.267 TFUE», è motivata dalla funzione di garanzia che esso svolge in vista della «preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia di tale ordinamento giuridico» e, in particolare, de «la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione».

Sono del pari immodificabili le norme che costituiscono il **nocciolo duro** dell'ordinamento dell'Unione europea quali l'art.2 TUE, che definisce i valori dell'Unione, l'art.6, par.3, che impone all'Unione il rispetto dei diritti dell'uomo come principi generali del diritto, e l'art.14 TFUE, che stabilisce il principio del mercato interno.

Possono invece essere previste talune riduzioni delle competenze dell'Unione.

2.7. Un altro modo per modificare i trattati è previsto dall'**art.49 TUE**, che disciplina la **procedura di adesione all'Unione da parte di nuovi Stati**. Ai sensi di tale articolo può presentare domanda di adesione all'Unione:

- «ogni Stato europeo» (condizione geografica),
- «che rispetti i valori di cui all'art.2 e si impegni a promuoverli» (condizione politica).

Anche la procedura di adesione si articola in due fasi: la prima si svolge all'interno dell'apparato istituzionale, mentre la seconda è esterna, in quanto è affidata agli Stati membri.

La procedura si svolge come segue:

1. la domanda di adesione è presentata al Consiglio; di essa sono informati il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali;
2. la domanda è approvata all'unanimità dal Consiglio, previa consultazione della Commissione e approvazione del Parlamento europeo, tenuto conto dei «*criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo*»;
3. le «*condizioni per l'ammissione*» e «*gli adattamenti dei trattati da essa determinati*» sono oggetto di un trattato concluso tra gli Stati membri e lo Stato candidato, che deve essere ratificato da tutti gli Stati contraenti secondo le rispettive norme costituzionali.

Sono quindi il Consiglio e il Parlamento europeo (che deve dare la propria approvazione) a decidere circa l'ammissione o meno di un nuovo Stato membro. Il trattato (nella forma di un trattato con allegato un **Atto di adesione**) è invece definito dagli Stati, che devono poi sottoporlo a ratifica secondo quanto prescrive la propria costituzione nazionale.

L'Atto di adesione ha il solo scopo di stabilire le condizioni di adesione e gli «*adattamenti*» da apportare ai trattati che siano determinati dall'adesione. Si tratterà quindi di modifiche *minoris generis* rispetto a quelle che possono essere approvate attraverso la procedura di revisione di cui all'art.48. Essi normalmente consistono in un ampliamento della composizione delle istituzioni e degli organi per assicurare la rappresentanza del nuovo Stato membro.

Gli ultimi allargamenti hanno visto l'affermarsi di una fase preliminare, detta di **preadesione**, nel corso della quale lo Stato candidato deve dimostrare di rispondere ad alcuni criteri. Solo quando la Commissione attesta la capacità dello Stato candidato di rispettare tali criteri al momento dell'adesione, il Consiglio europeo autorizza l'apertura dei veri e propri negoziati di adesione. Per assistere gli Stati candidati nel loro sforzo per arrivare a soddisfare tali criteri, l'Unione conclude con tali Stati appositi accordi di **preadesione**.

«*L'appartenenza all'Unione richiede che il paese candidato abbia raggiunto una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze*» (**criteri politici**). Inoltre, è necessario dimostrare «*l'esistenza di una economia di mercato funzionante, nonché la capacità di rispondere alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all'interno dell'Unione*» (**criteri economici**). È infine richiesta anche «*la capacità di assumersi gli obblighi di tale appartenenza, inclusa l'adesione agli obiettivi di un'Unione economica e monetaria*» (**criteri relativi all'acquis comunitario**).

2.8. Un'innovazione di grande rilievo introdotta dal Trattato di Lisbona consiste nella **possibilità di recesso dall'Unione** (art.50 TUE). Lo Stato membro che intende ritirarsi notifica tale intenzione al Consiglio europeo.

Il recesso può essere concordato o unilaterale.

- È **concordato** se si arriva alla conclusione di un accordo tra l'Unione e lo Stato recedente «*volto a definire le modalità del recesso*». L'accordo è negoziato sulla base degli «*orientamenti formulati dal Consiglio europeo*», «*tenendo conto delle future relazioni*» dello Stato recedente con l'Unione. Esso è concluso dal Consiglio, secondo la procedura di cui all'art.218, par.3. TFUE.
- È **unilaterale** qualora non sia possibile raggiungere un accordo sulle modalità di recesso entro due anni dalla notifica dell'intenzione di ritirarsi (termine prorogabile da parte del Consiglio europeo, che decide all'unanimità «d'intesa» con lo Stato membro). In questo caso, i trattati cessano automaticamente di applicarsi allo Stato interessato. A quest'ultimo, pertanto, è assicurato un vero e proprio diritto di recesso unilaterale, anche senza assenso dell'Unione o di tutti gli altri Stati membri.
Un esempio è la c.d. **Brexit**.

2.9. Ci si è posti la domanda se sia possibile **modificare i trattati al di fuori delle procedure di revisione** o delle altre procedure previste a questo scopo.

- a) Qualora si considerassero i trattati solo nella veste di **trattati internazionali**, la presenza di una apposita procedura di revisione avrebbe un'importanza ridotta. Il diritto internazionale non esclude, infatti, che gli Stati contraenti di un trattato possano decidere di modificarlo senza seguire la procedura prevista a tale fine, a condizione che vi sia accordo in tal senso da parte di tutti gli Stati contraenti.
- b) Se invece si tiene conto della **funzione costituzionale** svolta dai trattati, deve concludersi che le procedure previste dall'art.48 TUE o da altre disposizioni specifiche non possono non essere considerate obbligatorie. Eventuali modifiche che si tentasse di introdurre senza rispettarle sarebbero prive di qualsiasi valore giuridico.

La Corte di giustizia non ha mai avuto occasione di pronunciarsi espressamente sul tema. È però da presumersi che, se una tale occasione dovesse presentarsi, la risposta della Corte sarebbe negativa. In proposito, va ricordata la presa di posizione della Corte contro il riconoscimento della possibilità che il TCE venisse modificato da una **prassi difforme** degli Stati membri o delle istituzioni.

Prima di concludere sul punto occorre dare conto della **prassi del Consiglio europeo** di fronte alle difficoltà verificatesi negli ultimi anni in alcuni Stati membri quanto alla ratifica dei trattati di revisione. La prassi in parola è consistita nell'inserimento, nelle conclusioni della Presidenza relative a riunioni del Consiglio europeo o in allegato alle stesse, di alcune prese di posizione finalizzate a dare assicurazioni allo Stato membro che non aveva ancora proceduto alla ratifica e a consentire di superare l'*impasse*. Per il loro contenuto, tali prese di posizione possono suddividersi in due tipologie.

- Alcune contengono l'impegno degli Stati membri riuniti nel Consiglio europeo a modificare in futuro talune disposizioni dei trattati → in questo caso, le prese di posizione del Consiglio europeo possono essere intese tutt'al più come un *pactum de contrahendo* di natura politica. Gli Stati membri non potrebbero infatti assumere impegni giuridici del genere senza sottoporli alle procedure costituzionali di ratifica.
- Altre esprimono il punto di vista degli Stati membri riuniti nella stessa sede circa il modo in cui talune disposizioni dei trattati vanno intese ed applicate → in questo caso, si tratta di riserve interpretative il cui valore risulterebbe vincolante per l'interprete, essendo state approvate da tutte le parti contraenti.

SEZIONE 2

3. I principi generali del diritto.

3.1. Tra le **fonti assimilabili** a quelle di diritto primario si segnalano anzitutto i **principi generali del diritto**, comprensivi dei principi relativi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

La **tipologia** dei principi generali è ampia. Essi possono essere suddivisi in:

- principi generali propri al diritto dell'Unione;
- principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli Stati membri;
- principi generali posti a protezione dei diritti fondamentali.

Attualmente i principi generali appartenenti all'ultima categoria hanno **rilevanza residuale** per effetto dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, ma restano applicabili soprattutto a situazioni sorte anteriormente alla data di entrata in vigore dalla Carta, purché non esaurite.

Si distinguono dai principi generali i **valori dell'Unione**. I valori consistono nel rispetto «*della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani*», che informano il processo di integrazione europea e connotano un modello di società europea «*caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*».

Detti valori hanno rilevanza essenzialmente pre-giuridica. Essi ispirano l'azione del legislatore dell'Unione e delle altre istituzioni politiche dell'Unione.

3.2. Una prima categoria è dunque costituita dai **principi generali del diritto dell'Unione**. Tali principi trovano espressione in determinate norme dei trattati, alle quali vengono assegnati grande importanza e carattere assolutamente imperativo e inderogabile.

Un esempio è dato dal **principio di non discriminazione**, il quale trova specifica applicazione in diverse disposizioni del TFUE (l'art.18; l'art. 19; l'art 40, par.2, secondo comma; l'art.157, par.1). Secondo la Corte di giustizia, le disposizioni citate sono specifiche applicazioni del principio generale di non discriminazione e vanno pertanto interpretate in maniera ampia. Un esempio è fornito dalla maniera in cui è stata definita la portata della **nozione di discriminazione**. Alle discriminazioni palesi o dirette sono state infatti assimilate le discriminazioni occulte o indirette.

Anche il **campo d'applicazione** del principio di non discriminazione è stato interpretato in senso estensivo. Ciò è particolarmente evidente per quanto riguarda il divieto di discriminazione in base alla nazionalità che è oggetto dell'art.18 TFUE («è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità») ed è ribadito anche dalle disposizioni in materia di libera circolazione delle persone e dei servizi.

L'aver stabilito che quello di non discriminazione è un principio generale, ne consente anche l'applicazione ad ipotesi che non sono espressamente contemplate da alcuna delle norme richiamate (**autonomia** del principio di non discriminazione).

Una manifestazione ulteriore dell'autonomia del principio generale di non discriminazione è ravvisabile nel **principio generale di parità di trattamento o di uguaglianza**, che costituisce manifestazione positiva del primo. Secondo la giurisprudenza, esso «*impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato*».

Il principio, dunque, non solo vieta irragionevoli distinzioni di trattamento fra situazioni analoghe, ma impone o consente il diverso trattamento di situazioni non comparabili.

La Corte, invece, non ritiene che rientrino nel campo d'applicazione del principio generale di non discriminazione le **discriminazioni alla rovescia**, situazioni che si creano quando norme di uno Stato membro prevedono per i propri cittadini un trattamento peggiore rispetto a quello riservato ai cittadini di altri Stati membri.

Talvolta una situazione del genere si produce in conseguenza dell'impatto del diritto dell'Unione sulle norme interne. Ad es. l'ordinamento dell'Unione potrebbe imporre la disapplicazione di una norma interna indistintamente applicabile ai cittadini e ai lavoratori di altri Stati membri in quanto limitativa della libera circolazione dei lavoratori di cui all'art.45 TFUE. Tuttavia, della disapplicazione potrebbero avvantaggiarsi solo quei soggetti che fruiscono o hanno fruito in passato della libertà di circolazione. Il diritto dell'Unione, invece, non si oppone a che la stessa norma interna continui ad applicarsi a **situazioni puramente interne** e perciò estranee al campo d'applicazione della libera circolazione. In questi casi, la discriminazione alla rovescia deriva dalla combinazione tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione.

A proposito della discriminazioni alla rovescia, da tempo la Corte, pur mantenendo il principio che le discriminazioni alla rovescia, in quanto riguardano situazioni puramente interne, non rientrano nel campo d'applicazione dei trattati, non si rifiuta più di rispondere a questioni pregiudiziali che riguardano situazioni del genere motivando così: «l'interpretazione di disposizioni di diritto comunitario può eventualmente risultare utile al giudice nazionale, anche riguardo a situazioni qualificate come **tra gli altri principi generali del diritto dello Stato membro** nell'ipotesi in cui il diritto dello Stato membro interessato imponga di far beneficiare ogni cittadino dello Stato membro degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro in una situazione analoga a quella in cui si trova il cittadino dello stesso Stato membro».

libera circolazione e il principio della tutela giurisdizionale effettiva. Sono considerati principi generali quelli previsti dall'art.5 TUE: il **principio d'attribuzione**; il **principio di sussidiarietà**; il **principio di proporzionalità**. La stessa qualifica è stata attribuita ai principi previsti dall'art.4 TUE: il principio che vincola l'Unione al rispetto dell'**uguaglianza degli Stati membri** davanti ai trattati e della loro **identità nazionale**, e il principio di **leale cooperazione**.

Un ulteriore principio apparso recentemente è quello della **fiducia reciproca** tra Stati membri.

Secondo la Corte, il principio della fiducia reciproca «*riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale*». Esso «*impone a ciascuno Stato membro, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo*». Esso ha una connotazione pubblicistica e settoriale, costituendo il presupposto d'efficacia degli atti di diritto derivato che disciplinano le relazioni c.d. orizzontali fra Stati membri entro lo **Spazio di libertà, sicurezza e giustizia**. Infatti, il principio di fiducia reciproca obbliga gli Stati membri «*a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta ad essi preclusa non solo la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione*».

3.3. Una seconda categoria è costituita dai **principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli Stati membri**. Si tratta di principi che vengono desunti non dal diritto dell'Unione, ma dall'esame parallelo dei vari ordinamenti nazionali.

I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri assumono rilevanza nell'intero campo d'applicazione dei trattati e vengono utilizzati soprattutto quando si tratta di verificare la legittimità del comportamento delle istituzioni o degli Stati membri in relazione alla posizione dei singoli.

Tra questi, si segnalano soprattutto alcuni principi inerenti all'idea stessa di **Stato di diritto**, che costituisce uno dei valori su cui l'Unione si fonda:

- il **principio di legalità**, in base al quale ogni potere esercitato dalle istituzioni deve trovare la sua fonte legittimante in una norma dei trattati che ne fissi le condizioni di esercizio;
- il **principio della certezza del diritto**, secondo cui chi è tenuto al rispetto di una norma giuridica deve essere messo in condizione di poterlo fare e di conoscere il comportamento che la norma gli impone;
- il **principio del legittimo affidamento**, che può essere invocato in caso di modifica normativa improvvisa e imprevedibile da parte degli operatori giuridici, senza che ciò sia giustificato da ragioni imperative di interesse generale;
- il **principio del contraddittorio**, secondo cui le istituzioni e gli organi dell'Unione (e le autorità nazionali che agiscono per conto dell'Unione), quando intendono assumere un provvedimento sfavorevole a carico di un singolo, devono consentire a quest'ultimo di far valere il proprio punto di vista prima che il provvedimento stesso venga adottato;
- il **principio di proporzionalità**, che implica che gli interventi della pubblica autorità limitativi della libertà o dei diritti del singolo, per essere legittimi:
 - a) devono essere idonei a raggiungere l'obiettivo di interesse pubblico perseguito
 - b) e devono essere necessari a questo stesso fine, evitando di imporre ai privati sacrifici superflui.

La Corte afferma che la «una disciplina comunitaria che opera una differenziazione fra un obbligo principale, il cui adempimento è necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito, ed un obbligo secondario, avente natura esclusivamente amministrativa, non può sanzionare con pari rigore l'inosservanza dell'obbligo secondario e l'inosservanza dell'obbligo principale senza violare il principio di proporzionalità».

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le loro fonti.

4. La protezione dei diritti fondamentali.

4.1. Una delle categorie di principi generali è quella comprendente i principi rivolti alla protezione dei diritti umani.

La **protezione dei diritti fondamentali** dell'uomo è ora oggetto di molteplici fonti richiamate di una specifica disposizione di diritto primario: l'art.6 dispone:

principi della Carta sono

interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.
3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Dal testo risulta che la protezione dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione trova la sua fonte e la sua disciplina in una pluralità di strumenti normativi:

- la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;
- la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU);
- i principi generali di cui fanno parte i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Degli strumenti normativi richiamati, la Carta dei diritti fondamentali e i principi generali sono sin d'ora vincolanti per l'Unione europea. La CEDU invece lo diverrà solo se e quando sarà perfezionata l'adesione ad essa dell'Unione.

4.2. Inizialmente, la completa assenza di qualsiasi riferimento alla tutela dei diritti fondamentali nel TCE aveva condotto la Corte di giustizia a teorizzare, a partire dagli anni '70, l'esistenza di **principi generali** che assicuravano la protezione di tali diritti e per la cui ricostruzione occorreva trarre ispirazione dai trattati internazionali in materia, in particolare la CEDU, e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Successivamente il TUE, nella sua versione originale, aveva recepito l'impostazione data alla questione dalla giurisprudenza attraverso l'allora art.6, par.2, il cui contenuto è ripreso, con alcune variazioni, nel par.3 dell'attuale art.6.

Ben presto si era tuttavia avvertita la necessità di conferire una fonte più precisa e articolata alla tutela dei diritti fondamentali da parte della CE e poi dell'Unione.

Inizialmente, si era immaginato che la CE potesse aderire formalmente alla CEDU, diventandone parte contraente come lo erano già tutti gli Stati membri. La CEDU, infatti, costituiva già una fonte di ispirazione per la ricostruzione dei principi generali in materia. Tale progetto si era però arenato.

La volontà di assicurare l'adesione dell'Unione alla CEDU non è venuta meno. Il par.2 dell'attuale art.6 contiene infatti una norma che autorizza (e probabilmente persino impone) tale adesione, stabilendo che «***l'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali***».

La seconda frase del par.2 precisa, tuttavia, che «*tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati*»; inoltre, l'accordo di adesione «*deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione*».

4.3. L'affermazione della Corte di giustizia secondo cui esistono principi generali del diritto che proteggono i diritti fondamentali e che vincolano le istituzioni è strettamente collegata alla presa di posizione assunta negli stessi anni dalle Corti costituzionali italiana e tedesco-federale in due pronunce del 1973 e del 1974. Entrambe le Corti partono dal presupposto che le norme costituzionali che hanno permesso all'Italia e alla Germania federale di aderire alla CE (rispettivamente l'art.11 Cost. e l'art.23 della Legge fondamentale) non consentono di derogare a quelle altre norme costituzionali che definiscono e proteggono i diritti fondamentali della persona umana. Ne consegue che tali norme costituzionali devono essere rispettate anche dagli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione. In caso contrario, le due Corti si riservano il potere di assicurare la prevalenza delle norme costituzionali, impedendo che l'atto comunitario trovi applicazione nell'ordinamento interno.

La Corte costituzionale italiana ritiene che, nel caso di atti delle istituzioni che violassero «*i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana...sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*» (c.d. **teoria dei contro-limiti**). La Corte allude alla possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge recante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine d'esecuzione del TCE, nella misura in cui tale legge permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di un atto comunitario lesivo dei principi fondamentali dell'ordinamento o dei diritti fondamentali della persona umana.

La Corte esclude, invece, di poter operare il proprio controllo direttamente sugli atti comunitari in questione, in quanto essi non rientrano nel novero degli atti contemplati dall'art.134 Cost.

La soluzione prospettata dalle due Corti costituzionali, per quanto ragionevole, comportava un grave attentato al carattere unitario del diritto comunitario: un atto delle istituzioni, se giudicato in contrasto con i diritti fondamentali protetti dalla Costituzione italiana o tedesco-federale, non avrebbe trovato più applicazione nell'ordinamento italiano o tedesco, pur restando applicabile negli altri Stati membri della Comunità.

Negli stessi anni, la Corte di giustizia elabora **in via giurisprudenziale** una forma «comunitaria» di tutela dei diritti fondamentali. In una serie di sentenze tale tutela viene ricondotta ai principi generali del diritto che le istituzioni devono rispettare e la cui osservanza è sottoposta al controllo della Corte.

Secondo l'impostazione della Corte:

- a) i diritti fondamentali vanno tutelati nell'ordinamento comunitario in quanto rientranti nei **principi generali del diritto**;
- b) al fine di definire il contenuto di tali diritti e la portata della tutela che deve essere accordata ad essi, la Corte utilizza, quale **fonti di ispirazione**:
 - i. le **tradizioni costituzionali comuni** agli Stati membri;
 - ii. i **trattati internazionali** in materia di tutela dei diritti dell'uomo.

La soluzione elaborata dalla giurisprudenza è stata poi recepita e consacrata dall'art.6 TUE, nella sua versione originale. Dopo aver sancito, al par.1, che «*l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri*», il par.2 aggiunge che «*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*».

La formalizzazione in una norma di diritto primario del richiamo alla CEDU non ne comporta il recepimento formale nell'ordinamento dell'Unione, poiché viene mantenuto fermo il «passaggio» attraverso i principi generali.

4.4. È bene soffermarsi sullo status attuale e futuro della **CEDU**. Se e quando sarà portato a termine il processo di adesione, la CEDU avrà forza vincolante diretta anche nei confronti dell'Unione, così come già lo ha nei confronti degli Stati membri.

Ciò consentirà alla Corte europea dei diritti dell'Uomo di pronunciarsi anche su casi di pretesa violazione dei diritti protetti dalla CEDU che esauriscono i loro effetti nell'ordinamento dell'Unione, senza coinvolgere gli Stati membri o che derivano direttamente da atti o omissioni delle istituzioni dell'Unione.

Fino a quando l'adesione non sarà perfezionata, la CEDU continuerà a costituire per l'Unione una fonte non direttamente vincolante.

Infatti, le tradizioni costituzionali comuni e i trattati internazionali in materia di diritti fondamentali sono utilizzati in quanto **fonte di ispirazione** per ricostruire i principi generali del diritto applicabili all'Unione. Le une e gli altri non hanno valore normativo immediato nell'ordinamento dell'Unione e pertanto non vincolano direttamente la Corte. Questa soluzione vale per ora anche per la CEDU.

Nonostante ciò, va dato atto che la Corte ha eletto la CEDU a riferimento privilegiato e quasi inevitabile per effettuare il proprio controllo sul rispetto dei diritti fondamentali. Negli ultimi tempi la Corte si è spinta fino ad includere nelle proprie sentenze ampi e precisi riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dando così l'impressione di considerare la CEDU vincolante in quanto tale per l'Unione e per la Corte stessa. Si tratta tuttavia di un'impressione che non risponde alla situazione giuridica attuale, in attesa dell'adesione formale dell'Unione alla CEDU.

4.5. La mancata adesione formale alla CEDU solleva il problema della **responsabilità degli Stati membri di fronte agli organi della Convenzione** in conseguenza di attività delle istituzioni o di attività poste in essere dagli Stati membri in esecuzione di atti delle istituzioni.

Il problema è stato affrontato dalla **Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea, Corte EDU)** in numerose pronunce e ha trovato nella nota sentenza 30 giugno 2005 della Grande Camera, sul caso *Bosphorus c. Irlanda*, una sistemazione organica.

La Corte ha anzitutto ribadito che gli Stati i quali abbiano trasferito a un'organizzazione sopranazionale come la CE (e ora l'Unione) taluni poteri sovrani non sono sottratti, per quanto riguarda l'esercizio dei poteri sovrani oggetto del trasferimento, all'obbligo di rispettare i diritti tutelati dalla CEDU. Se così non fosse, «*le garanzie della Convenzione potrebbero essere escluse o limitate a piacimento così privandola del suo carattere perentorio e minando la natura pratica ed effettiva delle sue salvaguardie*».

La Corte EDU, tuttavia, non intende esercitare il proprio controllo riguardo ad ogni e qualsiasi attività intrapresa da uno Stato in attuazione degli obblighi derivanti dalla sua appartenenza a una tale organizzazione. In proposito la Corte distingue tra:

- a) **casi in cui gli Stati membri si limitano ad attuare atti dell'Unione CE** → in questi casi, la Corte europea considera che il suo intervento non è, in linea di principio, necessario. Infatti, secondo la sentenza, l'Unione tutela i diritti fondamentali in un modo che, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto da quello del meccanismo di controllo, è almeno equivalente a quello della Convenzione (**principio della protezione equivalente**). Si può dunque presumere che «lo Stato non si è allontanato dai requisiti della Convenzione quando non ha fatto altro che dare esecuzione a obblighi giuridici che discendono dalla sua appartenenza all'organizzazione».

Si tratta però di una presunzione passibile di prova contraria. Qualora «nelle circostanze di un caso particolare, si ritiene che la protezione dei diritti della Convenzione sia manifestamente insufficiente», permane la responsabilità degli Stati membri e la Corte europea deve poter intervenire.

In pronunce successive alla sentenza *Bosphorus*, la Corte europea ha adottato un atteggiamento alquanto più cauto sul rispetto del principio di equivalenza. Essa, infatti, non si accontenta più di constatare che lo Stato membro non disponesse di alcun margine di discrezionalità nell'applicare il diritto dell'Unione, ma verifica anche se, nel caso concreto, i rimedi giurisdizionali previsti dal diritto dell'Unione sono stati pienamente attivati a garanzia dei diritti fondamentali. La presunzione di protezione equivalente è dunque ora subordinata, cumulativamente, a una condizione sostanziale (l'assenza di ogni margine di discrezionalità) e a una condizione procedurale (la messa in opera «della piena potenzialità del meccanismo di vigilanza previsto dal diritto dell'Unione Europea»).

- b) **casi in cui gli stessi godono di un certo margine di discrezionalità** → in questi casi, la Corte afferma che «uno Stato resta pienamente responsabile di fronte alla Convenzione», trattandosi di «atti che cadono al di fuori dei suoi obblighi giuridici internazionali in senso stretto».

4.6. L'impostazione data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia al problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione non ha del tutto soddisfatto le Corti costituzionali italiana e tedesco-federale, e non le ha indotte a rinunciare alla pretesa di assicurare un autonomo controllo sul rispetto di tali diritti da parte delle istituzioni.

5. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

5.1. Il fatto di considerare i diritti fondamentali come rientranti nei principi generali del diritto comporta che alla Corte di giustizia essa spetta non solo il compito di individuare quali diritti siano da considerare fondamentali alla luce delle tradizioni costituzionali comuni e dei trattati internazionali, ma anche di delineare il contenuto e la portata dei diritti così individuati.

La circostanza che la Corte non sia tenuta ad applicare un testo scritto, attribuisce un elevato grado di flessibilità ai suoi interventi in materia di diritti umani. Ciò però accresce l'imprevedibilità dei risultati cui la Corte perviene di volta in volta e rende perciò poco trasparente il sistema.

Per ovviare a questo difetto e nell'impossibilità di una rapida adesione alla CEDU, si è deciso di predisporre la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta)**.

La decisione in proposito è stata assunta dal Consiglio europeo di Colonia, svoltosi il 3 e 4 giugno 1999, con l'intenzione di sancire «l'importanza capitale e la portata» di tali diritti. La redazione del testo è affidata da un'apposita Convenzione. La Carta è stata poi approvata dal Consiglio europeo di Biarritz del 13-14 ottobre 2000. Infine, i presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione la hanno «proclamata» in occasione del Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000.

5.2. Fino al Trattato di Lisbona, il **valore giuridico** della Carta è rimasto incerto. La mera «proclamazione» da parte delle istituzioni politiche dell'Unione, infatti, non era in grado di farne un'autonoma fonte del diritto. La solennità del processo di elaborazione e l'ampiezza di consensi che il suo testo ha riscosso, tuttavia, ne hanno favorito l'utilizzazione come **strumento interpretativo** privilegiato per ricostruire la portata dei diritti fondamentali protetti nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione.

La giurisprudenza si è mantenuta fedele a questa impostazione.

Diverso è invece l'uso della Carta da parte della giurisprudenza quando essa è espressamente richiamata nel preambolo dell'atto della cui legittimità si discute. La Corte, infatti, afferma che «se è pur vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza, affermando, al secondo considerando della direttiva, che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solo dall'art. 8 della CEDU, ma anche dalla Carta». In casi del genere, la Carta assume carattere vincolante non di per sé, ma in virtù dell'intenzione espressa dal Consiglio, nel preambolo, di volerla rispettare.

5.3. Solo con il Trattato di Lisbona il valore giuridico della Carta è stato definito. L'art.6, par.1, 1° comma, TUE afferma il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, libertà e principi da essa sanciti e attribuisce alla **Carta «lo stesso valore giuridico dei trattati»**.

Il testo della Carta cui fa riferimento l'art.6, par.1, 2° comma, TUE non è quello proclamato il 7 dicembre 2000 a Nizza, ma quello leggermente modificato adottato, nelle stesse forme del precedente, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Le modifiche riguardano soprattutto le disposizioni finali.

Sul piano formale e della gerarchia delle fonti, la Carta risulta ora posta sullo stesso piano delle altre fonti di diritto primario, in particolare del TUE e del TFUE.

Il Protocollo n.30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito ha tuttavia concesso agli Stati membri cit. di essere vincolati dalla Carta in maniera diversa da tutti gli altri Stati. Dopo l'uscita del Regno Unito dall'Unione, il Protocollo resterà applicabile solo alla Polonia.

Resta tuttavia qualche dubbio sulla **portata dell'equiparazione**. Non è chiaro, ad es., se per modificare la Carta sia necessario seguire la procedura di revisione dell'art.48, par.1-5, o se l'eventuale violazione della Carta da parte di uno Stato membro possa dare vita ad un procedimento di infrazione ai sensi dell'art.258 e ss. TFUE.

Quanto alla sua **interpretazione**, secondo il 3° comma del par.1 dell'art.6: «I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione, e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni».

La parte più interessante della disposizione riguarda il richiamo alle «spiegazioni»: si tratta delle spiegazioni redatte a fine meramente esplicativo sotto la responsabilità del Presidium della Convenzione che aveva predisposto la versione originaria della Carta. Per effetto del richiamo, le spiegazioni risulteranno elevate al rango di fonte interpretativa obbligatoria, da cui la Corte di giustizia non potrà discostarsi.

5.4. La **funzione** della Carta risulta dal preambolo. In esso si precisa che «è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta» e che d'altra parte la Carta «riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Sembrirebbe dunque che la Carta non abbia **carattere normativo**, nel senso che non crea diritti che non siano già ricavabili dalle fonti richiamate. La Carta avrebbe invece più che altro **carattere documentale**, perché riassumerebbe in un unico documento, per ciò stesso più facilmente leggibile, l'elenco e la descrizione dei diritti fondamentali ricavabili dalle suddette fonti e già facenti parte, in quanto tali, dei principi generali del diritto vincolanti per l'Unione.

Il rapporto tra le fonti richiamate e la Carta solleva alcune difficoltà. Si pone infatti il problema di stabilire come regolarsi nel caso di non coincidenza tra i diritti previsti dalla Carta e quelli ricavabili dalle altre fonti citate nel preambolo. La soluzione dovrebbe trovarsi negli art.52, par.3, e 53 della Carta.

L'**art.53** stabilisce quella che può essere qualificata una **clausola di compatibilità**: la Carta non impedisce l'applicazione della CEDU o delle altre fonti richiamate nella misura in cui queste prevedano una tutela più ampia di quella garantita dalla Carta.

Il problema più delicato riguarda la conciliazione fra la tutela dei diritti fondamentali al livello previsto «dalle costituzioni degli Stati membri», ossia dal diritto (di rango costituzionale) anche di un solo Stato membro, e i principi di applicazione uniforme e di primato del diritto dell'Unione. La garanzia particolarmente elevata offerta da una Costituzione nazionale a un determinato diritto fondamentale dovrebbe essere in grado di prevalere, per effetto dell'art.53 della Carta, sul regime comune stabilito dal diritto dell'Unione.

Tale facoltà è stata riconosciuta qualora lo Stato membro goda di discrezionalità nell'attuare le disposizioni del diritto dell'Unione.

Dalla giurisprudenza emerge invece una diversa soluzione. La Corte ha affermato infatti che uno Stato membro può «applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretato dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

Viceversa qualora il grado di tutela del diritto fondamentale in esame sia stato «cristallizzato» da una specifica norma o atto di diritto dell'Unione, in particolare come esito di bilanciamento normativo operato dal legislatore dell'Unione rispetto a interessi generali concorrenti, e tale bilanciamento rifletta il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire» (sentenza *Melloni*) al diritto fondamentale in questione, la Corte non ammette che uno Stato membro pretenda di applicare il proprio livello di protezione maggiore.

Il problema della portata dell'art.53 della Carta si è presentato nuovamente nel caso *Taricco*. In questo caso, il problema riguardava il rapporto tra l'art.325 TFUE, l'art.49 della Carta e l'art.25, 2° comma, Cost. Nella seconda sentenza sul caso, la Corte ha finito per ammettere che i giudici di uno Stato membro potessero far valere il livello di protezione maggiore del principio di legalità garantito dalla Costituzione, nonostante che questo comportasse la non applicazione dell'art.325.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Taricco II* (2017), pur senza citare l'art.53 della Carta, ne fornisce implicitamente un'interpretazione più elastica. Infatti, ribadisce che un giudice nazionale deve disapplicare una normativa in materia di prescrizione che sia incompatibile con l'art.325 TFUE, in quanto tale disapplicazione non sarebbe vietata dall'art.49 della Carta. Tuttavia, il giudice deve procedere in questo senso, ma solo «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

5.5. L'art.52, par.3, si occupa invece solo della CEDU, introducendo quella che può dirsi una **clausola di equivalenza**: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

In base all'art.52, par.3, la stessa Carta deve essere applicata in maniera che il livello di protezione assicurato dalla Carta ai diritti tutelati anche dalla CEDU sia almeno equivalente a quello garantito da quest'ultimo strumento.

Resta invece salva la possibilità che il diritto dell'Unione preveda un livello di tutela addirittura superiore. Ugualmente resta salva la possibilità che la Carta protegga diritti non coperti affatto dalla Convenzione.

La salvaguardia del livello di protezione garantito dalla CEDU, prescritto dall'art.52, par.3, Carta, non impedisce alla Corte di affermare un'interpretazione autonoma dei diritti fondamentali della Carta, in conformità alle spiegazioni che precisano il significato della clausola di equivalenza, per le quali essa assicura la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, « senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea ».

L'equivalenza del livello di tutela assicurato dalla Carta rispetto a quello assicurato, per lo stesso diritto, dalla CEDU risalta con particolare evidenza nel caso N.S. (2011), relativo al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, protetto tanto dall'art.3 CEDU che dall'art.4 della Carta. In questo caso, la Corte si è limitata a trarre le conseguenze della sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo 21 gennaio 2011 sul caso M.S.S. c. Belgio e Grecia.

5.6. Ci si potrebbe domandare perché l'art.6 abbia mantenuto una struttura così complessa, che utilizza una pluralità di fonti diverse per la protezione dei diritti fondamentali. In particolare, sarebbe lecito chiedersi se non sarebbe stato sufficiente limitarsi a sancire il valore giuridico della Carta stessa senza bisogno, da un lato, di prevedere l'adesione formale dell'Unione alla CEDU e, dall'altro, di mantenere il richiamo ai principi generali tratti dalla CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Quanto all'adesione dell'Unione alla CEDU, la sua previsione è pienamente giustificata. Si tratta di sottoporre l'Unione al controllo « esterno » degli organi della CEDU e in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale controllo, in mancanza di adesione formale, non può essere esercitato direttamente sull'Unione.

Meno pacifica è la scelta di reiterare il richiamo ai principi generali tratti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in presenza di una Carta dal valore giuridico finalmente certo che proprio tali principi dovrebbe incorporare.

Il par.3 si spiega probabilmente per due diverse ragioni. Da un lato, è frutto dell'idea che la Carta costituisce solo un *minimum standard* per la protezione dei diritti fondamentali e che dunque non bisogna impedire l'applicazione di standard di protezione maggiori previsti da altre fonti. Dall'altro occorre tenere presente che la Carta non costituisce uno standard di protezione interamente comune a tutti gli Stati membri, avendo la Polonia e il Regno Unito ottenuto di applicarlo in maniera parzialmente differente. In questa situazione, se non si fosse ribadito l'impegno dell'Unione (e quindi degli Stati membri) a rispettare i principi generali, si sarebbe corso il rischio di un arretramento rispetto alla situazione pre-Lisbona del livello di protezione nei due Stati membri interessati.

6. Il ruolo dei principi generali e della Carta dei diritti fondamentali.

6.1. Si deve ora chiarire il ruolo dei principi generali del diritto e della Carta all'interno del sistema delle fonti. Si può dire che essi assolvono ad una funzione strumentale, in quanto influiscono sull'applicazione di norme materiali derivanti da altre fonti.

I principi generali del diritto vengono in rilievo, in primo luogo, come **criteri interpretativi** delle altre fonti del diritto dell'Unione. L'interprete deve ispirarsi ad essi per individuare il corretto significato delle norme rientranti nell'ordinamento dell'Unione. In presenza di più interpretazioni possibili, dovrà scegliere la soluzione più coerente con i principi generali e con il rispetto dei diritti fondamentali.

6.2. In secondo luogo, i principi generali fungono da **parametro di legittimità per gli atti delle istituzioni**, che possono essere annullati o dichiarati invalidi per violazione dell'uno o dell'altro dei principi innanzi indicati o per contrarietà ai diritti sanciti dalla Carta.

La Corte, che in passato mostrava prudenza nel dichiarare la nullità di atti delle istituzioni per violazione dei principi generali o dei diritti fondamentali, intervenendo piuttosto con lo strumento interpretativo, sembra orientata a un maggior attivismo dopo l'entrata in vigore della Carta.

6.3. In terzo luogo, i principi generali operano indirettamente da **parametro di legittimità per alcuni comportamenti degli Stati membri**. Ciò avviene quando il comportamento o l'atto in causa è stato adottato dallo Stato membro in attuazione di una norma dei trattati o di un atto delle istituzioni che ne autorizzi o addirittura ne richieda l'adozione. La funzione ermeneutica dei principi generali e della Carta agisce anche in casi del genere. Pertanto, gli interventi degli Stati membri in attuazione del diritto dell'Unione devono conformarsi ai principi generali del diritto e in particolare a quelli attinenti al rispetto dei diritti fondamentali. Qualora ciò non avvenisse, tali interventi sarebbero incompatibili rispetto alla norma dell'Unione che li autorizza o li prescrive e andrebbero pertanto disapplicati.

In genere, i diritti fondamentali, intesi come principi generali del diritto dell'Unione, vengono invocati dai singoli per opporsi a provvedimenti assunti dagli Stati membri in violazione di tali diritti e dunque, indirettamente, anche della norma dell'Unione che si occupa di provvedimenti statali del genere. Non è però escluso che talvolta i ruoli si invertano e siano gli Stati membri ad invocare i diritti fondamentali per giustificare i propri provvedimenti.

Perché ad uno Stato membro possa essere contestata la violazione di un principio generale o la violazione di uno dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, è necessario che sussista un **collegamento tra il comportamento dello Stato membro e il diritto dell'Unione**. Occorre, in altri termini, che lo Stato membro abbia agito per attuare una norma dei trattati o un atto delle istituzioni o almeno che il comportamento contestato venga assunto in un settore rientrante nel campo d'applicazione dei trattati. In mancanza, l'obbligo per lo Stato membro di rispettare i diritti fondamentali non è ricollegabile al diritto dell'Unione e la Corte di giustizia non può esercitare la propria competenza per assicurare l'osservanza di tali diritti.

Anche l'**art.51, par.1**, della Carta conferma che il dovere degli Stati membri di rispettare i diritti fondamentali ivi previsti è limitato ai casi in cui essi agiscono nell'attuazione del diritto dell'Unione: *«le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati»*.

La formula utilizzata dall'art.51 è più restrittiva della giurisprudenza che estende l'obbligo per gli Stati membri di osservare i principi generali, compresi quelli relativi ai diritti umani, anche a casi in cui questi agiscono *«nel campo d'applicazione»* dei trattati. Il par.3 dell'art.6 TUE dovrebbe giocare in favore del mantenimento dell'orientamento meno restrittivo. Infatti, la Corte ha recentemente confermato la pregressa impostazione, riconoscendo che *«i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»*; *«non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta»*.

I comportamenti degli Stati membri confliggenti con i diritti dell'uomo, anche se privi di collegamento con il campo d'applicazione dei trattati, possono nondimeno essere oggetto della procedura di controllo e sanzione prevista dall'art.7 TUE, in caso di «rischio di violazione grave» o di «violazione grave e persistente» dei valori di cui all'art.2 TUE, tra i quali figura il *«rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze»*.

6.4. L'obbligo di rispettare i principi generali del diritto e i diritti fondamentali vale per tutto il campo di attività dell'Unione, comprese le materie che, prima del Trattato di Lisbona, rientravano nei pilastri non comunitari (PESC e Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale). In favore di tale soluzione può citarsi l'art.6 TUE, il quale afferma solennemente l'impegno dell'Unione a rispettare i diritti fondamentali senza distinzione di materia.

Il principio è riconosciuto esplicitamente anche dalla giurisprudenza pre-Lisbona.

SEZIONE 3

7. Il diritto internazionale generale e gli accordi internazionali.

7.1. È ormai pacifico che l'**Unione** costituisce un **soggetto di diritto internazionale** autonomo rispetto agli Stati membri. In quanto tale, essa gode delle prerogative delle persone giuridiche internazionali, compreso il diritto di legazione attivo e passivo, la capacità di concludere accordi internazionali con Stati terzi o con altre organizzazioni internazionali, nonché quella di acquisire la qualità di membro di una tale organizzazione.

L'art.47 TFUE, dispone infatti che *«l'Unione ha personalità giuridica»*.

7.2. In quanto soggetto di diritto internazionale, l'Unione è tenuta a rispettare le norme di **diritto internazionale generale**. Le norme internazionali generali vincolanti per l'Unione sono individuate secondo i criteri estensivi contenuti nel diritto primario. L'art.3, par.5, TUE dispone che *«Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione contribuisce alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»*.

Un comportamento delle istituzioni assunto in violazione di una norma di diritto internazionale generale costituirebbe pertanto un illecito internazionale. Uno Stato terzo i cui interessi siano stati lesi dal comportamento dell'Unione potrebbe farne valere il carattere illecito ai fini previsti dall'ordinamento internazionale.

È bene precisare che **le norme di diritto internazionale generale vincolano l'Unione solo nei confronti di soggetti terzi**. Gli Stati membri non possono invece invocare tali principi nei loro rapporti reciproci, quando agiscono nel campo d'applicazione dei trattati. Per gli Stati membri, infatti, questi costituiscono una *lex specialis* che prevale sul diritto generale. È questo il caso del principio *inadimplenti non est adimplendum* (art.60 della Convenzione di Vienna). La Corte

ha più volte affermato che uno Stato membro non può invocare la violazione di un obbligo derivante dai trattati da parte di un altro Stato membro per giustificare, a sua volta, la violazione dello stesso o di altri obblighi aventi pari fonte.

Le norme di diritto internazionale generale applicabili all'Unione, pur essendo subordinate ai Trattati, fanno parte del suo ordinamento giuridico. Ne consegue che «*le competenze dell'Unione devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale*».

Le norme del diritto internazionale svolgono anzitutto una **funzione ermeneutica** analoga a quella dei principi generali del diritto e vanno utilizzate per l'interpretazione delle norme dell'Unione, comprese quelle dei trattati. Ad es., la disposizione di un regolamento del Consiglio in materia di pesca «*va interpretata, e la sua sfera d'applicazione circoscritta, alla luce delle norme pertinenti del diritto marittimo internazionale*».

Inoltre, il diritto internazionale costituisce un **parametro di legittimità** degli atti delle istituzioni.

In questa duplice funzione, le norme di diritto internazionale generale possono essere invocate tanto dalle istituzioni e dagli Stati membri, quanto dai soggetti degli ordinamenti interni, i quali possono avvalersene nelle azioni proposte dinanzi ai giudici degli Stati membri.

7.3. Gli accordi internazionali con Stati terzi che vengono in rilievo rispetto all'ordinamento dell'Unione sono di tre tipi:

1. accordi internazionali conclusi dagli Stati membri;
2. accordi internazionali conclusi dall'Unione;
3. accordi internazionali conclusi dall'Unione e dagli Stati membri (c.d. accordi misti).

- Gli **accordi internazionali conclusi da Stati membri** con Stati terzi non fanno parte dell'ordinamento dell'Unione, ma assumono rilevanza solo nella misura in cui un accordo del genere, a determinate condizioni, può essere invocato dallo Stato membro contraente come causa di giustificazione per il mancato rispetto di obblighi derivanti dai trattati. Tale possibilità vale anzitutto per quanto riguarda gli accordi conclusi da uno Stato membro con uno Stato terzo **prima della data in cui il TCE è entrato in vigore** rispetto allo Stato membro in questione. Ciò risulta dal principio di diritto internazionale generale secondo cui il trattato concluso da due Stati non può essere emendato, né tantomeno abrogato per effetto della successiva conclusione di altro trattato tra due Stati, di cui uno solo sia parte anche del primo trattato. Il principio comporta che lo Stato che ha concluso tanto il primo quanto il secondo trattato resta tenuto a rispettarli entrambi. Riconoscendo l'esistenza di tale principio, l'art.351 TFUE contiene un'apposita **clausola di compatibilità**.

Il 1° comma stabilisce: «*Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra*».

Il 2° comma impone agli Stati membri di ricorrere «*a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate*» rispetto ai trattati, compresa la «reciproca assistenza» che gli altri Stati membri sono tenuti a fornire loro per raggiungere tale risultato.

La clausola di compatibilità di cui all'art.351 consente allo Stato membro interessato di sottrarsi agli obblighi derivanti dei trattati solo nella misura strettamente necessaria per permettergli di rispettare gli obblighi assunti nei confronti dello Stato terzo. Uno Stato membro non potrebbe invocare un accordo con uno Stato terzo per giustificare comportamenti che non sono imposti dall'accordo stesso.

Inoltre, la clausola di compatibilità dell'art.351 TFUE incontra un limite nel **rispetto dei diritti fondamentali**. Secondo la **sentenza Kadi** (2008), l'art.351 potrebbe giustificare delle deroghe anche a norme di rango primario, quali le disposizioni dei trattati, ma non a «*i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali*».

Una soluzione particolare è stata delineata per quegli accordi con Stati terzi conclusi anteriormente alla data indicata nell'art.351 TFUE da tutti gli Stati membri, che abbiano ad oggetto materie comprese nella competenza esclusiva dell'Unione. In casi del genere, è stata ipotizzata una sorta di **successione** di questa nei diritti e negli obblighi che gli Stati membri contraenti traevano dagli accordi in questione. Pertanto, in casi del genere, l'Unione non è solo tenuta a consentire agli Stati membri contraenti di continuare a rispettare l'accordo, ma è essa stessa tenuta a rispettarlo nell'esercizio della propria competenza.

7.4. Quanto agli **accordi conclusi dall'Unione** con Stati terzi o con altre organizzazioni internazionali essi fanno senz'altro parte dell'ordinamento dell'Unione a partire dalla data della loro entrata in vigore. Secondo l'art.216, par.2, TFUE infatti «**gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri**».

La competenza esterna dell'Unione non ha portata illimitata. Anche sotto questo profilo, infatti, vale il principio d'attribuzione. Inoltre, la soggettività di diritto internazionale dell'Unione coesiste con quella degli Stati membri. Ciò ha dato luogo a frequenti controversie sulla portata della competenza esterna, nonché sul carattere esclusivo o meramente concorrente della stessa.

7.5. Molto diffusa è la prassi consistente nel concludere **accordi misti** a nome dell'Unione e dei suoi Stati membri, nella loro qualità di soggetti autonomi di diritto internazionale.

Inizialmente, la pratica degli accordi misti era imposta dal rifiuto di taluni Stati terzi di riconoscere la competenza della CE. Successivamente lo strumento dell'accordo misto si è rivelato utile di fronte ad ipotesi di accordi riguardanti anche materie che non rientravano affatto nella competenza dell'Unione o materie sottoposte alla competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri e questi non intendevano affidare la conclusione alla sola Unione.

La Corte considera che gli accordi misti hanno nell'ordinamento dell'Unione la stessa disciplina giuridica degli accordi conclusi senza la partecipazione degli Stati membri per quanto riguarda le disposizioni che rientrano nella competenza dell'Unione.

In teoria, invece, non appartengono all'ordinamento dell'Unione quelle parti dell'accordo misto che hanno ad oggetto materie rientranti nella competenza dei soli Stati membri. Tuttavia, una distinzione del genere è molto difficile da tracciare.

7.6. Quanto al **valore giuridico** degli accordi internazionali e al loro rango nel sistema delle fonti dell'ordinamento dell'Unione, occorre distinguere i rapporti di tali accordi con le fonti di diritto primario e assimilate, da un lato, e i rapporti con gli atti delle istituzioni, dall'altro.

→ Per quanto riguarda i **trattati**, gli accordi internazionali sono ad essi subordinati e devono rispettarli. In caso contrario, l'accordo internazionale o, più precisamente, l'atto delle istituzioni con cui è stata decisa la conclusione, è illegittimo e può essere annullato.

La giurisprudenza ha chiarito che gli accordi internazionali sono anche subordinati ai **principi generali**, in particolare quelli che tutelano i diritti fondamentali.

→ Per quanto riguarda i rapporti tra gli accordi internazionali e gli atti delle istituzioni, i primi prevalgono. L'art.216, par.2, TFUE, stabilisce che «*gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri*». Le istituzioni non possono quindi adottare atti che non rispettino un accordo concluso dall'Unione (tanto individualmente, quanto insieme agli Stati membri, sotto forma di un accordo misto). In caso contrario l'atto configgente può essere annullato o essere dichiarato invalido. In generale, pertanto, gli accordi internazionali fungono da **parametro di legittimità** degli atti delle istituzioni.

Esistono però delle **eccezioni**: alcuni accordi internazionali non possono essere utilizzati a questo fine. L'esempio più importante è dato dagli accordi allegati all'**Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)** del 1994. Riguardo a tali accordi, la Corte considera che, a causa della loro natura flessibile, «*gli Accordi OMC non figurano in linea di principio tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie*».

La Corte ammette tuttavia due **eccezioni alla eccezione**, in cui l'utilizzabilità degli accordi OMC come parametri di legittimità di atti comunitari viene ammessa:

1. la prima è che l'atto impugnato sia stato adottato proprio per dare esecuzione agli obblighi derivanti da tali accordi;
2. la seconda si realizza quando l'atto impugnato richiama espressamente specifiche disposizioni degli accordi.

Un ulteriore caso di accordo internazionale non utilizzabile come parametro di legittimità degli atti delle istituzioni è stato individuato nella **Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare** del 1982 (nota come UNCLOS), di cui, oltre agli Stati membri, è parte anche la CE.

Secondo la Corte, la convenzione «*non stabilisce norme destinate ad applicarsi direttamente ed immediatamente ai singoli né a conferire a questi ultimi diritti o libertà che possano essere invocati nei confronti degli Stati, indipendentemente dal comportamento dello Stato di bandiera della nave*» e che pertanto «*la natura e la struttura della convenzione di Montego Bay ostano a che la Corte possa valutare la validità di un atto comunitario alla luce di tale convenzione*».

Tanto la giurisprudenza sugli accordi OMC, quanto la pronuncia sulla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare appaiono come delle deviazioni rispetto ad un costante orientamento della Corte rivolto a favorire un controllo quanto più ampio possibile della legittimità degli atti delle istituzioni.

8. I regolamenti.

8.1. Il **regolamento** viene descritto nel **2° comma dell'art.288 TFUE**: «**Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri**».

8.2. La caratteristica della **portata generale** indica che il regolamento ha **natura normativa**. Esso pone regole di comportamento rivolte non a soggetti predeterminati in funzione della situazione individuale di ciascuno di loro, ma alla generalità dei soggetti.

Può accadere che un regolamento definisca i requisiti di fatto o di diritto richiesti per la sua applicazione in maniera che solo un numero ristretto di persone li soddisfi. Può anche darsi che il campo di applicazione sia talmente esiguo che si possa individuare *a priori* coloro ai quali il regolamento, una volta entrato in vigore, si applicherà. Non, perciò, potrà dirsi che il regolamento è privo di portata generale.

Solo qualora il contenuto di un regolamento sia determinato in considerazione della situazione individuale in cui versa ciascuno dei soggetti ai quali il regolamento stesso sarà applicato, si dovrà parlare di un regolamento solo di nome, che costituisce, in realtà, una decisione individuale o un fascio di decisioni individuali.

8.3. La seconda caratteristica è l'**obbligatorietà integrale**: il regolamento deve essere rispettato nella sua interezza. Nell'indicare tale caratteristica, l'art.288, 2° comma, si rivolge soprattutto agli Stati membri, esplicitando che essi non possono lasciare inapplicata talune disposizioni del regolamento, limitarne il campo d'applicazione dal punto di vista temporale, territoriale o personale, subordinarle a condizioni d'applicazione non previste o introdurre facoltà di deroga non contemplate dal regolamento stesso.

8.4. L'ultima caratteristica del regolamento è la **diretta applicabilità** «*in ciascuno degli Stati membri*». Tale caratteristica presenta due profili distinti ma complementari.

1. In primo luogo, la diretta applicabilità riguarda l'**adattamento degli ordinamenti interni** degli Stati membri o meglio i modi attraverso cui l'adattamento deve avvenire. In genere, i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali non si preoccupano di stabilire come gli Stati membri dovranno dare applicazione agli atti obbligatori che gli organi dell'organizzazione adottano, lasciando ciascuno Stato libero di agire come meglio ritenga. L'art.288, 2° comma, TFUE, invece, ha inteso disciplinare uniformemente tale importante aspetto, prescrivendo che l'adattamento degli ordinamenti interni al regolamento avviene «direttamente», cioè immediatamente e automaticamente, senza che sia necessario e nemmeno consentito agli Stati membri subordinare l'applicazione del regolamento ad uno specifico atto interno di adattamento o di attuazione. L'art.288, 2° comma, si configura quindi anzitutto come una norma sull'adattamento: nello stesso momento in cui entrano in vigore nell'ordinamento dell'Unione, i regolamenti sono applicabili anche all'interno di ciascuno Stato membro. L'eventuale atto nazionale di recepimento sarebbe non solo superfluo, ma anche incompatibile con l'art.288, 2° comma, perché avrebbe l'effetto di trasformare il regolamento in un provvedimento interno e ne occulterebbe, agli occhi dei giudici e delle stesse persone interessate, la natura comunitaria.

La diretta applicabilità non esclude però che gli Stati membri siano chiamati ad adottare provvedimenti nazionali integrativi. Talvolta è il regolamento stesso che richiede agli Stati membri l'adozione di misure di questo tipo. Può trattarsi di provvedimenti specifici ovvero di provvedimenti genericamente descritti.

In altri casi, la necessità di provvedimenti nazionali integrativi, pur non essendo espressamente prevista, è implicita e discende dal principio di leale collaborazione sancito dall'art 4, par.3, TUE.

2. In secondo luogo, l'applicabilità diretta dei regolamenti implica la loro capacità produrre **effetti diretti** all'interno degli ordinamenti degli Stati membri (c.d. **efficacia diretta**). Considerato che il regolamento assume valore normativo non solo nell'ordinamento dell'Unione, ma anche in quello degli Stati membri, ne discende che il regolamento, alla stessa stregua di qualsiasi fonte normativa di diritto interno, è «*atto ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*».

9. Le direttive e le decisioni quadro dell'ex III pilastro.

9.1. Il 3° comma dell'art.288 TFUE prevede che «*la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*».

9.2. La **direttiva**, pur essendo un atto vincolante, ha **portata individuale** e non generale. Essa ha infatti dei destinatari definiti, che possono consistere in uno o più Stati membri.

Spesso la direttiva è rivolta a tutti gli Stati membri: in questo caso si parla di **direttive generali**. A tale tipologia appartengono a fortiori le direttive legislative (cioè adottate mediante una procedura legislativa).

Tuttavia, in prevalenza, le direttive mirano ad ottenere il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in determinate materie. Pertanto, anche se le direttive mancano di portata generale, tale portata hanno le misure di attuazione adottate dagli Stati membri. In questo senso, si usa dire che le direttive rappresentano uno **strumento di normazione in due fasi**: la prima accentrata a livello dell'Unione, dove vengono fissati gli obiettivi e i principi generali; la seconda decentrata a livello nazionale, dove ciascuno Stato membro attua, attraverso strumenti normativi completi e dettagliati, gli obiettivi e i principi generali fissati dalla direttiva.

9.3. Come il regolamento, la direttiva è obbligatoria in tutti i suoi elementi (c.d. **obbligatorietà integrale**). Gli Stati membri non possono infatti applicarla selettivamente o parzialmente. Tuttavia, a differenza del regolamento, la direttiva si limita ad imporre agli Stati membri un risultato da raggiungere, lasciandoli liberi di scegliere le misure di adattamento necessarie per realizzare il risultato prescritto. Si può affermare che la direttiva comporta un **obbligo di risultato**, mentre il regolamento impone un **obbligo di mezzi**. Pertanto, la direttiva non è diretta ad imporre agli Stati membri un semplice obbligo di applicare la direttiva e di farla rispettare nel proprio territorio, ma richiede dagli Stati membri un'attività di tipo diverso e più complessa: attuare la direttiva, scegliendo i mezzi e le forme appropriate.

9.4. Quanto alla **diretta applicabilità**, occorre distinguere tra i due profili individuati a proposito dei regolamenti.

→ Con riferimento al primo (**non necessità di misure di adattamento**), la direttiva non gode della diretta applicabilità. Il meccanismo descritto nel 3° comma dell'art.288 TFUE, infatti, richiede che la direttiva riceva attuazione da parte degli Stati membri attraverso apposite misure.

A differenza di quanto avviene a proposito dei regolamenti, gli Stati membri sono tenuti ad adattare, cioè a modificare l'ordinamento interno in modo da assicurare che il risultato voluto dalla direttiva sia raggiunto. In mancanza, la direttiva non è in grado, da sola, di ottenere il risultato voluto.

Si tratta quindi di uno strumento che risponde ad una visione internazionalistica dei rapporti tra ordinamenti. Come nel caso delle fonti di diritto internazionale, la direttiva richiede agli Stati membri un'attività di adattamento degli ordinamenti interni, attività che invece si è voluto «saltare» con riferimento ai soli regolamenti.

→ Quanto al secondo profilo (capacità della direttiva di produrre effetti diretti negli ordinamenti interni anche in mancanza di misure d'attuazione da parte degli Stati membri) (c.d. **efficacia diretta**), certamente la direttiva, per la sua natura, non gode di efficacia diretta nella stessa misura in cui ne godono i regolamenti. Mentre per questi l'efficacia diretta è presunta, perché possa parlarsi di efficacia diretta di una direttiva è necessario che siano soddisfatte alcune condizioni temporali e sostanziali individuate dalla Corte. Inoltre, l'efficacia diretta delle direttive ha una ridotta portata *ratione personarum*.

9.5. L'attuazione da parte degli Stati membri costituisce un momento centrale ma problematico per ciascuna direttiva. È necessario, pertanto, fornire alcune precisazioni su questo aspetto.

L'**obbligo di attuazione** di una direttiva è **assoluto** per ciascuno Stato membro al quale la direttiva è rivolta. L'unica ipotesi in cui è possibile omettere di attivarsi si ha quando lo Stato membro è in grado di dimostrare che il proprio ordinamento interno è già perfettamente conforme alla direttiva.

Ciò si potrebbe verificare nel caso in cui una direttiva, nell'adottare un modello di disciplina, si ispiri alla normativa già vigente in uno Stato membro.

L'obbligo va adempiuto entro il **termine di attuazione** fissato dalla direttiva stessa. Tale termine può variare da pochi mesi ad uno o più anni, a seconda dell'importanza della materia e delle difficoltà che gli Stati membri possono incontrare nell'attuazione. Il termine è imperativo e perentorio: non è possibile addurre giustificazioni di sorta per il mancato rispetto.

Il fatto che agli Stati membri sia concesso un termine per l'attuazione non deve far dimenticare che l'obbligo di trasposizione sorge nel momento in cui la direttiva entra in vigore. Essendo il termine previsto in suo favore, lo Stato membro può attuare la direttiva anche prima della scadenza. È altresì possibile procedere ad un'attuazione per tappe, purché questa sia completata entro il termine previsto. Viceversa, in pendenza del termine, lo Stato membro non può adottare provvedimenti in contrasto con la direttiva o comunque tali da compromettere gravemente la realizzazione del risultato che la direttiva prescrive (c.d. **obbligo di stand still o di non aggravamento**).

Il principio di leale collaborazione con l'Unione impone agli Stati membri di **comunicare le misure di attuazione** che hanno adottato. Si tratta di un obbligo, spesso previsto dalle direttive stesse, autonomo e ulteriore rispetto a quello di tempestività e corretta trasposizione.

9.6. Secondo la lettera del 3° comma dell'art.288, gli Stati membri sono competenti quanto alla **scelta delle forme e dei mezzi** di attuazione.

La scelta non è però del tutto libera. È infatti anzitutto necessario che gli strumenti scelti dal legislatore nazionale siano idonei a produrre la modificazione degli ordinamenti interni voluta dalla direttiva. Nella scelta della forma e dei mezzi si deve quindi tener conto della gerarchia delle fonti di diritto interno. Se, ad es., la direttiva interviene su una materia già disciplinata da norme di legge, è chiaro che l'attuazione dovrà avvenire attraverso norme aventi almeno pari rango rispetto a quelle da modificare o abrogare. In caso contrario, le norme d'attuazione sarebbero inefficaci e lo scopo voluto dalla direttiva non sarebbe raggiunto.

In secondo luogo, devono essere scelti strumenti di attuazione che garantiscano trasparenza e certezza del diritto. La Corte ha sistematicamente giudicato insufficienti modi o procedure agevolate di attuazione, consistenti nell'approvazione di misure di carattere amministrativo, circolari o semplici istruzioni rivolte agli uffici amministrativi, in quanto modificabili liberamente dall'amministrazione e sprovviste di adeguata pubblicità.

9.7. Occorre adesso soffermarsi sul **contenuto delle direttive**. Il meccanismo previsto dal 3° comma dell'art.288 si articola intorno al binomio risultato/forme e mezzi.

1. Il primo viene definito dalla direttiva.
2. Le forme e i mezzi sono scelti dalle autorità competenti degli Stati membri.

Nella prassi, la distinzione tra risultato e forme e mezzi si è rivelata difficile da tracciare. Determinati risultati non possono essere definiti limitandosi ad indicare obiettivi e principi generali, ma richiedono l'elaborazione di un quadro normativo alquanto dettagliato, che lascia alla libera determinazione degli Stati membri solo interventi limitati ad aspetti di secondaria importanza. Non è pertanto possibile individuare in via generale uno spazio di competenza riservato agli Stati membri, oltre il quale la direttiva non può mai intervenire.

Viceversa, la frontiera tra il livello d'intervento dell'Unione e quello nazionale è frutto di valutazioni di indole politica che vengono operate dalle istituzioni, in funzione dell'obiettivo voluto dalla direttiva e del principio di sussidiarietà. Non sono perciò fondate le accuse di illegittimità rivolte alle direttive adottate fino agli anni '80, soprattutto nel campo dell'armonizzazione delle legislazioni tecniche, che erano caratterizzate da una disciplina particolarmente precisa e particolareggiata (c.d. **direttive dettagliate**). Benché simili nel contenuto a regolamenti, tali direttive non solo mantengono la struttura di qualsiasi direttiva, ma si giustificano in base al risultato voluto, che in quegli anni era un'armonizzazione molto avanzata delle legislazioni nazionali. Una volta abbandonato tale obiettivo, in favore di una politica di armonizzazione minima, il problema posto dalle direttive dettagliate si è risolto da solo.

9.8. Nell'ambito di quello che, fino al Trattato di Lisbona, era noto come il III pilastro, le istituzioni potevano adottare una serie di atti che rispondevano ad una tipologia diversa rispetto a quella prevista per il pilastro comunitario dall'art.288 TFUE. L'art.34, par.2, TUE elencava infatti quattro tipi di atti (tutti del Consiglio): le posizioni comuni, le decisioni-quadro, le decisioni e le convenzioni.

Di questi, merita soffermarsi sulle **decisioni quadro**, definite dall'art.34, par.2, lett. b). Il modello delle decisioni quadro ha infatti avuto grande successo ed è stato utilizzato di frequente per l'adozione di misure molto importanti.

Si tratta di un tipo di atto che si ispira al modello delle direttive. Con queste condivide anzitutto lo scopo che la maggior parte delle direttive persegue: il «*ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*». Come le direttive poi «*le decisioni quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi*». Gli Stati membri sono perciò tenuti a dare attuazione alla decisione-quadro entro il termine dalla stessa indicato.

Sussiste però un'importante differenza: le decisioni quadro «*non hanno efficacia diretta*».

Dopo il Trattato di Lisbona, «*gli effetti giuridici*» delle decisioni quadro, così come degli altri atti adottati dalle istituzioni ai sensi del TUE, cioè dei pilastri non comunitari, «*sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati*».

Riguardo agli altri tipi di atti previsti dall'art.34, par.2, le posizioni comuni sono descritte come atti che «*definiscono l'orientamento dell'Unione in merito ad una questione specifica*». Si tratta di atti tipici della cooperazione intergovernativa e quindi completamente estranei alla tipologia comunitaria.

Quanto alle decisioni, esse «sono vincolanti e non hanno efficacia diretta» e attraverso di esse può essere perseguito «qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del presente titolo». Si esclude perciò che una decisione possa essere diretta al ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Sono infine previste le convenzioni di cui il Consiglio «raccomanda l'adozione agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali» con l'obbligo per gli Stati membri di avviare «le procedure applicabili entro un termine previsto dal Consiglio».

10. Le decisioni.

10.1. L'ultima categoria di atti vincolanti contemplata dall'art.288 TFUE è costituita dalle **decisioni**. Ai sensi del 4° comma, «la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi». La seconda frase precisa che se la decisione «designa destinatari è obbligatoria solo nei confronti di questi». Dalla ciò si deduce che la categoria comprende due tipi di atti assai differenti l'uno dall'altro:

1. le decisioni individuali, dotate di destinatari individuati nel l'atto, che sono i soli soggetti alla sua portata obbligatoria;
2. le decisioni generali, prive di destinatari individuati, che hanno pertanto portata obbligatoria generale.

10.2. La **decisione individuale** coniuga due caratteristiche, l'una propria dei regolamenti e l'altra delle direttive.

Come il regolamento, è obbligatoria in tutti i suoi elementi e deve quindi essere rispettata nella sua interezza.

D'altra parte, come la direttiva, non ha portata generale, vincolando i soli destinatari da essa designati. A differenza della direttiva però la decisione può essere rivolta non solo a Stati membri, ma anche ad altri soggetti, compresi i singoli.

Le **decisioni individuali rivolte agli Stati membri** sono nella sostanza simili alle direttive, qualora impongano un obbligo di fare. In questo caso, l'attuazione è disciplinata in maniera analoga a quanto si è visto per le direttive. Tuttavia, l'obbligo di *fare* imposto dalle decisioni è spesso molto più specifico dell'obbligo di attuare una direttiva e lascia quindi allo Stato membro un margine di discrezionalità molto più ristretto.

Esistono anche decisioni che si limitano a prescrivere un obbligo di *non fare*. In questo caso, lo Stato membro destinatario è tenuto ad astenersi dall'attività vietata.

Le decisioni della Commissione in materia di aiuti statali alle imprese possono avere l'uno o l'altro contenuto. Qualora l'aiuto sia già in vigore, la decisione può obbligare lo Stato membro in questione a «sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato». Qualora l'aiuto non sia ancora in vigore, la decisione può stabilire che l'aiuto non può essere concesso.

Le **decisioni individuali rivolte ai singoli** hanno natura amministrativa. I casi più importanti sono rappresentati dalle decisioni che la Commissione adotta nell'ambito della **disciplina della concorrenza**, che possono prevedere anche la comminazione di sanzioni pecuniarie a carico delle imprese.

In questo ultimo caso, le decisioni costituiscono titolo esecutivo ai sensi dell'art.299 TFUE, il quale recita: «*gli atti del Consiglio, della Commissione o della BCE che comportano, a carico di persone che non siano gli Stati, un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo*». Previa apposizione della formula esecutiva da parte dell'autorità designata dallo Stato membro in cui si intende ottenere l'esecuzione, è quindi possibile procedere alla loro esecuzione forzata, nel rispetto delle condizioni stabilite dal l'ordinamento nazionale.

10.3. Le **decisioni generali** hanno natura varia.

Gli esempi più importanti sono costituiti da alcune decisioni che il Consiglio europeo adotta nell'ambito delle procedure di revisione dei trattati, in particolare quelle che riguardano alcune procedure semplificate.

Di importanza analoga sono alcune decisioni, sempre del Consiglio europeo, che danno attuazione a specifiche disposizioni dei trattati: es. le decisioni con cui il Consiglio europeo stabilisce la composizione del Parlamento europeo, l'elenco delle formazioni del Consiglio diverse da quella «Affari generali» e «Affari esteri» e la presidenza delle formazioni diverse da quella «Affari esteri».

Alcune decisioni generali sono prese dal Consiglio: es. quelle in cui constata l'esistenza di «un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art.2» oppure quelle con cui autorizza una cooperazione rafforzata. Vanno altresì ricordate le decisioni, in genere del Consiglio, adottate nel quadro della PESC.

11. Gli atti nel settore PESC.

11.1. Mentre elimina le distinzioni tra gli atti di quello che in passato era il III pilastro e quelli tradizionali del pilastro comunitario, il Trattato di Lisbona anche per questo aspetto mantiene un regime speciale per la PESC.

Ai sensi dell'art.25 TUE, gli atti giuridici attraverso i quali l'Unione conduce la PESC sono di due tipi:

1. gli orientamenti generali;
2. le decisioni.

- Gli **orientamenti generali** sono atti del Consiglio europeo. Essi si configurano come atti di altissima politica, che definiscono le linee guida su cui l'Unione deve muoversi nel settore della PESC, «comprese le questioni che hanno implicazioni in materia di difesa». Dalla frase finale dell'art., sembrerebbe che anche gli orientamenti generali debbano assumere la forma di decisioni («adotta le decisioni necessarie»).
- Le **decisioni** sono invece atti del Consiglio. Esse possono assumere vari contenuti, potendo definire «i) le azioni che l'Unione deve intraprendere; ii) le posizioni che l'Unione deve assumere; iii) le modalità di attuazione delle decisioni di cui ai punti i) e ii)».

Le decisioni PESC possono quindi essere adottate «quando una situazione internazionale richiede l'intervento operativo dell'Unione», definendo «gli obiettivi, la portata e i mezzi di cui l'Unione deve disporre» o quando occorre definire «la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica» o ancora costituire atti di esecuzione, cioè di secondo grado, di altre decisioni.

11.2. Gli atti che possono essere adottati nell'ambito PESC non hanno mai carattere legislativo. Le decisioni però vincolano gli Stati membri.

Si veda in particolare quanto stabilisce l'art.28, par.2, TUE secondo il quale le decisioni adottate ai sensi del par.1 dello stesso articolo «vincolano gli Stati membri nelle loro prese di posizione e nella conduzione della loro azione». Nello stesso senso depono l'art.24, par.3, a norma del quale «gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la PESC, in uno spirito di lealtà e solidarietà reciproca e rispettano l'azione dell'Unione in questo settore».

SEZIONE 4

12. L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto dell'Unione europea.

12.1. Come si è visto, i **trattati** si presentano nella forma di normali trattati internazionali. Non meraviglia pertanto che l'Italia abbia dato loro esecuzione, ricorrendo alle forme e alle procedure seguite, per prassi, in casi del genere. Più precisamente, l'**ordine di esecuzione** di ciascun trattato è stato dato con la medesima legge con cui il Parlamento italiano ha autorizzato la **ratifica** del trattato stesso da parte del Capo dello Stato, ai sensi dall'art.80 Cost.

Il ricorso ad una legge ordinaria per eseguire trattati così importanti come quelli europei ha dato luogo a difficoltà. Molti ritenevano necessaria una norma costituzionale *ad hoc*, che autorizzasse l'accettazione delle limitazioni di sovranità nazionale legate all'appartenenza alla Comunità, e poi all'Unione, e conferisse alla Comunità/Unione ed al suo diritto uno status costituzionale definito. Una norma del genere non è mai stata adottata. Il nuovo art.117 infatti stabilisce, al 1° comma, che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

In assenza di una norma costituzionale specifica, si è ritenuto di poter ricondurre l'adesione italiana alla Comunità e poi all'Unione all'art.11 Cost. La seconda parte di questa norma prevede che l'Italia «consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

La possibilità di far rientrare nell'art.11 anche la partecipazione alla Comunità/Unione ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Secondo quanto affermato, in particolare nella sentenza *Costa c. Enel* (1964), l'art.11 non è solo una norma «permissiva», che abilita ad accettare le limitazioni di sovranità, ma è anche una norma procedurale: essa consente di accettare limitazioni di sovranità, senza necessità di procedere ad una revisione costituzionale.

Le leggi ordinarie con cui si è data esecuzione ai trattati si sono per lo più limitate ad impartire l'ordine di esecuzione, secondo il metodo speciale di adattamento ovvero mediante rinvio. La legge si limita a prescrivere l'osservanza del trattato, il cui testo viene allegato alla legge stessa. In alcuni casi, però, le leggi d'esecuzione hanno previsto anche norme di adattamento ordinario, che integravano e modificavano l'ordinamento interno per rendere possibile l'applicazione concreta del trattato in Italia.

12.2. Più difficile è risultato il compito di assicurare l'attuazione in Italia del **diritto secondario o derivato**.

Le maggiori difficoltà si sono avute riguardo alle direttive, richiedendo ciascuna di esse un'attività di attuazione, che il legislatore nazionale è tenuto ad effettuare entro un termine preteritorio, talvolta breve.

In Italia, inizialmente, si ricorreva allo strumento della delega legislativa al Governo (art.76 Cost.): il Parlamento, con legge, delegava al Governo il compito di emanare decreti legislativi per l'attuazione di un certo numero di atti delle istituzioni. Tale sistema comportava problemi di ordine giuridico (era opinabile che fossero rispettate le condizioni della determinazione dei principi e della limitatezza dell'oggetto della delega), ma anche di ordine pratico (i tempi per l'approvazione della legge delega e dei decreti legislativi erano troppo lunghi).

Un nuovo e più efficiente meccanismo di attuazione degli atti comunitari è stato adottato con la L.86/1989, nota come Legge La Pergola, successivamente sostituita dalla L.11/2005, a sua volta poi abrogata dalla **L.234/2012**. Le leggi menzionate sono leggi ordinarie: in ciò sta il loro limite, atteso che ogni legge ordinaria successiva le può abrogare e modificare, senza incorrere in alcun vizio di incostituzionalità.

La maggiore novità introdotta a partire dalla Legge La Pergola è rappresentata dall'introduzione di un meccanismo legislativo annuale: ogni anno, il Parlamento approva una o più leggi, che contengono provvedimenti volti a rendere conforme l'ordinamento statale a tutti gli « *obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea* », che vengono a maturazione entro l'anno di riferimento. Mentre la legge La Pergola e la L.11/2005 prevedevano l'adozione di un unico strumento legislativo annuale, denominato legge comunitaria, la L.234/2012 contempla ora due distinti provvedimenti: la legge di delegazione europea e la legge europea.

La **legge di delegazione europea** utilizza due metodi principali per rendere l'ordinamento italiano conforme agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Il primo è quello della **delega legislativa al Governo**. La legge di delegazione europea, pertanto, può avere anzitutto il contenuto di una legge delega. In questo caso essa prevede i criteri per l'attuazione delle norme dell'Unione da parte del Governo, mediante decreti legislativi.

Oltre ai principi e criteri di delega specifici contenuti nella legge di delegazione europea, il Governo è tenuto a rispettare anche quelli previsti in via generale dall'art.32 della L.234/2012. Tra questi spicca il divieto del c.d. **gold plating**. I decreti legislativi che attuano le direttive « *non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse* » → si vuole impedire che negli atti di trasposizione vengano introdotti adempimenti, obblighi ed oneri ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa dell'Unione.

I decreti legislativi devono inoltre assicurare parità di trattamento tra i cittadini italiani e i cittadini degli altri Stati membri, evitando l'insorgere di discriminazioni alla rovescia. Il rispetto di tale criterio impone che la disciplina di maggior favore prevista nelle direttive a vantaggio dei cittadini di altri Stati membri sia estesa ai cittadini italiani che si trovano in situazioni puramente interne.

La legge di delegazione europea può inoltre contenere disposizioni che autorizzano il Governo all'**attuazione** delle direttive **in via regolamentare**. Ciò può avvenire per direttive che riguardano « *materie di cui all'art.117, 2° comma, Cost.* » (materie di competenza esclusiva statale), anche se si tratta di « *materie già disciplinate con legge, ma non riservate alla legge* ».

Il regolamento emanato in forza della citata disposizione è perciò in grado di modificare norme di legge preesistenti, grazie all'espressa autorizzazione data dal Parlamento nella legge di delegazione europea. Si opera pertanto la **delegificazione** delle materie interessate.

La **legge europea** ha un contenuto diverso, dando **attuazione diretta** agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione attraverso l'abrogazione o la modifica di disposizioni statali vigenti. Il metodo dell'attuazione diretta può essere seguito in quattro casi: per abrogare o modificare disposizioni statali vigenti in contrasto con gli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea; per abrogare o modificare disposizioni statali vigenti « *oggetto di procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana o di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea* »; per dare attuazione o per assicurare l'applicazione di atti del « *l'Unione europea* »; infine, « *per dare esecuzione ai trattati internazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea* ».

Si tratta del procedimento più dispendioso, che implica l'approvazione da parte del Parlamento della specifica modifica legislativa da apportare all'ordinamento vigente. Esso viene quindi utilizzato per adempimenti puntuali e di semplice definizione.

In passato la legge comunitaria, introdotta dalla Legge La Pergola, conteneva tutte e tre le tipologie di interventi citati (delega legislativa, autorizzazione all'attuazione in via regolamentare e attuazione diretta). L'inserimento nella legge comunitaria di norme specifiche volte ad abrogare o a modificare disposizioni statali vigenti ha spesso allungato i tempi di approvazione di tale legge. Proprio per evitare questi ritardi, la L.234/2012 ha "sdoppiato" la legge comunitaria nelle due leggi, europea e di delegazione europea. Contenendo solo disposizioni di delega legislativa (e di autorizzazione all'attuazione in via amministrativa), quest'ultima dovrebbe così godere di un *iter* parlamentare più celere.

12.3. La L.234/2012 si occupa anche dell'**attuazione del diritto dell'Unione da parte delle Regioni**.

L'attuale sistemazione della materia è frutto di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, che ha condotto, partendo da posizioni di chiusura, a riconoscere un ruolo sempre più ampio alle Regioni, salvo restando il principio della responsabilità del solo Stato nei confronti delle istituzioni dell'Unione.

L'art.117, 5° comma, Cost., prevede ormai che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza « *provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli atti dell'UE, nel rispetto delle norme di procedura stabilite con legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza* ».

La portata di tale norma è stata interpretata in maniera ampia dalla Corte costituzionale.

In attuazione di tale principio, l'art.30, par.1, della L.234/2012 prevede che le regioni e le province autonome, nelle materie di loro competenza, possono dare **immediata attuazione** alle direttive. Le regioni e le province autonome non devono attendere, prima di agire, un preventivo intervento da parte dello Stato, ma possono provvedere non appena la direttiva entra in vigore e diventa pertanto obbligatoria.

Ciò non esclude del tutto l'intervento dello Stato.

- In primo luogo, nelle materie di competenza concorrente, è compito dello Stato la determinazione dei **principi fondamentali**. Ciò vale anche quando si tratta di attuare atti dell'Unione. Pertanto, la legge di delegazione europea contiene «*disposizioni che individuano i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano la propria competenza normativa per recepire o per assicurare l'applicazione di atti dell'Unione nelle materie di cui all'art.117, 3° comma, Cost.*». I principi così indicati non sono derogabili dalla legge regionale o provinciale sopravvenuta e prevalgono sulle contrarie disposizioni eventualmente già emanate dalle regioni e dalle province autonome.
- In secondo luogo, gli artt.117, 5° comma, e 120, 2° comma, Cost., prevedono a favore dello Stato un **potere sostitutivo** nel caso di inadempimento regionale riguardante la normativa dell'Unione. Sul punto, la L.234/2012 ribadisce il sistema precedente, consistente in un meccanismo di sostituzione preventiva. In pratica, lo Stato adotta decreti legislativi o regolamenti di attuazione anche riguardo a direttive che ricadono nelle materie di competenza regolamentare o legislativa delle regioni o delle province autonome. Tali provvedimenti, tuttavia, si applicano solo a partire dalla data di scadenza dell'obbligo di attuazione di ciascuna direttiva e solo nel territorio delle regioni che non abbiano già provveduto autonomamente all'attuazione e fino a quando non lo avranno fatto. Essi hanno infatti natura cedevole.

Una procedura di sostituzione successiva è disciplinata invece dall'art.8 della L.131/2003 (c.d. Legge La Loggia). Esso prevede la messa in mora preventiva della Regione che versi in situazione di mancato rispetto della normativa dell'Unione, con l'assegnazione di «*un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari*». Decorso invano detto termine, il Consiglio dei ministri provvederà direttamente o nominando una apposita commissione.

Tuttavia, la previsione di un potere sostitutivo a favore dello Stato per il caso di inadempimento regionale non è imposta dal diritto dell'Unione. Infatti, «*gli obblighi che gravano su uno Stato membro in forza di una direttiva non implicano, in termini di ripartizione interna delle competenze, che lo Stato debba, eventualmente, sostituirsi all'inerzia degli enti locali territoriali*». Quel che il diritto dell'Unione esige è che «*il complesso delle misure adottate secondo le modalità dell'ordinamento giuridico nazionale sia sufficientemente efficace per consentire un'applicazione corretta delle prescrizioni della direttiva*».

PARTE 4 - DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E SOGGETTI DEGLI ORDINAMENTI INTERNI

1. Considerazioni generali.

1.1. La caratteristica propria dell'**ordinamento dell'Unione** consista nel fatto di riconoscere come titolari di soggettività giuridica non solo gli Stati membri, ma anche coloro ai quali tale soggettività spetta nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri. La capacità delle norme facenti parte dell'ordinamento dell'Unione di rivolgersi direttamente ai «cittadini» degli Stati membri comporta che tali norme presentano due dimensioni distinte: una internazionale e una interna.

Di tipo internazionalistico sono i rapporti giuridici che il diritto dell'Unione fa sorgere in capo agli Stati membri e all'Unione stessa. Il contenuto di tali rapporti è costituito da una serie di diritti e obblighi che l'Unione, attraverso le sue istituzioni, o uno Stato membro può far valere nei confronti di un altro Stato membro o di un'istituzione. Nell'ambito di tali rapporti, lo Stato membro interessato si presenta in maniera unitaria, analogamente a quanto avviene nell'ordinamento internazionale.

I rapporti di tipo internazionalistico sfociano, in caso di controversia, in procedimenti giudiziari di soluzione anch'essi di stampo internazionalistico, il più importante dei quali è disciplinato dagli artt.258 e 259 TFUE.

1.2. Appartengono, invece, ad una dimensione interna all'ordinamento di ciascuno Stato membro, i rapporti giuridici interessati dal diritto dell'Unione che coinvolgono soggetti di tali ordinamenti. Talvolta, si tratta di rapporti che vedono contrapposti un soggetto privato ad un altro (**rapporti orizzontali**). Più spesso, essi sorgono tra un soggetto privato e un soggetto pubblico, in quanto riconducibile ad un'autorità statale o pubblica (**rapporti verticali**). Il diritto dell'Unione può intervenire su tali rapporti con intensità variabile.

→ In primo luogo, può darsi che il diritto dell'Unione fornisca la disciplina di tali rapporti. Ciò avviene, in particolare, nel campo d'applicazione dei regolamenti. I regolamenti, essendo direttamente applicabili, costituiscono una fonte che assume valore normativo anche all'interno degli ordinamenti nazionali, disciplinando un'intera materia e sostituendosi alle eventuali norme in terne preesistenti (**effetto di sostituzione**).

→ In secondo luogo, il diritto dell'Unione può interessare la disciplina di un rapporto giuridico dettando principi generali o regole particolari che si limitano ad impedire l'applicazione di norme interne ad esse contrarie (**effetto di opposizione**). In casi del genere, la disciplina del rapporto resta soggetta al diritto interno, dal quale vengono espunte solo le norme incompatibili con il diritto dell'Unione.

1.3. Tanto nel caso di effetto di sostituzione, quanto nel caso di effetto di opposizione, si suole dire che la norma comunitaria produce **effetti diretti** ovvero gode di **efficacia diretta** negli ordinamenti interni e quindi nei confronti dei soggetti riconosciuti da tali ordinamenti.

Non è possibile definire a priori il **contenuto** degli effetti diretti che una norma dell'Unione può produrre, essendo questi strettamente legati al contenuto della norma stessa e al contesto in cui la norma è invocata.

L'efficacia diretta implica che il soggetto nei cui confronti la norma produce effetti favorevoli può pretenderne il rispetto da parte dell'altro soggetto del rapporto (**efficacia diretta in senso sostanziale**). In caso di mancato rispetto, l'efficacia diretta comporta anche l'**invocabilità in giudizio**: i soggetti favoriti dalla norma dell'Unione possono chiedere al giudice nazionale l'applicazione in giudizio della norma stessa, ottenendone la corrispondente tutela giurisdizionale.

La Corte afferma che «*qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi*».

In passato, la Corte usava indistintamente i termini **efficacia diretta** e **applicabilità diretta**. In realtà, l'applicabilità diretta in senso stretto (nel senso di non necessità di misure di attuazione da parte degli Stati membri) è riservata dall'art.288 TFUE ai soli regolamenti.

Considerato che l'efficacia diretta è, invece, una caratteristica che può essere presente anche in altre fonti del diritto, comprese le direttive e le decisioni, appare opportuno distinguere le due nozioni ed utilizzare solo il termine efficacia diretta per riferirsi all'oggetto della presente Parte.

1.4. Non sempre le norme dell'Unione presentano le caratteristiche necessarie per produrre effetti diretti. Persino i regolamenti, per i quali l'efficacia diretta dovrebbe scaturire, come conseguenza normale, dall'applicabilità diretta, possono difettare di tali caratteristiche. Per le direttive, poi, le condizioni e la portata dell'efficacia sono definite in maniera particolarmente restrittiva.

1.5. L'efficacia diretta non costituisce tuttavia l'unica forma attraverso cui le norme dell'Unione assumono rilevanza normativa interna. In presenza di norme prive della capacità di produrre effetti diretti, la giurisprudenza ha individuato almeno due forme di **efficacia indiretta**.

1. La prima si concreta nel riconoscere che il diritto dell'Unione, anche non direttamente efficace, ha un valore interpretativo cogente rispetto alle norme interne. I giudici nazionali sono infatti soggetti ad un obbligo di **interpretazione conforme**, capace di ovviare a situazioni di apparente (ma non inevitabile) conflitto tra norme interne e norme dell'Unione.
2. La seconda consiste nel riconoscere che la mancata attuazione di una norma dell'Unione anche se non direttamente efficace fa sorgere, in capo a coloro che sono stati danneggiati dalla mancata attuazione, il diritto al **risarcimento del danno** a carico dello Stato membro responsabile.

2. I presupposti dell'efficacia diretta.

2.1. L'efficacia diretta non è una caratteristica propria di ogni norma dell'Unione. Pertanto, il giudice nazionale, qualora intenda trarre da una norma effetti diretti al fine di risolvere una controversia, ha l'onere di verificare d'ufficio se la norma presenti le caratteristiche necessarie, avvalendosi, se del caso, del rinvio pregiudiziale di cui all'art.267 TFUE.

La capacità della norma dell'Unione di produrre effetti diretti, infatti, costituisce questione che attiene all'interpretazione della norma stessa e rientra pertanto nella competenza pregiudiziale della Corte di giustizia.

2.2. Nell'indagine volta a stabilire se una norma dell'Unione abbia o meno efficacia diretta, la Corte mira ad individuare nella norma in questione alcune **caratteristiche sostanziali** che la rendano suscettibile di essere applicata dal giudice, senza che questo debba sostituirsi al legislatore ed assumere compiti che, in base al principio della separazione dei poteri, non gli spetterebbero. Le caratteristiche richieste dalla Corte sono espresse con formule variabili ma che ruotano sempre intorno al concetto di **sufficiente precisione e incondizionatezza** della norma.

2.3. **Sufficiente precisione** → considerata alla luce del suo scopo e del contesto in cui si inserisce, la norma deve contenere un precetto sufficientemente definito perché i soggetti destinatari possano comprenderne la portata e il giudice

possa applicarlo nei giudizi di propria competenza. Esso richiede che la norma comunitaria specifichi almeno i seguenti tre aspetti:

1. il titolare dell'obbligo;
2. il titolare del diritto;
3. il contenuto del diritto-obbligo creato dalla norma stessa.

Il test basato sui tre aspetti sopra indicati è stato elaborato dalla Corte nella sentenza *Francovich* (1991).

Il test sopra descritto è utilizzato quando i soggetti interessati chiedono al giudice la tutela giurisdizionale di un diritto sostanziale che la norma dell'Unione intende loro attribuire. Esso viene applicato, talora, anche quando i privati invocano in giudizio un autonomo diritto procedurale o processuale conferito dal diritto dell'Unione.

Il test è invece più generico e meno esigente qualora la norma sia rivolta ad imporre agli Stati membri determinati adempimenti procedurali e viene invocata da un soggetto soltanto per opporsi all'applicazione del provvedimento di uno Stato membro adottato senza il rispetto della prescritta procedura (effetto di opposizione).

Può accadere che una stessa norma dell'Unione sia considerata sufficientemente precisa per determinati fini e non per altri. In altri termini, la diretta efficacia si determina anche in funzione del contenuto del diritto che si intende azionare.

2.4. Il presupposto della **incondizionatezza**, invece, attiene all'assenza di clausole che subordinino l'applicazione della norma ad ulteriori interventi normativi da parte degli Stati membri o delle istituzioni dell'Unione, o consentano agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione.

L'esistenza di norme che consentono agli Stati membri di derogare all'applicazione di un'altra norma per determinati motivi non esclude di per sé l'efficacia diretta di quest'ultima.

I presupposti della precisione e dell'incondizionatezza assumono importanza decisiva quando la norma di diritto dell'Unione abbia l'effetto di **determinare o di aggravare la responsabilità penale dei singoli**. Il giudice chiamato a farne applicazione dovrà tener conto dei principi generali e dei diritti fondamentali dell'individuo sanciti dall'art.6.3 TUE o dalla Carta e, in particolare, del «*principio della determinatezza della legge applicabile (nulla poena sine lege certa)*» che rientra nell'art.49 della Carta (principio della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) e che «*costituisce una particolare espressione del principio generale della certezza del diritto*».

Secondo la Corte, esso implica «*che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li puniscono. Tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale*».

Si tenga infine conto che, ai fini della verifica dell'efficacia diretta, la **destinatarietà formale** della norma non ha alcun rilievo. In particolare, la circostanza che la norma si rivolga agli Stati membri o alle istituzioni non comporta necessariamente che sia priva di efficacia diretta.

2.5. In linea di massima, i presupposti dell'efficacia diretta sono gli stessi qualunque sia il tipo di norma dell'Unione rispetto alla quale il problema si pone. Nondimeno, le caratteristiche proprie di ciascuna fonte portano ad alcune differenze di approccio e, talvolta, come nel caso delle direttive, a soluzioni particolari.

Per quanto riguarda le disposizioni dei **trattati**, alcune di esse si riferiscono espressamente ai singoli. Un esempio molto importante è dato dalle **norme in materia di concorrenza**, in particolare gli artt.101 e 102 TFUE, che vietano alcuni comportamenti delle imprese. Queste norme sono senz'altro direttamente efficaci, nel senso che sono direttamente opponibili alle imprese interessate.

Come si è visto, anche norme dei trattati formalmente rivolte agli Stati membri possono produrre effetti diretti qualora siano dotate delle caratteristiche della sufficiente precisione e della incondizionatezza.

Né prima né dopo il Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia si è mai pronunciata sulla possibilità che anche le disposizioni dei trattati relative alla PESC o alla Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (ex pilastri non comunitari) fossero in grado di produrre effetti diretti per i soggetti degli ordinamenti interni. In realtà né il contenuto di tali disposizioni, né il loro testo e il contesto in cui sono situate depone in senso favorevole, trattandosi per lo più di norme che abilitano le istituzioni ad adottare determinati atti in determinati settori e per determinati fini, piuttosto che di norme di contenuto materiale dai quali i privati possano trarre diritti o subire obblighi.

Le norme dei trattati producono effetti diretti tanto nei rapporti verticali, quanto nei rapporti orizzontali. È dunque possibile invocarne il disposto non solo nei confronti di un'autorità pubblica, ma anche nei confronti di un privato. Si parla pertanto di **efficacia diretta verticale** e di **efficacia diretta orizzontale**.

Il problema dell'efficacia diretta si è posto anche con riguardo ai **principi generali** e alle **norme della Carta dei diritti fondamentali**.

- Per quanto riguarda i primi, va ricordata la **sentenza Dansk Industri** (2016). La Corte ha accordato efficacia orizzontale al principio di non discriminazione sulla base dell'età in materia lavoristica e al principio «fondamentale» della parità di trattamento, del quale il primo «costituisce solo un'espressione particolare», nell'ambito di «una controversia tra privati».
- Quanto alla Carta dei diritti fondamentali, le sue norme, in quanto dirette a tutelare i diritti individuali delle persone, godono in generale di diretta efficacia, nel senso che possono essere invocate dagli interessati in rapporti verticali, cioè a difesa di comportamenti lesivi assunti da poteri pubblici, ma anche nell'ambito di controversie tra privati. Va però tenuto conto dell'art.52, par.5, dal quale sembrerebbe doversi ricavare che le disposizioni della Carta contenenti meri principi (invece che diritti o libertà vere e proprie) non sarebbero in grado di produrre effetti diretti.

2.6. Il problema dell'efficacia diretta si pone anche riguardo agli **accordi internazionali** conclusi dall'Unione con Stati terzi ai sensi dell'art.216 TFUE. È infatti possibile che soggetti privati siano interessati a far valere la disciplina contenuta in tali accordi, per contestare la legittimità di comportamenti o di provvedimenti degli Stati membri o delle istituzioni.

Rispetto all'analisi effettuata riguardo ad altre fonti dell'Unione, la verifica svolta dalla Corte per decidere circa l'efficacia diretta delle disposizioni contenute in accordi internazionali si caratterizza per una particolare attenzione rivolta al contesto. L'analisi si svolge in due tempi:

1. dapprima occorre dimostrare che la natura e la struttura dell'accordo permettono di riconoscere effetti diretti alle sue disposizioni in generale;
2. successivamente, è necessario provare che la specifica disposizione invocata presenti le caratteristiche della sufficiente precisione e della incondizionatezza.

Nel caso dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del Commercio e degli accordi allegati (**Accordi OMC**), la Corte ha sempre sostenuto che, tenuto conto della natura e della economia di tali accordi, le disposizioni in essi contenute «non sono idonee a creare in capo ai singoli diritti che questi possano invocare direttamente dinanzi al giudice ai sensi del diritto comunitario». Resta invece salva la possibilità che effetti diretti possano essere riconosciuti in forza del diritto nazionale del giudice adito per gli aspetti coperti dagli accordi OMC che rientrano nella competenza degli Stati membri e non dell'Unione o rientrano nella competenza ripartita tra l'Unione gli Stati membri e relativamente ai quali l'Unione non ha ancora adottato una propria disciplina.

Non è invece escluso che a disposizioni di accordi dell'Unione possa esser attribuito effetto diretto orizzontale.

2.7. Riguardo ai **regolamenti**, il problema dell'efficacia diretta ha, in genere, scarsa consistenza. Infatti, la caratteristica della diretta applicabilità implica che, normalmente, le disposizioni dei regolamenti siano anche capaci di produrre effetti diretti. Il principio subisce una certa attenuazione nel caso di regolamenti che richiedono l'emanazione da parte degli Stati membri di provvedimenti di integrazione o di esecuzione. In questi casi, in mancanza dei provvedimenti nazionali, non si può fare a meno di verificare che la disposizione regolamentare in questione presenti i presupposti della sufficiente precisione e della incondizionatezza.

Anche i regolamenti producono effetti diretti tanto nei rapporti verticali quanto in quelli orizzontali. Pertanto, è possibile parlare di **efficacia diretta verticale** (anche invertita) e di **efficacia diretta orizzontale**.

3. Segue: casi particolari (direttive, decisioni, atti degli ex pilastri non comunitari).

3.1. Il problema dell'efficacia diretta delle **direttive** si pone in termini parzialmente diversi da quelli sin qui esposti.

Per quanto riguarda i presupposti sostanziali, anche le direttive, per essere direttamente efficaci, devono presentare **sufficiente precisione ed incondizionatezza**.

Causa 152/84, Marshall → «in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere nei confronti dello Stato, tanto se questo non ha trasposto tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, quanto se esso l'ha trasposta in modo inadeguato».

Le differenze riguardano invece il momento a partire dal quale l'efficacia diretta si produce (3.2.) e i soggetti nei cui confronti può essere fatta valere (3.3.).

3.2. Per quanto riguarda la **portata temporale**, per sua natura, la direttiva non è concepita come fonte di effetti diretti. La disciplina dei rapporti giuridici interni rientranti nel suo oggetto non viene posta dalla direttiva stessa, ma dalle norme di attuazione emanate da ciascuno Stato membro. Di regola, le direttive hanno pertanto un'efficacia normativa interna

meramente indiretta o mediata. Nondimeno, capita spesso che gli Stati membri attuino le direttive in ritardo o in forme non corrette o sufficienti, in modo da impedire il raggiungimento del risultato voluto. Solo in casi del genere (patologia del meccanismo delle direttive), si pone il problema di stabilire se, nonostante la mancanza o l'insufficienza delle misure nazionali d'attuazione, la direttiva possa produrre effetti diretti.

Pertanto, di effetti diretti di una direttiva non può parlarsi se non dopo la **scadenza del termine per l'attuazione** concesso agli Stati membri. Prima di questo momento la direttiva non può produrre altri effetti giuridici che quello di obbligare gli Stati membri ad attuarla.

L'unico caso di **efficacia diretta anticipata** potrebbe darsi nell'ipotesi di attuazione *completa* effettuata prima della scadenza del termine. In questo caso, lo Stato membro in questione rinuncia al termine concesso in suo favore e pertanto, qualora le misure d'attuazione si rivelino inadeguate, potrebbe soggiacere anticipatamente agli eventuali effetti diretti della direttiva. La giurisprudenza non si è ancora pronunciata esplicitamente sul punto.

3.3. La seconda differenza riguarda la **portata soggettiva** dell'efficacia diretta di una direttiva.

La giurisprudenza che ha riconosciuto anche alle direttive non attuate la possibilità di produrre effetti diretti, ha seguito un percorso argomentativo alquanto vario, ma coerente nel sottolineare il nesso tra efficacia diretta e violazione dell'obbligo d'attuazione che grava sugli Stati membri.

1. Inizialmente, la Corte ha «puntato» sul **carattere obbligatorio** della direttiva, avvicinandola in tal modo al regolamento, ma anche sulla teoria dell'effetto utile, che porta ad interpretare le norme comunitarie in maniera da consentire che esse esplicino i loro effetti nella maggiore misura possibile.
2. Successivamente la Corte introduce un nuovo argomento che sembra assimilare l'efficacia diretta ad una sorta di **sanzione a carico dello Stato membro inadempiente**. Secondo la Corte, lo Stato membro che non ha recepito la direttiva deve subire le conseguenze del proprio inadempimento e non può impedire ai singoli di avvalersi dei diritti ad essi riconosciuti dalla direttiva inattuata (principio dell'**estoppel**). Tale giustificazione dell'efficacia diretta delle direttive inattuate o scorrettamente attuate non compare più nella giurisprudenza recente.
3. Nel caso *El Dridi*, la Corte ha affermato che «*per costante giurisprudenza, qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non l'abbia recepita correttamente, i singoli sono legittimati a invocare contro detto Stato membro le disposizioni di tale direttiva che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise*».

Dal momento che l'efficacia interna della direttiva inattuata è conseguenza dell'obbligatorietà della stessa nei confronti degli Stati membri, si comprende perché la Corte abbia limitato tale efficacia ai soli rapporti verticali e, più specificamente, ai rapporti in cui la direttiva è invocata contro un'autorità pubblica. Ogni autorità pubblica, infatti, è tenuta, nel proprio ambito di competenza, ad attuare la direttiva ai sensi dell'art.288, 3° comma, TFUE. Ad essa è perciò possibile rimproverare di non averlo fatto.

Viceversa, la direttiva inattuata, benché contenente disposizioni sufficientemente precise ed incondizionate, non può produrre effetti diretti nei rapporti orizzontali o comunque in modo da addossare obblighi ai soggetti privati, i quali non possono essere in alcun modo considerati responsabili della mancata attuazione.

La direttiva pertanto ha solo **efficacia diretta verticale**, mentre è priva di efficacia nelle seguenti situazioni:

- a) quando è invocata da un soggetto pubblico contro un soggetto privato (c.d. **rapporti verticali invertiti**);
- b) quando è invocata da un soggetto privato contro un altro soggetto privato (c.d. **rapporti orizzontali**).

Si dice pertanto che **le direttive inattuate non hanno efficacia diretta orizzontale**.

Il rifiuto di riconoscere alle direttive inattuate qualunque efficacia diretta orizzontale è stato esplicitato dalla Corte solo nella **sentenza Marshall**. La Corte pone in rilievo che, secondo l'art.288, 3° comma, «*la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta. Ne consegue che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione d'una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso*».

3.4. Di fronte ad una direttiva inattuata, risulta pertanto determinante stabilire se il soggetto nei cui confronti si intende invocare la direttiva è un **soggetto pubblico** o un **soggetto privato**.

La Corte interpreta molto ampiamente la nozione di soggetto pubblico. L'obbligo di attuare la direttiva non incombe, infatti, solo sugli organi dello Stato centrale (potere esecutivo e potere legislativo), ma anche:

- su qualsiasi ente di diritto pubblico interno o su qualsiasi organismo privato
- che opera «*sotto l'autorità o il controllo dello Stato*» o
- incaricato dallo Stato dello svolgimento di un compito d'interesse pubblico e che dispone, a tal fine, di poteri che eccedono quelli risultanti dalle norme applicabili nei rapporti fra singoli.

La giurisprudenza segue, dunque, un **criterio di natura organica** (l'appartenenza allo Stato inteso in senso ampio) in alternativa a un criterio di tipo funzionale (il controllo esercitato dalla pubblica autorità, la delega di una missione di interesse pubblico e di poteri in senso lato autoritativi).

È invece pacifico che una direttiva inattuata possa essere invocata nei confronti di autorità fiscali, delle autorità di polizia e della magistratura, delle autorità competenti in materia di immigrazione.

3.5. Il rifiuto di riconoscere l'efficacia diretta orizzontale di una direttiva inattuata è oggetto di molte critiche da parte della dottrina.

In realtà la giurisprudenza della Corte, postulando che una stessa norma di direttiva possa o non possa produrre effetti diretti a seconda del contesto in cui viene invocata, nega che l'efficacia diretta sia una qualità obiettiva della norma stessa, ma le attribuisce un carattere variabile legato, per di più, a fattori casuali. Ad es. una direttiva in materia di lavoro potrebbe essere considerata, a parità di tutte le altre circostanze, direttamente efficace o meno a seconda che sia invocata da un dipendente pubblico o da un dipendente privato. Si dà così vita a una forma di discriminazione.

La Corte è cosciente delle difficoltà che la sua giurisprudenza in materia solleva e cerca infatti di limitare i casi in cui essa trova applicazione.

Un atteggiamento che di fatto potrebbe ridurre la rilevanza della distinzione tra efficacia diretta verticale e orizzontale consiste nel non **sollevare d'ufficio la questione** anche qualora la situazione che ha indotto il giudice nazionale ad adire la Corte in via pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE appare riguardare unicamente rapporti orizzontali o verticali invertiti. In assenza di un'apposita questione pregiudiziale sul punto da parte del giudice nazionale, la Corte ritiene di doversi comunque pronunciare sull'interpretazione della direttiva e sulla sua idoneità *in abstracto* a produrre effetti diretti, senza porsi il problema del se tali effetti possano essere fatti valere nel contesto del giudizio *a quo*.

L'atteggiamento della Corte appare giustificabile: l'interpretazione di una direttiva, anche se non direttamente efficace nel caso di specie, potrebbe comunque essere utile al giudice a quo per ricostruire il significato della normativa nazionale di attuazione.

La Corte stessa poi ha ammesso la produzione di effetti diretti da parte di norme di una direttiva inattuata in varie situazioni che sembrano avere ad oggetto rapporti verticali c.d. inversi o addirittura rapporti orizzontali. Si tratta dunque di **eccezioni** al principio giurisprudenziale che nega l'efficacia diretta orizzontale di una direttiva.

1. Una **prima eccezione** riguarda situazioni che si potrebbero definire **rapporti triangolari**: sono rapporti in cui un privato invoca l'applicazione di una direttiva inattuata nei confronti di un organo pubblico, a titolo principale, ma anche nei confronti di altri soggetti privati, la cui posizione verrebbe compromessa dall'applicazione della direttiva. In casi del genere, la Corte non sembra considerare l'effetto pregiudizievole indirettamente subito dai soggetti privati controinteressati come circostanza preclusiva alla produzione di effetti diretti da parte della direttiva.
2. Una **seconda eccezione** riguarda quelle direttive che sottopongono le misure degli Stati membri ad una **procedura di controllo**. Tali direttive, in effetti, non sono dirette ad attribuire diritti a soggetti privati o a definire la disciplina delle loro relazioni contrattuali, ma riguardano adempimenti prescritti a carico dei soli Stati membri. In questi casi, la direttiva inattuata non influisce sulla disciplina di rapporti interprivati, se non indirettamente, nel senso di precludere l'applicazione di una normativa o di un provvedimento interno emanato in violazione delle procedure di controllo. In casi del genere, la Corte ritiene che la direttiva «*non crea né diritti né obblighi per i singoli*» e può dunque essere applicata dal giudice, senza che si possa parlare di efficacia diretta orizzontale.
3. Una **terza eccezione** riguarda le norme contenute in direttive che siano utilizzate come parametro di valutazione di condotte individuali, anche a scapito di privati, per effetto di un **rinvio da parte di un regolamento** dell'Unione. In casi del genere, la direttiva rileva non in quanto tale, ma solo al fine di integrare la disciplina contenuta in strumenti direttamente e generalmente efficaci.
4. Va segnalata come **quarta eccezione** il caso di **direttive che attuano un principio generale del diritto o un diritto fondamentale**. Una soluzione del genere è stata adottata dalla Corte in casi in cui dinanzi al giudice nazionale rilevi un principio generale del diritto dell'Unione, al quale una direttiva si limiti a dare «*espressione concreta*», disciplinandone le condizioni di esercizio.
Questo tipo di soluzione non sembra praticabile quando si tratti di principi enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali e la Carta stessa esiga che il principio sia specificato per poter essere applicabile in un giudizio interno.
5. Una **quinta eccezione** è stata prospettata ma **non accettata** dalla Corte nei casi di **successione di norme interne**, di cui la più recente, a differenza della più antica, sia incompatibile con una direttiva. In casi del genere, la direttiva non comporterebbe di per sé effetti negativi a carico di privati, dal momento che essa si limiterebbe ad impedire

l'applicazione della disposizione interna più recente; sarebbe invece lo stesso ordinamento interno, attraverso la norma più antica tornata in vigore, che produrrebbe effetti del genere. La tesi è stata respinta dalla Corte.

Tuttavia, la sentenza è stata resa con riferimento a casi in cui il riconoscimento di effetti diretti avrebbe comportato un aggravamento della responsabilità penale degli imputati.

Raramente la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'efficacia diretta delle **decisioni**.

I dubbi riguardano soprattutto le decisioni che hanno gli Stati membri come destinatari. Nella **sentenza Grad** (causa 9/70), la Corte, occupandosi di una decisione del Consiglio rivolta agli Stati membri, ha riconosciuto la possibilità che tale decisione possa essere invocata non solo dalle istituzioni dell'Unione, ma anche «*da qualsiasi soggetto interessato al suo adempimento*», anticipando in gran parte gli argomenti che sono stati poi utilizzati a proposito delle direttive nella sentenza *Van Duyn* (3.3). La Corte solo recentemente ha avuto occasione di precisare che alle decisioni si applicano le stesse limitazioni individuate a proposito delle direttive.

A qualche incertezza può dar luogo, tuttavia, la giurisprudenza relativa alle **decisioni in materia di aiuti statali alle imprese**. Molto spesso, tali decisioni prescrivono allo Stato membro destinatario l'obbligo di pretendere dalle imprese beneficiarie la restituzione degli aiuti già erogati. In situazioni del genere, lo Stato membro interessato può opporre alle imprese l'obbligo di recupero derivante dalla decisione, creando apparentemente una situazione di **effetto verticale c.d. inverso**, visto che le imprese ricavano uno svantaggio dalla decisione rivolta allo Stato.

A ben vedere, tuttavia, l'effetto sfavorevole per le imprese non deriva dalla decisione in quanto tale, ma dai provvedimenti di attuazione che lo Stato membro è tenuto ad assumere. Si tratta pertanto di un effetto sfavorevole soltanto indirettamente collegabile alla decisione.

3.7. Per quanto riguarda gli atti delle istituzioni emanati nell'ambito di quello che veniva considerato il III pilastro, l'art.34, par.2, TUE escludeva espressamente che le decisioni quadro e le decisioni avessero efficacia diretta. Verosimilmente, nemmeno gli atti appartenenti alle altre categorie di cui all'art.34 TUE o gli atti PESC erano idonei a produrre effetti diretti.

Anche dopo il Trattato di Lisbona «gli effetti giuridici» degli atti adottati dalle istituzioni ai sensi del TUE, cioè dei pilastri non comunitari, «sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati». È verosimile pensare che con tale formula si sia inteso preservare anche la mancanza di effetti diretti di cui parlava l'art.34, par.2, a proposito delle decisioni quadro e delle decisioni.

4. L'obbligo di interpretazione conforme.

4.1. L'individuazione di forme di **efficacia indiretta** del diritto dell'Unione è stata valorizzata in particolare rispetto alle direttive.

4.2. La prima forma di efficacia indiretta consiste nell'**obbligo di interpretazione conforme**: quando sono chiamati ad applicare norme interne, i giudici sono tenuti ad interpretarle, ove possibile, in conformità con il diritto dell'Unione, anche se questo non è direttamente efficace. Tale obbligo si ricollega all'obbligo di **leale collaborazione**, di cui costituisce un'applicazione specifica.

La **differenza tra diretta efficacia e interpretazione conforme** risiede nel fatto che, mentre nel primo caso il giudice disapplica la norma interna confliggente con la norma dell'Unione, nel secondo egli applica pur sempre la norma interna ma interpretandola in modo aderente a quella dell'Unione.

Secondo la giurisprudenza, l'interpretazione conforme delle norme interne non può giungere fino al punto «*che ad un singolo venga opposto un obbligo previsto da una direttiva non trasposta*».

L'obbligo di interpretazione conforme è stato affermato anzitutto quando il giudice nazionale si trova a dover interpretare e applicare le disposizioni che uno Stato membro ha specificamente adottato per attuare una direttiva. In casi del genere, deve presumersi che lo Stato membro abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente agli obblighi derivanti dalla direttiva.

Successivamente, l'obbligo di interpretazione conforme è stato esteso anche a disposizioni nazionali più antiche rispetto alla direttiva e pertanto prive di qualunque legame funzionale con la direttiva stessa.

Da ultimo, la Corte ha chiarito che l'obbligo in questione riguarda «*tutto il diritto nazionale*», senza alcuna distinzione.

4.3. L'obbligo di interpretazione conforme incontra alcuni **limiti**.

In primo luogo, l'obbligo resta subordinato all'**esistenza di un margine di discrezionalità** che consenta all'interprete di scegliere tra più interpretazioni possibili della norma interna. Solamente in questo caso sorge l'obbligo di scegliere l'interpretazione maggiormente conforme alle esigenze del diritto dell'Unione. Se, invece, la norma interna è inequivocabilmente contraria alla norma dell'Unione e questa è priva di efficacia diretta, l'obbligo in esame viene meno. In

altre parole, l'obbligo di interpretazione conforme «non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale».

«L'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva».

La **sentenza** 4 luglio 2006, **Adeneler** è importante perché fornisce l'occasione alla Corte di precisare un secondo limite, di carattere temporale, all'obbligo di interpretazione conforme: l'obbligo non sorge prima della **scadenza del termine di attuazione** della direttiva in questione (Parte III, par. 9.5).

«Nel caso di tardiva attuazione di una direttiva, l'obbligo generale che incombe ai giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva esiste solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima». La Corte però aggiunge che «dalla data in cui la direttiva è entrata in vigore, i giudici degli Stati membri devono astenersi, per quanto possibile, dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da questa direttiva».

La giurisprudenza ha precisato infine che, nell'adempiere al proprio obbligo di interpretazione conforme, il giudice deve osservare i **principi generali** del diritto, compresi quelli a tutela dei diritti fondamentali, ora previsti dalla Carta dei diritti fondamentali: in altri termini, l'interpretazione conforme non può condurre a risultati normativi che si pongano in conflitto con i principi generali.

Tra i principi generali rilevanti in questo contesto, la Corte menziona quello della certezza del diritto e dell'irretroattività. Tali principi trovano in particolare applicazione nel campo penale e si oppongono a che l'interpretazione conforme porti ad un **aggravamento della responsabilità penale degli individui**, creando nuove ipotesi di reato o estendendo il campo d'applicazione di quelle già previste dall'ordinamento interno.

4.4. La distinzione tra obbligo di interpretazione conforme e efficacia diretta è risultata ulteriormente valorizzata dalla **sentenza Pupino** (2005). La Corte ha affermato che tale obbligo sussiste anche riguardo alle **decisioni quadro** adottate nell'ambito dell'allora III pilastro. L'affermazione mantiene la sua importanza anche dopo che il Trattato di Lisbona ha soppresso la categoria delle decisioni quadro. Come si è visto, infatti, gli effetti giuridici di tali atti permangono fino alla loro abrogazione o modifica.

1. «Il carattere vincolante delle decisioni quadro comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale».
2. «Tale competenza (pregiudiziale della Corte di giustizia analoga a quella prevista dall'art. 267 TFUE) sarebbe privata dell'aspetto essenziale del suo effetto utile se i singoli non avessero il diritto di far valere le decisioni quadro al fine di ottenere un'interpretazione conforme del diritto nazionale dinanzi ai giudici degli Stati membri».
3. «Sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni».

5. Il risarcimento del danno.

5.1. Un'altra forma di efficacia indiretta consiste nel riconoscere che la norma dell'Unione, anche se non direttamente efficace, può essere fonte di un diritto al **risarcimento del danno**.

5.2. Non v'è dubbio che, qualora gli organi di uno Stato membro ledano il diritto attribuito ad un singolo da una norma dell'Unione direttamente efficace, provocando un danno, tali organi siano tenuti al risarcimento. In questi casi, il diritto al risarcimento «costituisce il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito».

5.3. Più problematica è l'ipotesi di mancata attuazione di una direttiva priva di efficacia diretta. In questi casi, il comportamento omissivo degli organi statali impedisce il sorgere stesso del diritto che la direttiva intendeva garantire ai singoli, per cui il pregiudizio subito non si rapporta alla lesione di un diritto già sorto, ma ne precede il sorgere. In casi del genere si può perciò parlare di efficacia indiretta della direttiva, posto che il diritto al risarcimento costituisce non già un'integrazione o un'alternativa rispetto ad un diritto principale, ma un diritto a sé stante.

5.4. Le **condizioni** definite dalla giurisprudenza perché il diritto al risarcimento sorga sono tre:

- la norma dell'Unione violata deve essere diretta a conferire diritti ai singoli danneggiati, il cui contenuto possa essere individuato in base alla norma stessa;
- la violazione della norma deve essere sufficientemente grave e manifesta;
- tra la violazione e il danno deve esistere un nesso di causalità diretto.

1. Quanto alla **prima condizione**, nella sentenza *Francovich* la Corte ha affermato che «il risultato prescritto da tale direttiva comporta l'attribuzione ai lavoratori subordinati del diritto ad una garanzia per il pagamento di loro crediti non pagati relativi alla retribuzione», mentre, per quanto riguarda il contenuto di tale garanzia, esso era individuabile in un importo minimo inderogabile.
2. Circa la **seconda condizione**, la Corte la ritiene automaticamente soddisfatta in casi in cui la norma dell'Unione non lascia allo Stato membro alcun apprezzabile margine di discrezionalità. Tale ipotesi si realizza soprattutto qualora lo Stato membro non abbia dato alcuna attuazione ad una direttiva. Non è richiesta la presenza di un particolare **elemento psicologico** (dolo o colpa) da parte degli organi statali responsabili del danno.
3. Circa la **terza condizione**, la giurisprudenza ha escluso la sussistenza del nesso di causalità tra la violazione e il sorgere di taluni danni patrimoniali, sottolineando l'esigenza di tener conto della natura e della finalità della norma violata. Ha, per converso, censurato la normativa nazionale che, nel caso della violazione dell'art.101 TFUE, esige un nesso di causalità diretto tra un'intesa vietata da tale disposizione e il danno economico subito dai terzi, ed esclude radicalmente la risarcibilità del **danno indiretto o collaterale**.

Quanto agli **organi** che, con il loro comportamento, possono mettere in gioco la responsabilità per danni dello Stato membro, la Corte ha riconosciuto che può trattarsi degli **organi legislativi di uno Stato**, di **autorità fiscali**, di una **cassa di previdenza** per dentisti, di un **ente locale**, ma anche del **potere giudiziario**.

Le **condizioni formali e sostanziali** per l'esercizio del diritto al risarcimento, compresa la definizione del giudice competente, dipendono dalle varie legislazioni nazionali, salvo il rispetto dei limiti che tali legislazioni devono osservare quando si applicano ad azioni aventi ad oggetto diritti che trovano la loro fonte in norme dell'Unione.

6. La tutela processuale dei diritti derivanti da norme dell'Unione.

6.1. **Quale fonte regola gli aspetti attinenti all'esercizio in giudizio del diritto dell'Unione?**

In linea di massima può dirsi che, salvo eventuali interventi d'armonizzazione da parte delle istituzioni dell'Unione, la definizione degli **aspetti processuali** spetta all'ordinamento nazionale dello Stato membro nel cui ambito la norma dell'Unione è azionata. Secondo il principio affermato nella sentenza *Rewe* (1976), «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta».

6.2. Tale principio è noto come principio dell'**autonomia processuale degli Stati membri**.

Esso tuttavia non è assoluto. Non sempre le norme processuali nazionali possono essere applicate alle azioni esercitate per la tutela di diritti originati da una fonte dell'Unione.

Le **condizioni** perché il principio in discussione possa valere sono due (e sono cumulative):

- le modalità definite dal diritto nazionale per l'esercizio di posizioni che derivano dal diritto dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelle applicate per la protezione in via giudiziaria di posizioni analoghe, di origine puramente interna (**principio di equivalenza**);
- le modalità non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti derivanti da norme dell'Unione (**principio di effettività**).

Il principio di equivalenza può essere considerato come una manifestazione del principio generale di non discriminazione. Il principio di effettività invece si ricollega al diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Una questione rimasta aperta è quella di stabilire se, nel caso di un diritto attribuito da una direttiva inattuata, i **termini di prescrizione o di decadenza** previsti dal diritto nazionale comincino a decorrere prima che lo Stato membro interessato abbia provveduto all'attuazione della direttiva stessa. Nella sentenza *Iaia* (2011), è stato riconosciuto che «il diritto dell'Unione osta a che un'autorità nazionale eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole soltanto se, con il suo comportamento, essa è stata all'origine della tardività del ricorso, privando così il ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti che gli spettano in forza di una direttiva dell'Unione».

«Nel caso di infrazioni continuate o ripetute, non è escluso che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e in tal caso chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si trova nell'impossibilità di presentare un ricorso».

Il principio di effettività è stato applicato anche alle disposizioni nazionali che **garantiscono l'intangibilità delle sentenze passate in giudicato** quando dette sentenze cristallizzano una violazione del diritto dell'Unione. Il principio di effettività s'oppone alla conservazione degli effetti di una sentenza definitiva quando questa impedisce al giudice adito di trarre le conseguenze della violazione dell'art.108, par.3, TFUE.

6.3. Il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri e i limiti di tale principio si applicano anche nel caso di azioni per ottenere il **risarcimento del danno** imputabile agli organi statali per violazione del diritto dell'Unione.

Il principio di interpretazione conforme delle norme dell'Unione può incidere anche sull'applicazione delle norme processuali interne, siano esse penali o civili.

7. Il primato del diritto dell'Unione.

7.1. La capacità del diritto dell'Unione di produrre effetti diretti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri pone il problema dei conflitti che possono sorgere tra norma dell'Unione e norme interne incompatibili. Conflitti del genere sono risolti in base al **principio del primato del diritto dell'Unione**, secondo il quale, quando la norma dell'Unione direttamente efficace in contra una norma interna incompatibile, perché ne impedisce parzialmente o totalmente l'applicazione, la prima prevale sulla seconda.

7.2. Da un punto di vista logico, il principio del primato si salda con quello dell'efficacia diretta: se l'efficacia diretta non si accompagnasse al primato, la norma dell'Unione non potrebbe concretamente creare diritti in capo ai soggetti di quegli ordinamenti degli Stati membri in cui fossero presenti norme interne incompatibili. L'efficacia della norma dell'Unione varierebbe così da uno Stato membro all'altro.

Il principio del primato inteso come prevalenza immediata della norma dell'Unione su ogni norma interna incompatibile non vale invece in assenza di efficacia diretta. In altri termini, la norma dell'Unione che sia priva di effetti diretti non può essere applicata direttamente dal giudice e pertanto non può portare alla disapplicazione della norma interna incompatibile.

Ciò non vuol dire che la norma dell'Unione priva di effetti diretti non goda anch'essa del primato nei confronti del diritto interno incompatibile. Si tratterà però di un primato privo dell'effetto di disapplicazione diretta da parte dei giudici nazionali, ma che pur sempre comporterà l'effetto dell'obbligo di interpretazione conforme e quello del risarcimento dei danni.

Né può dirsi che una norma priva di efficacia diretta abbia una minore forza obbligatoria nei confronti degli Stati membri. Anche la violazione di una norma del genere può infatti essere oggetto di un ricorso per infrazione ai sensi degli artt.258 e ss. TFUE.

Di recente la Corte sembra tuttavia disponibile a dissociare il concetto di primato da quello di efficacia diretta, esigendo dal giudice la disapplicazione di norme interne incompatibili con norme dell'Unione senza prendere esplicita posizione sul se le norme dell'Unione siano davvero direttamente efficaci.

Esempi del genere si registrano nella giurisprudenza relativa agli aspetti procedurali per l'esercizio dei diritti individuali derivanti da norme dell'Unione. La Corte impone al giudice la disapplicazione di norme procedurali del proprio ordinamento in quanto incompatibili con il principio di effettività o quello di equivalenza, ma non si preoccupa di accertare che il principio in questione o la norma di diritto sostanziale alla cui tutela il principio è asservito siano sufficientemente precisi e incondizionati al punto di esigere la disapplicazione di quelle specifiche norme processuali nazionali.

Da questi precedenti, potrebbe trarsi l'impressione che nel caso di **norme interne di carattere processuale**, il principio del primato con l'effetto di disapplicazione della norma interna incompatibile non richieda la previa verifica dell'efficacia diretta della norma dell'Unione ovvero consenta la verifica dei requisiti dell'efficacia diretta con minore severità.

7.3. A cedere di fronte al diritto dell'Unione sono le norme interne di qualunque rango.

Il principio del primato si è affermato in via giurisprudenziale. Esso è stato esplicitato per la prima volta dalla Corte nella **sentenza** 15 luglio 1964, causa 6/64, **Costa c. Enel**. La legge italiana di nazionalizzazione dell'energia elettrica, di cui il sig. Costa contestava la compatibilità con alcuni articoli del TCE, era infatti successiva alla legge contenente l'ordine d'esecuzione del trattato stesso. Il Governo italiano sosteneva l'inammissibilità assoluta della questione pregiudiziale del Giudice conciliatore di Milano, affermando che il giudice nazionale è comunque tenuto ad applicare la legge interna. Secondo la Corte, invece, l'integrazione del diritto dell'Unione nell'ordinamento in terno di ciascuno Stato membro « *ha per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro, in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato. Scaturito da una fonte autonoma, il diritto originato 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 risulti scosso il fondamento stesso della Comunità* ». **Un atto statale successivo al TCE ma con esso incompatibile «sarebbe del tutto privo di efficacia».**

Il principio del primato può incontrare un **limite** nel caso di contrasto tra norme dell'Unione e norme nazionali, sostanziali o processuali, che siano necessarie per assicurare la **tutela di diritti fondamentali** garantiti anche dall'ordinamento dell'Unione.

In casi del genere, la Corte afferma che «*la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato*».

7.4. Di fronte alle incertezze manifestate dalla giurisprudenza di alcuni giudici nazionali, in particolare della Corte costituzionale italiana, la Corte di giustizia è intervenuta per precisare meglio la portata dei principi affermati nella sentenza *Costa c. Enel*.

Secondo la Corte, l'ordinamento dell'Unione non solo impone la prevalenza della norma di questo ordinamento sulla norma interna incompatibile, ma determina altresì le **modalità** attraverso cui tale prevalenza deve trovare applicazione e in particolare l'**organo competente** a farla valere.

La Corte riconosce, in particolare, che «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (**sentenza Simmenthal**, 1978).

In questa sentenza, il Pretore chiede alla Corte di giustizia se la diretta applicabilità delle norme comunitarie vada intesa «nel senso che eventuali disposizioni nazionali successive con esse contrastanti vanno immediatamente disapplicate senza che si debba attendere la loro rimozione ad opera dello stesso legislatore nazionale o di altri organi costituzionali». La Corte risponde affermativamente.

Nemmeno è compatibile con il principio del primato la prassi giurisprudenziale sviluppatasi in uno Stato membro che, per ragioni di tutela del legittimo affidamento dei soggetti coinvolti, preveda che, nei giudizi tra privati, la disapplicazione della norma avvenga solo dopo che sia stato effettuato un **rinvio pregiudiziale** alla Corte di giustizia ai sensi dell'art.267 TFUE in merito all'interpretazione della norma dell'Unione in discussione.

La Corte di giustizia afferma che prima di procedere alla disapplicazione di una norma per contrarietà ad una norma dell'Unione, «il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, non è tenuto, ma ha la facoltà di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione» della norma in questione.

La Corte è stata spesso interrogata sullo **status della norma interna incompatibile** con quella dell'Unione e pertanto destinata ad essere disapplicata.

L'orientamento attuale della Corte è che il fenomeno della disapplicazione quale conseguenza del primato non postula che la norma interna incompatibile debba essere considerata invalida. Le eventuali conseguenze sul piano della costituzionalità della norma interna e pertanto la necessità o almeno la possibilità di farne dichiarare la incostituzionalità secondo le procedure previste da ciascun ordinamento nazionale non sono questioni disciplinate dal diritto dell'Unione ma dal diritto interno applicabile.

L'orientamento risulta con particolare chiarezza dalla **sentenza Filipiak** (2009). La Corte chiarisce che «*il conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del Trattato direttamente applicabile si risolve, per un giudice nazionale, con l'applicazione del diritto comunitario, disapplicando, se necessario, la disposizione nazionale confliggente, e non dichiarando la nullità della disposizione nazionale, in quanto la competenza al riguardo degli organi e dei giudici è riservata a ciascuno Stato membro*». L'obbligo di disapplicare la norma interna incompatibile tuttavia «*non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario*».

7.5. L'esigenza di assicurare la tutela giurisdizionale immediata delle norme dell'Unione produttive di effetti diretti implica altresì il potere per il giudice nazionale di emanare provvedimenti provvisori, che comportino la **sospensione dell'applicazione di una norma interna**, in attesa che sia definitivamente accertata (mediante rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) l'incompatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione.

Secondo la Corte, «*la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice nazionale, chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario, di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario*».

7.6. La circostanza che una norma interna sia incompatibile con il diritto dell'Unione, e vada pertanto disapplicata dal giudice nazionale in forza del principio del primato, non esime lo Stato membro interessato dal provvedere alla **abrogazione della norma incompatibile** o alla sua modifica. In mancanza, la permanenza della norma nell'ordinamento

dello Stato membro «*mantiene gli interessati in uno stato di incertezza circa la possibilità loro garantita di fare appello al diritto comunitario*» (**sentenza Commissione c. Italia** [1988]).

Anche la Corte costituzionale considera che lo Stato italiano è tenuto ad apportare «*le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie*» → sentenza n. 389, *Provincia autonoma di Bolzano* (1989).

8. Segue: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

8.1. La piena accettazione del principio del primato da parte della Corte costituzionale italiana è risultata particolarmente difficoltosa.

Inizialmente la Corte parte dall'assunto che, secondo l'ordinamento costituzionale italiano, l'unico procedimento attraverso cui una legge in vigore può essere resa inapplicabile è la dichiarazione d'incostituzionalità ai sensi dell'art.134 Cost. Essa si preoccupa perciò di individuare un «aggancio» che le consenta di riconoscere valenza costituzionale al diritto dell'Unione e comporti, come conseguenza, l'incostituzionalità della norma di legge contraria.

Nella sentenza *Costa c. Enel*, tale aggancio non viene rinvenuto. L'attenzione della Corte si focalizza sulla legge di esecuzione del TCE, la quale è una legge ordinaria. Da ciò, la Corte costituzionale deduce che anche le norme del TCE hanno il rango di legge ordinaria e sono pertanto destinate a cedere di fronte ad una norma di legge successiva.

La Corte esclude che la legge contenente disposizioni difformi dal trattato sia «*incostituzionale per violazione indiretta dell'art.11 Cost. attraverso il contrasto con la legge esecutiva del Trattato*». Secondo la Corte, infatti, l'art.11 «*non attribuisce un particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del Trattato*». Ne consegue che, ferma restando la responsabilità dello Stato per violazione dei propri obblighi derivanti dal TCE, «*deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori*» alla legge esecutiva e «*ogni ipotesi di conflitto tra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità*». In conclusione, in caso di legge (precedente o successiva) incompatibile con il TCE, si pone una mera questione di successione di leggi nel tempo, che deve essere risolta dal giudice di merito e non dalla Corte costituzionale.

Il contrasto tra questa posizione e quella assunta dalla Corte di giustizia è netto: secondo la Corte di giustizia il giudice nazionale deve sempre applicare le norme dei trattati, disapplicando qualsiasi norma interna contraria; secondo la Corte costituzionale, invece, il giudice italiano può applicare le norme dei trattati (e degli atti di diritto derivato) solo se non sia intervenuta una legge interna successiva incompatibile.

8.2. Un primo avvicinamento della posizione della Corte costituzionale rispetto a quella della Corte di giustizia avviene con la **sentenza I.C.I.C.** (1975). La Corte costituzionale, valorizzando maggiormente l'art.11 Cost., ne deduce che tale norma non solo consente all'Italia di accettare limitazioni di sovranità con legge ordinaria, ma esige altresì che il legislatore rispetti le limitazioni di sovranità così accettate e, in particolare, non ostacoli, attraverso l'emanazione di leggi successive incompatibili o anche meramente riproduttive, la diretta applicabilità dei regolamenti prescritta dall'art.288, 2° comma, TFUE. In simili evenienze, la norma di legge è incostituzionale per violazione dell'art.11. Tuttavia, secondo la Corte costituzionale, tale vizio non può portare alla disapplicazione della norma di legge direttamente da parte del giudice ordinario, rendendosi invece sempre necessario il ricorso alla Corte costituzionale.

Riassumendo, per effetto del principio della successione delle leggi nel tempo, il giudice italiano ha il potere di disapplicare una norma di legge interna contraria al diritto dell'Unione qualora la legge preceda nel tempo la norma dell'Unione europea, ma non ha il potere di fare altrettanto qualora il rapporto temporale sia inverso: in questo caso, il giudice non potrà fare altro che sollevare la questione di legittimità costituzionale e attendere la decisione della Corte costituzionale.

Questa soluzione presentava il vantaggio che le sentenze di incostituzionalità hanno valore generale e privano la norma incostituzionale di efficacia, rimuovendola definitivamente dall'ordinamento. Essa, però, presentava anche rilevanti difetti.

- In primo luogo, il ruolo della Corte costituzionale era ridotto a una funzione puramente «notarile», perché, in numerose ipotesi, il conflitto tra norma comunitaria e norma interna era talmente evidente che la Corte si limitava a prenderne atto.
- In secondo luogo, l'intervento della Corte costituzionale ritardava il momento a partire dal quale il giudice poteva applicare direttamente la norma dell'Unione, che restava quindi «paralizzata» sino alla pronuncia di incostituzionalità della norma interna.

8.3. Il sopravvenire della sentenza *Simmenthal* costringe la Corte costituzionale a modificare nuovamente il proprio orientamento. L'occasione viene fornita dalla **sentenza Granital** (1984).

L'aspetto di maggiore novità consiste nel rifiuto di assimilare le norme dell'Unione a norme nazionali di legge. Da ciò discende l'impossibilità di applicare ai conflitti tra le une e le altre i metodi di risoluzione previsti per l'ipotesi di conflitto tra norme entrambe appartenenti all'ordinamento italiano, compresa la dichiarazione di

incostituzionalità. Trattandosi di norme di ordinamenti diversi, gli eventuali conflitti vanno risolti in base ad un diverso criterio: il **criterio della competenza**.

Secondo la Corte «l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi sono, come esige il Trattato di Roma, necessariamente coordinati; il coordinamento discende, a sua volta, dall'aver la legge d'esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art.11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate».

Occorrerà pertanto stabilire se la materia rientri tra quelle in relazione alle quali l'Italia ha accettato, in conformità con l'art.11 Cost, di limitare la propria sovranità in favore dell'Unione. Tale compito va svolto dal giudice ordinario e non richiede l'intervento della Corte costituzionale. Qualora risulti che la materia rientra effettivamente nella competenza che i trattati attribuiscono alle istituzioni dell'Unione, il giudice italiano, senza dare importanza all'aspetto cronologico, «accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sopranazionale, cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva».

La soluzione prospettata, tuttavia, vale solo «se e quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca in una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno», come nel caso dei regolamenti.

La giurisprudenza successiva ha riconosciuto che il potere del giudice di applicare direttamente le norme dell'Unione, lasciando inapplicate le leggi interne incompatibili, va esteso a tutte le fonti comunitarie capaci di produrre effetti diretti.

8.4. La soluzione elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza *Granital*, benché molto vicina, nel risultato pratico, a quanto richiesto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Simmenthal*, lascia sopravvivere alcune **differenze**.

Da un punto di vista teorico, la separatezza dell'ordinamento statale rispetto a quello dell'Unione su cui insiste la Corte costituzionale non corrisponde alla visione integrazionista fatta propria dalla Corte di giustizia nella sentenza *Simmenthal*. Secondo la Corte costituzionale, d'altronde, la norma di legge confliggente con la norma dell'Unione non è invalida come sembrava sostenere allora la Corte di giustizia. Poiché il regolamento comunitario «non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni», secondo la Corte costituzionale la legge interna resta in vigore «ma non interferisce nella sfera occupata da tale atto».

La Corte costituzionale, inoltre, esclude in due ipotesi il potere del giudice di applicare immediatamente la norma dell'Unione e di disapplicare l'eventuale legge interna confliggente, esigendo invece che sia sollevata questione di costituzionalità. Si tratta pertanto di casi ancora oggi riservati alla **competenza residua della Corte costituzionale**.

8.5. La prima ipotesi riguarda l'eventualità di una **norma del l'Unione contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti dell'uomo**.

Sentenza Frontini (1973) → la Corte afferma che è da escludersi che le limitazioni di sovranità accettate in conformità dell'art.11 Cost. «possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana».

Il giudice nazionale che fosse chiamato ad applicare una norma dell'Unione sospettata di violare i predetti principi, sarebbe pertanto tenuto a sollevare questione di costituzionalità relativamente alla legge d'esecuzione dei trattati, in quanto da tale legge deriverebbe l'applicazione in Italia di una norma del genere. La descritta riserva è nota in dottrina come **teoria dei contro-limiti**.

La competenza rivendicata dalla Corte costituzionale confligge inevitabilmente con la competenza esclusiva della Corte di giustizia a giudicare della violazione dei diritti dell'uomo da parte di atti delle istituzioni. Non è chiaro, peraltro, se la Corte imponga che il giudice *a quo* si rivolga prima alla Corte di giustizia, interrogandola, ai sensi dell'art.267 TFUE, sulla validità dell'atto in questione per violazione dei diritti umani protetti dall'ordinamento dell'Unione, e sollevi questione di costituzionalità solo in caso di risposta insoddisfacente a tale questione.

8.6. La seconda ipotesi in cui la Corte Costituzionale si riserva il potere di intervenire si ha in presenza di **norme di legge dirette ad impedire il rispetto dei principi fondamentali dei trattati**.

L'ipotesi descritta si porrebbe per «quelle statuizioni di legge statale, che si assumono costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema e al nucleo essenziale dei suoi principi» (sentenza *Granital*). Dovrebbe perciò trattarsi di casi caratterizzati da particolare gravità e da una comprovata intenzione di impedire l'applicazione in Italia di interi settori del diritto dell'Unione. In casi del genere (che non si sono finora posti), «la Corte sarebbe quindi chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuni dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge d'esecuzione del Trattato in diretto e puntuale adempimento dell'art.11 Cost.».

8.7. La competenza della Corte costituzionale a conoscere di conflitti tra norma dell'Unione e norme interne sussiste anche in tutte quelle ipotesi che si pongano al di fuori del giudizio di costituzionalità in via incidentale. Qualora, infatti, un conflitto del genere venga in rilievo nell'ambito di una delle sue **competenze dirette** (giudizio di costituzionalità in via principale, giudizio sui conflitti d'attribuzione, giudizio sull'ammissibilità dei *referendum*), la Corte costituzionale è chiamata a risolverlo, rispettando, come tutti gli organi dello Stato, il principio del primato.

8.8. Con la riforma del Titolo V della Costituzione, il principio del primato ha trovato un'esplicita consacrazione nel nuovo testo dell'**art.117, 1° comma**, che così recita: «**La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario**».

La previsione di una norma costituzionale che espressamente impone al legislatore statale e regionale il rispetto dell'«*ordinamento comunitario*» non ha rimesso in discussione la soluzione data in precedenza dalla Corte costituzionale al problema dei conflitti tra norma dell'Unione e norma di legge incompatibile. Resta salvo, pertanto, il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare direttamente la norma interna incompatibile secondo la soluzione delineata a partire dalla sentenza *Granital*, senza dover ricorrere al giudizio di costituzionalità in via incidentale.

Per quanto riguarda invece le competenze dirette della Corte costituzionale e, in particolare, il giudizio di costituzionalità in via d'azione riguardo a leggi statali o regionali impugnate per mancato rispetto del diritto dell'Unione, l'art.117, 1° comma, Cost. costituisce ormai il parametro di costituzionalità naturale.

8.9. Nel caso di contrasto rispetto ad una **norma dell'Unione priva di efficacia diretta**, il giudice, non potendo procedere alla disapplicazione della legge interna, deve sollevare davanti alla Corte costituzionale eccezione di costituzionalità per violazione degli artt.11 e 117, 1° comma, Cost. Il principio è stato affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza *M.K.P.* (2010).

PARTE 5 - IL SISTEMA DI TUTELA GIURISPRUDENZIALE

1. Considerazioni generali.

1.1. L'ordinamento dell'Unione comprende un sistema di tutela giurisdizionale che assicura la protezione delle posizioni giuridiche sorte per effetto del diritto dell'Unione. Tale sistema è ripartito su due livelli:

- la Corte di giustizia dell'Unione europea;
- gli organi giurisdizionali degli Stati membri.

Al primo livello spettano in via esclusiva alcune azioni tassativamente enumerate dai trattati, che i soggetti interessati possono proporre direttamente davanti ad una delle articolazioni della Corte di giustizia (**competenze dirette**) (**art.19, par.3, lett. a, TUE**):

- a) **ricorsi per infrazione**, che vengono proposti nei confronti di uno Stato membro accusato di aver violato gli obblighi derivanti dai trattati (artt.258-259 TFUE);
- b) **ricorsi d'annullamento**, attraverso i quali viene contestata la legittimità di atti delle istituzioni (art.263 TFUE);
- c) **ricorsi in carenza**, attraverso i quali si vuole far constatare l'illegittimità delle omissioni addebitabili alle istituzioni (art.265 TFUE);
- d) **ricorsi per risarcimento**, che hanno ad oggetto la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni (art.268 TFUE).

Al di fuori di tali azioni, vige invece la competenza dei giudici nazionali. I soggetti interessati all'applicazione di una norma dell'Unione possono infatti rivolgersi ai giudici nazionali e chiedere loro di assicurare la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche loro spettanti. Secondo l'art.19, par.1, 2° comma, TUE, infatti, «*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*».

Il carattere speciale delle competenze della Corte di giustizia rispetto alla competenza generale dei giudici nazionali risulta confermato dall'art.274 TFUE, che recita: «*Fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dai trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali*». Anche un'azione proposta da un'istituzione dell'Unione, ma che non rientri in alcuna delle competenze riservate alla Corte di giustizia, va proposta dinanzi al giudice nazionale.

1.2. I due livelli di tutela giurisdizionale non operano in maniera del tutto distinta. Per evitare che, nell'applicare il diritto dell'Unione, i giudici degli Stati membri possano pregiudicare l'uniformità delle disposizioni di tale diritto, interpretandole come se si trattasse di norme appartenenti al rispettivo ordinamento nazionale, i trattati hanno previsto uno strumento di raccordo con la Corte di giustizia: la c.d. procedura del **rinvio pregiudiziale**, disciplinata dall'**art.267 TFUE**. Attraverso di essa il giudice nazionale ha la facoltà o, in taluni casi, l'obbligo di deferire alla Corte di giustizia le questioni riguardanti il diritto dell'Unione.

Quando si pronuncia su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale ai sensi dell'art.267 TFUE, la Corte esercita una competenza meramente indiretta.

1.3. Secondo la Corte di giustizia, tale sistema di tutela giurisdizionale è, in linea di principio, completo. L'ordinamento dell'Unione, infatti, rispetta il principio generale del diritto ad una **tutela giurisdizionale effettiva**, sancito dagli artt.6 e 13 della CEDU e dall'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ne consegue che:

- da un lato, il titolare di una posizione soggettiva derivante da norme dell'Unione europea deve avere la possibilità di esperire un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice competente contro gli atti delle autorità pubbliche di uno Stato membro che violino tale sua posizione.
- dall'altro lato, un soggetto che venga pregiudicato da un atto delle istituzioni deve potere ottenere il controllo giurisdizionale della validità di tale atto.

Qualora dovessero darsi delle **lacune**, nel senso che manchi un rimedio giurisdizionale utilizzabile per ottenere la protezione di determinate posizioni soggettive, queste dovrebbero essere colmate attraverso un'interpretazione evolutiva delle norme applicabili. Perché si possa parlare di lacune è tuttavia necessario prendere in considerazione i rimedi esistenti tanto a livello dell'Unione, quanto a livello nazionale. Il sistema di tutela giurisdizionale va infatti esaminato nella sua unità.

Nell'ipotesi che nessun rimedio giurisdizionale effettivo esista né a livello di Corte di giustizia né a livello nazionale, sorge la necessità di colmare la lacuna in via interpretativa. Ciò può portare ad interpretazioni particolarmente estensive tanto di norme dei trattati, quanto di norme degli Stati membri.

1.4. Prima della riforma del Trattato di Lisbona, né il secondo, né il terzo pilastro dell'Unione disponevano di un sistema di tutela giurisdizionale analogo a quello stabilito per il pilastro comunitario.

La soppressione della distinzione tra pilastri dovuta al Trattato di Lisbona ha in parte comportato il venir meno di tale situazione.

Riguardo alla **PESC**, l'art.24, par.1, 2° comma, TUE, e l'art.275, 1° comma, TFUE continuano invece ad escludere, in linea generale, la competenza della Corte in ordine alle disposizioni dei trattati relative alla PESC e agli atti adottati in virtù di tali disposizioni. Il 2° comma dell'art.275 ha tuttavia introdotto un'eccezione, costituita dal ricorso d'annullamento speciale, avente ad oggetto le «*decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del TUE*».

La Corte ha inoltre ritenuto di essere competente a valutare la legittimità di un atto PESC che comporti misure restrittive anche nell'ambito del **rinvio pregiudiziale di validità** ai sensi dell'art.267 TFUE.

In ogni caso, la Corte non ha esitato ad affermare che la limitazione della sua competenza in ambito PESC costituisce un'eccezione alla regola generale posta dall'art.19 TUE sulla competenza giurisdizionale della Corte, e che pertanto tali norme devono essere interpretate restrittivamente.

Tenuto conto delle differenze tra le competenze attribuite alla Corte di giustizia in merito al controllo di legittimità degli atti delle istituzioni adottati in base ai vari ex pilastri, risulta ancora oggi determinante, anche sotto questo profilo, che la scelta della base giuridica con riferimento ad uno o ad un altro settore avvenga in modo corretto. Come si è visto, la Corte è competente a verificare la legittimità di tale scelta: secondo l'art.275, par.2, TFUE, «*la Corte è competente a controllare il rispetto dell'art.40 del TUE*».

2. Il ricorso per infrazione.

2.1. Il ricorso per infrazione è disciplinato dagli **artt.258-259 TFUE**. Inoltre, l'**art.260** definisce la portata degli obblighi gravanti sullo Stato membro in caso di accoglimento del ricorso e le conseguenze dell'eventuale violazione di tali obblighi.

L'oggetto del ricorso è la violazione da parte di uno Stato membro di «uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati».

2.2. Per **Stato membro** va inteso lo **Stato-organizzazione**, comprensivo di tutte le articolazioni in cui è organizzato l'esercizio del potere pubblico sul territorio statale.

Nel quadro di un ricorso per infrazione, uno Stato membro può pertanto essere chiamato a rispondere non solo di comportamenti di organi facenti capo al Governo nazionale, ma anche di comportamenti imputabili a poteri indipendenti rispetto a quello esecutivo o ad enti territoriali dotati di autonomia e di competenze esclusive.

2.3. L'oggetto del ricorso può riguardare la violazione di qualsiasi **obbligo** derivante direttamente dai trattati o dagli atti adottati in base ad essi → frequenti sono i ricorsi per mancata o non corretta attuazione delle direttive entro il termine.

Sono previste tuttavia alcune **eccezioni** per cui il ricorso di infrazione non è esperibile.

1. Una prima eccezione riguarda il rispetto del divieto di disavanzi eccessivi (art.126 TFUE), la cui violazione è sottratta all'applicazione degli artt.258-259.

In alternativa è prevista una procedura sanzionatoria di carattere politico, affidata al Consiglio.

2. Una seconda eccezione riguarda le materie rientranti nella **PESC** e, in passato, quelle rientranti nei settori dell'**ex III Pilastro**.

Il ricorso per infrazione non è esercitabile per violazioni commesse dagli Stati membri nell'ambito della PESC e non lo è stato, per un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nemmeno per violazioni collegate agli atti adottati prima di questa data nel settore della Cooperazione di polizia e della Cooperazione giudiziaria in materia penale.

3. Una terza eccezione ha ad oggetto alcune **violazioni dei diritti dell'uomo** da parte degli Stati membri.

Il ricorso per infrazione è esperibile solo qualora il comportamento di uno Stato membro che si sostiene compatti violazione dei diritti dell'uomo sia stato adottato dallo Stato membro in attuazione di una norma contenuta nei trattati o di un atto delle istituzioni o comunque rientri nel campo d'applicazione del diritto dell'Unione. Tuttavia, per le ipotesi di «violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art.2» (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani, compresi quelli delle persone appartenenti a minoranze), l'art.7, par.2 e ss., TUE, prevede una procedura di constatazione affidata ad una delibera unanime del Consiglio europeo, previa approvazione del Parlamento europeo, cui può far seguito una decisione del Consiglio, a maggioranza qualificata, che fisserà delle sanzioni a carico dello Stato membro interessato.

La **violazione** che può costituire l'oggetto di un ricorso per infrazione è presa in considerazione nel suo obiettivo manifestarsi. Non è pertanto necessario dimostrare la presenza di un atteggiamento psicologico di colpa o di dolo da parte dello Stato membro o dei suoi organi. D'altro canto, lo Stato membro non può addurre giustificazioni tratte da eventi interni quali lo scioglimento anticipato del Parlamento nazionale o una crisi di governo, né può invocare particolari difficoltà derivanti, ad es., dalla necessità di rispettare determinati adempimenti costituzionali o la ripartizione delle competenze in terra tra Stato e Regioni o altri enti territoriali. Né, infine, può addurre motivi fondati su cause di forza maggiore o di ordine pubblico. Così come nemmeno è possibile trarre giustificazioni dal comportamento, anch'esso contrario al diritto dell'Unione, tenuto da altri Stati membri.

Caso *Commissione c. Italia* (2010) → si afferma il **carattere oggettivo** dell'accertamento dell'inadempimento, il quale prescinde pertanto da difficoltà tecniche, dalla volontà dello Stato membro o da sua negligenza.

2.4. Il procedimento per proporre un ricorso per infrazione varia a seconda del soggetto che ne assume l'iniziativa.

L'art.258 TFUE disciplina l'ipotesi più frequente, che sia la **Commissione**, in quanto custode della legalità comunitaria ad aprire il procedimento. L'art.259, invece, contempla la possibilità che ad agire sia uno **Stato membro**.

Non è consentito ad altri soggetti, in particolare ai **singoli**, aprire il procedimento e, in generale, rivolgersi direttamente alla Corte per far valere la violazione un obbligo derivante dai trattati da parte di uno Stato membro. Essi potranno semmai denunciare la violazione alla Commissione o al proprio Stato membro per sollecitarli ad intervenire.

In entrambi i casi sono previste due fasi:

1. una **fase precontenziosa preliminare** → ha due scopi:

- A. In primo luogo, favorisce la composizione amichevole della controversia riguardante il rispetto degli obblighi dei trattati. Imponendo alle parti di discutere tra di loro e di confrontare le posizioni, si può evitare l'intervento della Corte.
- B. In secondo luogo, la fase ha uno scopo processuale: il suo svolgimento è condizione di ricevibilità del ricorso alla Corte.

2. una **fase contenziosa** vera e propria, che si svolge dinanzi alla Corte → prevede il ricorso alla Corte di giustizia e l'emanazione di una decisione giudiziaria.

2.5. Nel caso disciplinato dall'art.258, la scelta di dare **avvio al procedimento**, quella di portarlo avanti con maggiore o minore celerità e persino quella di porvi termine spettano alla Commissione, che gode in proposito di un ampio potere discrezionale.

Non è dunque possibile proporre un ricorso in carenza ai sensi dell'art.265 TFUE contro l'omessa o ritardata apertura o conclusione del procedimento.

Nemmeno è possibile, a colui che abbia denunciato alla Commissione il comportamento di uno Stato membro, chiedere l'annullamento ai sensi dell'art.263, 4° comma, TFUE della lettera con cui la Commissione respinge tale denuncia.

A norma dell'art.258, 1° comma, «la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni».

In pratica, la fase precontenziosa si articola nei seguenti momenti:

- invio allo Stato membro di un atto non formale, noto come **lettera di messa in mora**, con cui la Commissione, dopo aver contestato allo Stato membro determinati comportamenti, gli assegna un termine entro il quale presentare le proprie osservazioni;
- presentazione delle **osservazioni** da parte dello Stato membro (in mancanza, la Commissione può passare alla fase successiva);
- emissione di un **parere motivato**, mediante il quale la Commissione espone in via definitiva gli addebiti mossi allo Stato e lo invita a conformarsi entro il termine fissato.

L'atto finale della fase precontenziosa è costituito da un atto non obbligatorio, con il quale la Commissione si limita ad esprimere la propria opinione. Nel sistema del TFUE, infatti, il potere di constatare l'infrazione commessa da uno Stato membro non spetta alla Commissione, ma alla Corte. Ne consegue che lo Stato membro non è obbligato a conformarsi al parere motivato, ma lo farà solo se preferisce evitare il ricorso alla Corte di giustizia. La circostanza che il parere motivato non sia atto obbligatorio, ne esclude l'impugnabilità ai sensi dell'art.263 TFUE.

Nella prassi, tuttavia, il dialogo tra la Commissione e lo Stato membro è molto più articolato e passa attraverso lo scambio di numerose lettere e la tenuta di uno o più incontri tra funzionari dello Stato e della Commissione.

Per alcune materie si applica un **procedimento speciale**, in cui non è necessario esperire la fase precontenziosa. Il caso più importante è previsto dall'art.108, par.2, TFUE in materia di controllo sugli **aiuti di Stato** alle imprese.

In tale ambito la Commissione, «dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni», assume una vera e propria decisione, con cui obbliga lo Stato che abbia concesso un aiuto incompatibile, a «sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato». Se lo Stato membro non vi provvede, la Commissione «può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea in deroga agli artt.258 e 259».

2.6. Il passaggio alla **fase contenziosa** è possibile solo una volta che il termine fissato nel parere motivato sia decorso invano. Ai sensi del 2° comma dell'art.258, «qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea».

La Commissione non è obbligata a ricorrere alla Corte, né a farlo entro un termine predeterminato.

Una volta presentato il ricorso alla Corte, invece, l'eventuale eliminazione da parte dello Stato membro della violazione conte stata non comporta alcuna conseguenza sull'esito del giudizio (a meno che la stessa Commissione non accetti di rinunciare al ricorso): la situazione di infrazione, in altri termini, si cristallizza al momento della presentazione del ricorso. Pertanto, eventi successivi restano irrilevanti.

Spetta comunque alla Commissione l'onere di dimostrare l'esistenza dell'inadempimento dedotto e di fornire le prove necessarie affinché la Corte possa accertare l'esistenza di tale inadempimento.

Lo Stato può solo confutare gli argomenti della Commissione.

2.7. La fase contenziosa termina con una **sentenza** della Corte. Dall'art.260 TFUE si evince che, in caso di accoglimento del ricorso, la Corte si limita a riconoscere che lo Stato membro ha mancato ad un obbligo derivante dai trattati: si tratta di una **sentenza di mero accertamento**.

Lo stesso art.260, par.1, tuttavia, prevede che lo Stato membro «è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta». La sentenza non indica a quali adempimenti lo Stato membro dovrà dar corso e neppure il termine entro cui dovrà provvedere.

Per quanto riguarda la portata dell'obbligo cui soggiace lo Stato membro in seguito alla sentenza della Corte, lo Stato membro deve:

- cessare immediatamente di applicare i provvedimenti nazionali in cui si concreta la violazione dell'obbligo derivante dai trattati; e
- adottare nel minor tempo possibile tutti i provvedimenti necessari per eliminare completamente la situazione che aveva dato vita all'infrazione constatata dalla sentenza della Corte.

L'obbligo di abrogazione o di modificazione vale anche quando la norma dell'Unione violata è idonea a produrre effetti diretti.

La mancata (o ritardata) adozione dei provvedimenti necessari a conformarsi alla sentenza può indurre la Commissione ad avviare nei confronti dello Stato membro un **secondo procedimento di infrazione** per violazione dell'art.260. In origine,

tale procedimento non si distingueva rispetto a quello previsto dall'art.258 e non poteva pertanto condurre ad altro che ad una seconda sentenza di accertamento da parte della Corte.

Per accrescere l'efficacia deterrente del secondo procedimento, è stata aggiunta una specifica disciplina, contenuta nel par.2 dell'art.260. La novità consiste nella possibilità che il secondo procedimento possa condurre all'emanazione, a carico dello Stato membro inadempiente, di una vera e propria **sentenza di condanna** al pagamento di una **sanzione pecuniaria**.

Nel caso ritenga che uno Stato membro non abbia preso i provvedimenti imposti da una precedente sentenza della Corte, la Commissione, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare osservazioni, può adire la Corte precisando «l'importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze». La Corte, se riconosce che lo Stato membro non si è conformato alla precedente sentenza, «può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità».

I criteri per il calcolo delle sanzioni sono indicati in comunicazioni della Commissione. La Comunicazione chiarisce la distinzione tra somma forfettaria e penalità di mora e stabilisce tre criteri per la scelta e la definizione delle sanzioni pecuniarie: la gravità dell'infrazione, la sua durata e l'effetto dissuasivo circa la ripetizione dell'inadempimento.

Nel caso di sentenze che impongano il pagamento di una sanzione, l'ordinamento italiano ha previsto che lo Stato possa esercitare un **diritto di rivalsa** nei confronti delle amministrazioni decentrate che si siano rese responsabili della violazione della normativa dell'Unione, per gli oneri finanziari derivanti da «sentenza di condanna».

Una **disciplina speciale** è prevista dal par.3 dell'art.260 per le infrazioni consistenti nel non avere comunicato «le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa». In casi del genere, tanto l'indicazione da parte della Commissione della sanzione da comminare a carico dello Stato inadempiente, quanto la sentenza della Corte con cui la sanzione è comminata «entro i limiti dell'importo indicato dalla Commissione» possono intervenire già all'esito del primo procedimento d'infrazione.

2.8. L'art.259 TFUE disciplina il procedimento di infrazione avviato su **iniziativa di uno Stato membro**. Tale procedura costituisce l'**unico mezzo per risolvere una controversia** tra gli Stati membri circa il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati, essendosi essi impegnati, ai sensi dell'art.344 TFUE, «a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione e all'applicazione dei trattati a un modo di soluzione diverso da quelli previsti dal trattato stesso».

1. La norma prevede che lo Stato membro «deve rivolgersi alla Commissione» (primo comma), chiedendole di agire nei confronti dell'altro Stato membro. La Commissione deve porre in condizione gli Stati interessati «di presentare in contraddittorio le loro osservazioni scritte».
2. Successivamente la Commissione emette un parere motivato (secondo comma).
3. Se però il parere non è stato formulato «nel termine di tre mesi dalla domanda», il primo Stato può presentare ricorso direttamente alla Corte (terzo comma).

Come si vede, nel caso in cui la Commissione scelga di prendere su di sé il caso, il procedimento proseguirà nelle forme previste dall'art.258. In caso di inerzia della Commissione, invece, lo Stato membro riacquista la propria libertà di agire e può adire la Corte di giustizia. In caso di accoglimento del ricorso, la sentenza della Corte avrà le stesse caratteristiche di una sentenza emanata a seguito di ricorso della Commissione.

3. Il ricorso d'annullamento.

3.1. Il ricorso d'annullamento disciplinato dagli artt.263 e ss. TFUE costituisce la forma principale di **controllo giurisdizionale di legittimità** prevista per gli atti delle istituzioni. Esso mira ad ottenere l'annullamento degli atti viziati.

Il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione prevede altre procedure che consentono alla Corte di effettuare un controllo sulla legittimità degli atti delle istituzioni: 1) l'eccezione di invalidità; 2) le questioni pregiudiziali di validità.

La Corte ritiene di essere l'**unico organo competente a controllare la legittimità degli atti delle istituzioni e, se del caso, a dichiararne l'illegittimità o l'annullamento** (è quindi investita del monopolio sul controllo di legittimità del diritto derivato dell'Unione). Invece i giudici nazionali (comprese le Corti costituzionali), non dispongono del potere di dichiarare invalido o di disapplicare un atto delle istituzioni che non sia già stato dichiarato invalido dalla Corte.

La teorizzazione vera e propria del monopolio della Corte di giustizia al riguardo è dovuta alla **sentenza** 22 ottobre 1987, causa 314/85, **Foto-Frost**.

Il Finanzgericht chiede alla Corte se un giudice nazionale possa sindacare la validità della decisione della Commissione e dedurre che il provvedimento di recupero è anch'esso invalido. La Corte risponde negativamente.

Per escludere che un giudice nazionale possa autonomamente valutare la validità di un atto delle istituzioni, la Corte fa valere che, se ogni giudice nazionale potesse procedere in questo senso, si minerebbe l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione: ciascun giudice nazionale potrebbe giungere a conclusioni diverse.

La Corte ricorda che l'art.263 attribuisce alla Corte una competenza esclusiva ad annullare un atto delle istituzioni. Pertanto, «la coerenza del sistema [di tutela giurisdizionale] esige che sia riservato alla Corte anche il potere di dichiarare l'invalidità dello stesso atto, qualora questa sia fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale». Il giudice nazionale che nutra dei dubbi sulla validità di un atto delle istituzioni, non ha altra scelta che sottoporre una questione pregiudiziale di validità alla Corte.

In questi casi, il rinvio diviene obbligatorio, anche se il giudice non di ultima istanza.

Viceversa, secondo la Corte, i giudici nazionali «possono esaminare la validità di un atto comunitario e, se ritengono infondati i motivi d'invalidità adottati dalle parti, respingerli, concludendo per la piena validità dell'atto».

3.2. Il primo comma dell'art.263 definisce gli atti impugnabili facendo riferimento a tre criteri:

1. l'autore;
2. il tipo;
3. gli effetti.

Per quanto riguarda l'**autore (legittimazione passiva)**, possono essere impugnati gli atti di tutte le istituzioni, eccetto la Corte di giustizia e la Corte dei conti, nonché gli atti degli organi o organismi dell'Unione.

Il novero dei legittimati passivi è cresciuto col tempo.

Per poter essere impugnato, l'atto deve effettivamente essere imputabile ad un'istituzione.

Quanto al **tipo** di atti impugnabili, la norma distingue anzitutto gli atti legislativi dagli atti che tali non sono. Gli atti legislativi sono sempre impugnabili. Per gli altri (designati genericamente come «atti»), l'impugnabilità dipende dal terzo criterio, quello degli **effetti**.

L'art.263, infatti, mira a limitare l'impugnazione agli atti non legislativi che sono destinati a produrre «*effetti giuridici nei confronti di terzi*».

- Per il Consiglio, la Commissione e la BCE, questo scopo è raggiunto implicitamente, escludendo l'impugnabilità di «*raccomandazioni o pareri*» e ammettendo, a contrario, l'impugnabilità di qualsiasi altro atto di tali istituzioni appartenente alle altre categorie dell'art.288 TFUE (regolamenti, direttive e decisioni).
- Per le altre istituzioni (Parlamento europeo e Consiglio europeo) e per gli organi e organismi dell'Unione, invece, considerata la natura per lo più atipica degli atti che adottano, l'art.263 stabilisce espressamente che deve trattarsi di atti «*destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi*».

I dubbi sul se l'atto sia destinato a produrre effetti giuridici obbligatori si pongono, in realtà, solo nei confronti degli atti atipici. Mancando una definizione normativa degli stessi, è necessario valutarne, di volta in volta, la natura per dare una risposta.

È stata invece considerata improduttiva di effetti giuridici e quindi non impugnabile la lettera con cui la Commissione comunica al denunciante che non intende agire, con una procedura di infrazione, contro uno Stato membro denunciato per comportamenti contrari al diritto dell'Unione. Nel settore degli **aiuti di Stato**, la Corte ha, viceversa, ritenuto impugnabile la lettera con la quale la Commissione comunicava al denunciante la decisione di non procedere nei confronti di uno Stato membro per asserita violazione della relativa disciplina.

Un caso particolare è dato dai c.d. **atti preparatori**: sono atti che esauriscono le varie fasi di un procedimento complesso, destinato a sfociare in un provvedimento finale. In linea di principio, l'atto preparatorio, in quanto non definitivo, non è autonomamente impugnabile. Pertanto, i suoi vizi vanno fatti valere impugnando l'atto finale (c.d. illegittimità derivata). La soluzione è diversa solo qualora l'atto preparatorio sia in grado, già di per sé, di modificare la posizione giuridica degli interessati. La nuova formulazione dell'art.263, par.1, è chiaramente diretta ad evitare possibili lacune e ad assicurare che nessun atto adottato nell'ambito del sistema istituzionale dell'Unione possa sfuggire al controllo giurisdizionale di legittimità, sempre che si tratti di atti diretti a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. È pertanto da ritenersi che qualora la Corte dei conti, il Consiglio economico e sociale o il Comitato delle regioni adottassero atti produttivi di effetti giuridici nei confronti dei terzi, tali atti sarebbero impugnabili ai sensi dell'art.263. La stessa soluzione varrebbe per la Corte di giustizia limitatamente agli atti che non siano espressione delle sue funzioni giurisdizionali.

3.3. I soggetti legittimati a proporre il ricorso d'annullamento (**legittimazione attiva**) sono individuati dai commi secondo, terzo e quarto dell'art.263. Ciascuno di questi commi prevede condizioni diverse di ricevibilità. Può pertanto parlarsi di tre **categorie di ricorrenti**.

La prima categoria è quella dei c.d. **ricorrenti privilegiati**. Essa comprende:

- gli Stati membri;
- il Parlamento europeo;

- il Consiglio;
- la Commissione.

Si parla di **ricorrenti privilegiati** dal momento che il loro diritto di ricorso ha portata generale. In particolare, essi possono proporre ricorso contro qualunque atto che rientri nella definizione di atto impugnabile e non devono dimostrare alcuno specifico interesse a ricorrere, essendo considerati portatori di un interesse generale alla legittimità degli atti delle istituzioni.

Per Stati membri si intendono «le sole autorità di Governo degli Stati membri delle Comunità europee» e non anche gli «esecutivi di regioni e di comunità autonome, indipendentemente dalla portata delle competenze attribuite a questi ultimi». Una **regione** che voglia impugnare un atto delle istituzioni deve rispettare le condizioni previste dal quarto comma per le persone fisiche o giuridiche.

La seconda categoria è costituita da: **Corte dei conti, BCE e Comitato delle regioni (ricorrenti intermedi)**. La legittimazione a ricorrere di tali soggetti è specificamente finalizzata a «salvaguardare le proprie prerogative». Essi possono quindi ricorrere solo sostenendo che l'atto impugnato invade la sfera riservata alle loro competenze o ne pregiudica l'esercizio.

3.4. La terza categoria è costituita dalle **persone fisiche e giuridiche (ricorrenti non privilegiati)**. Le condizioni alle quali è sottoposto il diritto di ricorso spettante a tali soggetti sono definite in maniera particolarmente restrittiva.

ART.263, 4° comma → «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al 1° e 2° comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che lo riguardano direttamente ed individualmente e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

La norma disciplina tre ipotesi distinte.

1. La **prima ipotesi** è quella in cui una persona fisica o giuridica impugna un atto adottato «nei suoi confronti», cioè un atto di cui il ricorrente sia il destinatario. In questo caso, occorre solo dimostrare di avere interesse a ricorrere (cioè che la posizione giuridica del ricorrente è pregiudicata dalla permanenza dell'atto impugnato).
2. La **seconda ipotesi** è quella in cui una persona fisica o giuridica impugna un atto di cui formalmente non è il destinatario. Per ricorrere contro un tale atto, il ricorrente deve dimostrare che l'atto «lo riguarda direttamente e individualmente».
3. La **terza ipotesi** costituisce in realtà una deroga rispetto alla seconda. La persona fisica o giuridica, anche in questo caso, non è il destinatario formale dell'atto. L'atto però deve:
 - a) essere un atto regolamentare; e
 - b) non comportare alcuna misura d'esecuzione.
 Per impugnare atti del genere, al ricorrente basterà dimostrare che l'atto lo riguarda direttamente.

In passato, l'identificazione di quando il doppio requisito dell'**interesse diretto** e dell'**interesse individuale** potesse dirsi soddisfatto ha costituito un problema interpretativo difficile e delicato.

L'introduzione nell'art.263, 4° comma, TFUE della terza ipotesi rappresenta un tentativo, sia pure limitato, se non di superare, almeno di attenuare il rigore che la giurisprudenza aveva sinora mostrato in proposito.

Al di fuori del ristretto campo d'applicazione della terza ipotesi, tuttavia, l'abbondante giurisprudenza relativa al vecchio art.230, 4° comma, TCE, resta valida ancora oggi. Conviene pertanto esaminarla distinguendo i precedenti a seconda che l'atto impugnato sia:

- a) una decisione rivolta ad altre persone fisiche o giuridiche (eccetto gli Stati membri);
- b) un regolamento o una decisione rivolta a uno o più Stati membri.

3.5. Perché una persona fisica o giuridica possa impugnare una **decisione rivolta ad un'altra persona fisica o giuridica** (che non sia uno Stato membro), basta dimostrare che il ricorrente è portatore di un interesse qualificato all'annullamento dell'atto.

Un siffatto interesse è spesso ritenuto implicito nel fatto di aver provocato l'avvio del procedimento che ha portato all'adozione dell'atto impugnato o nell'avervi partecipato.

3.6. Qualora invece l'atto impugnato sia costituito da un **regolamento** o da una **decisione rivolta a uno o più Stati membri**, l'onere probatorio è maggiore.

Le difficoltà non riguardano tanto l'**interesse diretto** (dimostrazione che il ricorrente è pregiudicato direttamente dall'atto impugnato).

- Per i regolamenti, considerato che si tratta di atti direttamente applicabili, l'interesse diretto è *in re ipsa*.

- Quanto alle decisioni, si tratta di provare che le autorità nazionali non dispongono di alcun potere discrezionale riguardo all'applicazione della decisione o che, pur godendo della facoltà di non applicare la decisione o di applicarla parzialmente, hanno già manifestato in anticipo la loro volontà di dare all'atto piena applicazione.

Gli stessi criteri sono applicati dalla giurisprudenza nel caso di impugnazione di una direttiva.

3.7. Il vero «scoglio» è costituito dall'**interesse individuale**. Nella sentenza 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*, la Corte afferma: «chi non sia destinatario di una decisione, può sostenere che questa lo riguarda individualmente solo qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, o di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari».

Dalla **formula Plaumann** e dalla giurisprudenza ad essa ispirata si evince quanto segue: ciò che rileva non è che l'atto impugnato colpisca il ricorrente, ma a quale titolo il ricorrente sia colpito. Non basta che ciò avvenga in quanto il ricorrente appartiene ad una categoria di soggetti astrattamente individuata. In casi del genere, il ricorrente è colpito alla stessa stregua di ogni altro appartenente alla medesima categoria e non «alla stessa stregua dei destinatari».

Occorre invece dimostrare che l'atto ha preso in considerazione proprio la posizione individuale del ricorrente e pertanto:

- a) produce effetti giuridici soltanto sulla sua posizione individuale; ovvero
- b) produce sul ricorrente effetti giuridici diversi (presumibilmente più gravi) rispetto a quelli che si producono a carico di tutti gli altri soggetti.

In quali casi l'interesse individuale può essere considerato sussistente?

In passato è stato talvolta necessario ricorrere allo **smascheramento dell'atto**: il ricorrente deve fornire la dimostrazione che l'atto non è quel che appare, ma, in sostanza, è una decisione individuale nei suoi confronti.

Allo smascheramento si è pervenuti in alcuni casi di impugnazione di **regolamenti**.

In altri casi, senza bisogno di contestare la natura normativa dell'atto impugnato, è sufficiente dimostrare che l'atto contiene **disposizioni che riguardano in maniera individuale determinati operatori economici**.

Sentenza 18 maggio 1994, causa C-309/89, *Codorniu* → una società spagnola, produttrice di vini spumanti recanti la denominazione «Grand crémant», impugna un **regolamento** che le impedisce di continuare a utilizzare tale denominazione, riservandola ai produttori francesi e lussemburghesi. La Corte considera che la posizione di Codorniu è distinta da quella della generalità degli operatori economici, in ragione del fatto che, a differenza degli altri operatori, «la Codorniu ha registrato il marchio Grand Crémant de Codorniu in Spagna nel 1924 e che ha fatto uso tradizionalmente di tale marchio sia prima sia dopo la registrazione».

La presenza di un interesse individuale è inoltre dimostrata dalla circostanza che l'atto impugnato contenga un **espresso riferimento** a determinati soggetti, ovvero dalla circostanza che il comportamento di determinati soggetti sia stato preso in considerazione nel corso del procedimento per l'emanazione dell'atto impugnato.

Quanto alle **decisioni rivolte ad uno o più Stati**, un caso tipico è riscontrabile nel settore degli **aiuti di Stato** alle imprese. Il riferimento è alle decisioni con le quali la Commissione ingiunge allo Stato membro di recuperare, nei confronti di una o più imprese espressamente individuate (**aiuti individuali**), l'importo erogato o concesso a titolo di aiuto statale, in violazione della disciplina contenuta nei trattati. In tali casi, in genere, il nominativo delle imprese compare direttamente nelle decisioni ed è quindi fuor di dubbio che quest'ultime vantino un interesse individuale a impugnare la decisione.

L'interesse individuale può ancora derivare dalle caratteristiche del **procedimento che conduce all'atto impugnato**. Qualora, infatti, sia prescritto che il procedimento coinvolga obbligatoriamente determinati soggetti o sia garantita la partecipazione di altri soggetti interessati, si presume che tutti questi soggetti siano portatori di un interesse qualificato che consente loro l'impugnazione dell'atto finale, indipendentemente dalla sua natura.

Un esempio di ciò è dato dalle **decisioni in materia di aiuti statali alle imprese**. Prima di rivolgere allo Stato membro interessato una decisione in materia di aiuti, la Commissione deve «intimare agli interessati di presentare le loro osservazioni».

3.8. Le notevoli difficoltà che le persone fisiche o giuridiche incontravano avevano spinto molti a chiedere un'attenuazione del rigore mostrato dalla giurisprudenza. In particolare, era stato evidenziato il rischio che si potessero produrre **lacune** nel sistema di tutela giurisdizionale in situazioni in cui i soggetti pregiudicati non dispongano di alcun rimedio giurisdizionale effettivo in alternativa al ricorso diretto ai sensi dell'art.230, 4° comma, TCE. Lacune si sarebbero potute avere, in particolare, nel caso di regolamenti che non richiedono alcun provvedimento d'esecuzione da parte delle autorità nazionali. In casi del genere, sarebbe infatti venuta meno anche la possibilità per gli interessati di rimettere in discussione la legittimità del regolamento, impugnando il provvedimento nazionale d'esecuzione e inducendo il giudice nazionale competente a sollevare questione pregiudiziale circa la validità del regolamento cui il provvedimento nazionale dà esecuzione. Ciò avrebbe comportato una violazione del diritto fondamentale ad un rimedio giurisdizionale effettivo.

L'avv. gen. Jacobs sostiene che, nel caso di regolamenti non richiedenti provvedimenti nazionali di esecuzione, si impone un'interpretazione meno restrittiva dei requisiti di ricevibilità. Il Tribunale condivide la necessità evidenziata dal l'avv. gen. Jacobs e propone quanto segue: «al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei singoli, una persona fisica o giuridica deve ritenersi individualmente interessata da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente, ove la disposizione di cui trattasi incida, in maniera certa ed attuale, sulla sua sfera giuridica limitando i suoi diritti ovvero imponendole obblighi».

Nessuno di tali suggerimenti è stato accolto dalla Corte.

In conclusione, la Corte pone sui giudici nazionali l'onere di interpretare le norme processuali del loro ordinamento, in maniera da consentire ai soggetti interessati di esperire rimedi giudiziari effettivi contro atti comunitari invalidi, in attesa che siano gli Stati membri, in conformità all'art.48 TUE, a «riformare il sistema attualmente in vigore». Tale soluzione è stata poi ribadita nella sentenza 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Jégo-Quéré*.

Come si è visto, l'appello della Corte a che gli Stati membri provvedano a riformare le condizioni di ricevibilità di un ricorso d'annullamento presentato da una persona fisica o giuridica contro un atto di cui non è il destinatario e, in particolare, contro un atto di portata generale, non è rimasto del tutto inascoltato.

La **terza ipotesi** ora prevista dall'art.263, 4° comma, TFUE, sembra infatti prendere in considerazione proprio casi del tipo di quello oggetto della sentenza *Jégo-Quéré*.

La nuova frase finale del 4° comma, infatti, stabilisce condizioni di ricevibilità dei ricorsi individuali meno severe (basta dimostrare che l'atto riguarda il ricorrente «direttamente»). Tali condizioni però valgono solo se oggetto d'impugnazione sono:

- a) «atti regolamentari»;
- b) «che non comportano alcuna misura di esecuzione».

Secondo il Tribunale, «la nozione di atto regolamentare include qualsiasi atto di portata generale ad eccezione degli atti legislativi».

Tale impostazione è stata confermata dalla Corte di giustizia.

Ad un'interpretazione più estensiva della nozione di «atti regolamentari», la giurisprudenza è pervenuta nel senso di includervi anche atti diversi dai regolamenti, quali ad es. le **decisioni**, purché di portata generale e purché non adottate secondo una procedura legislativa ordinaria o speciale.

Recentemente sono state incluse negli «atti regolamentari» anche le **decisioni** rivolte ad un **singolo Stato**, come le decisioni in materia di **aiuti di Stato** alle imprese qualora riguardino regimi generali e dunque coinvolgano una categoria generale e astratta di operatori economici.

Tale orientamento appare in linea con la giurisprudenza precedente (e consolidata) della Corte di giustizia, secondo cui tali decisioni, pur essendo rivolte ad un singolo Stato membro, rivestono dal punto di vista di tali operatori, una «portata generale».

La nozione di atti regolamentari è stata estesa altresì ad atti non adottati da un'istituzione, bensì da altri organi.

Quanto alla condizione che l'atto non richieda «misure d'esecuzione», la giurisprudenza è stata finora alquanto restrittiva. In linea generale, la Corte di Giustizia ha adottato un'interpretazione estensiva della nozione di misura di esecuzione, limitando così drasticamente le ipotesi in cui gli atti regolamentari sono impugnabili ai sensi dell'art.263, 4° comma, TFUE.

3.9. L'art.263, 2° comma, elenca i **vizi di legittimità**, che possono essere fatti valere nell'ambito di un ricorso d'annullamento:

- incompetenza;
- violazione delle forme sostanziali;
- violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione;
- sviamento di potere.

L'**incompetenza** può essere:

- a) **interna** → nel caso in cui l'istituzione che emette l'atto non ha il potere di farlo, perché tale potere spetta ad altra istituzione;
- b) **esterna** → quando nessuna istituzione ha il potere di emanare l'atto in questione, che non rientra affatto nella competenza dell'Unione ma, semmai, in quella degli Stati membri (principio d'attribuzione).

La **violazione delle forme sostanziali** sussiste quando non sono rispettati quei requisiti formali di tale importanza da influire sul contenuto dell'atto. Può trattarsi, anzitutto, di forme relative al **procedimento** da seguire per l'emanazione dell'atto. Un atto adottato senza osservare tali formalità è viziato e deve essere annullato.

Altre ipotesi di forme sostanziali attengono all'atto in quanto tale. La più importante è costituita dalla violazione dell'obbligo di **motivazione**, prescritto dall'art.296, 2° comma, TFUE. Il difetto di motivazione è considerato d'ordine pubblico, rilevabile, in quanto tale, d'ufficio.

Secondo la Corte, l'obbligo di motivazione «mira, per un verso, a consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato per poterne valutare la fondatezza e, per altro verso, a permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo».

L'obbligo di motivazione risulta violato quando la motivazione è del tutto assente o quando è insufficiente. L'estensione che la motivazione deve assumere varia in ragione della natura dell'atto in questione: se l'atto è destinato ad avere effetti individuali, come accade in genere per le decisioni, la motivazione dovrà essere più precisa e dettagliata che per un atto destinato ad operare con efficacia generale, come un regolamento o una direttiva. Si deve inoltre tenere conto del contesto in cui l'atto è stato adottato.

Il **vizio di violazione dei trattati e di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione** è il più frequentemente invocato, dal momento che, da un punto di vista logico, esso ingloba anche l'incompetenza e la violazione di forme sostanziali. Il vizio è espressione del principio della gerarchia delle fonti dell'Unione e può riguardare la violazione di qualunque norma giuridica che sia da considerare superiore rispetto all'atto impugnato, compresi i principi generali, i diritti fondamentali, i principi del diritto internazionale generale e gli accordi internazionali.

L'ultimo vizio di legittimità è costituito dallo **sviamento di potere**, che si ha quando un'istituzione emana un atto che ha il potere di adottare, perseguendo però scopi diversi da quelli per i quali il potere le è stato attribuito. Tale vizio è riscontrabile in casi molto rari.

Il Tribunale ha ritenuto che «una decisione è viziata da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulti adottata allo scopo esclusivo di raggiungere tali fini. In caso di pluralità di scopi perseguiti, anche qualora un motivo non giustificato si fosse aggiunto a motivi legittimi, la decisione non sarebbe per questo inficiata da sviamento di potere, dal momento che essa non sacrifica lo scopo essenziale».

3.10. A norma dell'art.263, 5° comma, TFUE, il **termine di ricorso** è di due mesi. Esso decorre:

- dalla pubblicazione sulla GU, se l'atto è stato pubblicato;
- dalla notificazione, se l'atto è stato notificato (solo per il destinatario della notificazione);
- in mancanza di pubblicazione o notifica, dal giorno in cui il ricorrente ha avuto conoscenza dell'atto.

3.11. L'art.264 TFUE disciplina l'**efficacia delle sentenze di annullamento**.

- Il **1° comma** pone la regola generale: «se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato». La sentenza ha quindi portata generale (*erga omnes*) e retroattiva.

L'annullamento può essere anche solo parziale, purché gli elementi ritenuti illegittimi siano separabili dal resto dell'atto medesimo. Qualora ciò non fosse possibile, l'atto andrebbe annullato *in toto*.

- Il **2° comma** prevede un'eccezione alla regola generale: «Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi». Dunque, la Corte può limitare discrezionalmente gli effetti della sentenza che annulla l'atto.

Le limitazioni stabilite dalla Corte possono avere ad oggetto la portata *ratione personarum* dell'annullamento: in questo caso l'atto è annullato solo nei confronti del ricorrente. Più spesso la limitazione ha ad oggetto la portata temporale dell'annullamento, stabilendosi che gli effetti vengano fatti decorrere non *ex tunc*, ma a partire da un momento successivo individuato dalla Corte (in genere la data della sentenza) o a partire dall'adozione di un nuovo atto da parte delle istituzioni. La Corte ha giustificato l'esercizio del descritto potere in base a considerazioni di certezza del diritto e tutela dell'affidamento.

Ai sensi dell'art.266, 1° comma, TFUE «l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato sono tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione comporta». Tale obbligo vale, in particolare, nel caso in cui il mero annullamento per effetto della sentenza della Corte si riveli insufficiente.

È comunque fatto salvo il diritto degli interessati a far valere la responsabilità extracontrattuale dell'autore dell'atto annullato.

3.12. Il controllo sugli atti delle istituzioni esercitato dalla Corte di giustizia in base all'art.263 è un **controllo di mera legittimità**. La sentenza, pertanto, si limita ad annullare l'atto, qualora sia riscontrata l'esistenza di un vizio di legittimità e il ricorso venga accolto.

L'art.261 TFUE prevede, tuttavia, che regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio o dal solo Consiglio possano attribuire alla Corte di giustizia anche una **competenza di merito**, limitata al riesame delle sanzioni previste nel regolamento stesso. In casi del genere, la Corte dispone del potere di modificare l'ammontare della sanzione.

Poteri del genere sono previsti nel settore della concorrenza.

3.13. Prima del Trattato di Lisbona, l'art.35, par.6, TUE prevedeva che la Corte di giustizia esercitasse un controllo di legittimità analogo al ricorso d'annullamento di cui all'art.263 TFUE riguardo alle decisioni quadro o alle decisioni adottate nell'ambito del terzo pilastro.

Il ricorso poteva essere promosso da uno Stato membro o dalla Commissione, entro due mesi dalla pubblicazione dell'atto. Per effetto dell'art.10 del Protocollo n.36 sulle disposizioni transitorie, per un periodo di cinque anni la competenza della Corte di giustizia è restata così limitata in merito tanto agli atti impugnabili quanto ai soggetti legittimati a presentare il ricorso, salvo per gli atti che hanno subito modifiche in questo periodo.

4. Il ricorso in carenza.

4.1. Il **ricorso in carenza** è disciplinato dall'**art.265 TFUE** e costituisce un'altra forma di controllo giurisdizionale della legittimità del comportamento delle istituzioni. L'oggetto del controllo è un comportamento omissivo illegittimo, perché tenuto in violazione di un obbligo di agire previsto dai trattati. I presupposti del ricorso sono perciò:

- a) l'esistenza di un obbligo di agire a carico dell'istituzione in causa;
- b) la violazione dell'obbligo stesso.

4.2. Essendo necessaria la presenza di un **obbligo di agire**, è escluso che si possa ricorrere in carenza contro l'omissione di atti la cui adozione è affidata alla discrezionalità delle istituzioni.

Un obbligo di agire si ha ad es. nel caso in cui l'istituzione debba adottare nuovamente un provvedimento perché il precedente è stato annullato dalla Corte di giustizia.

Non può, invece, esperirsi ricorso in carenza contro l'omessa emanazione di un **parere motivato** ai sensi dell'art. 258 TFUE. La giurisprudenza ha finito per ammettere la possibilità di ricorrere ai sensi dell'art.265 da parte di colui il quale ha presentato alla Commissione una denuncia contro alcune imprese per violazione delle **regole di concorrenza**, o una denuncia contro uno Stato membro per violazione delle regole relative agli **aiuti di Stato**.

4.3. La **violazione** di un obbligo di agire può essere fatta valere tramite un ricorso ai sensi dell'art.265 a condizione che:

- a) «l'istituzione, l'organo o l'organismo in causa siano stati previamente richiesti di agire»; e
- b) sia scaduto «un termine di due mesi da tale richiesta» senza che l'istituzione abbia «preso posizione».

In mancanza, il ricorso non è ricevibile. Anche l'art.265, pertanto, prevede una **fase precontenziosa** obbligatoria.

La richiesta di agire (nota come **messa in mora** o diffida) deve essere formulata in maniera tale che l'istituzione comprenda che, in caso di inerzia, rischia di subire la presentazione di un ricorso. Inoltre, deve indicare con chiarezza e precisione i provvedimenti che l'istituzione è richiesta di adottare.

Per interrompere la mora, non è necessario che l'istituzione adotti i provvedimenti richiesti, ma è sufficiente che essa prenda posizione. La presa di posizione, tuttavia, deve essere definitiva. Una comunicazione di carattere meramente interlocutorio lascerebbe sussistere la mora.

Se l'istituzione non prende posizione entro due mesi dalla richiesta, il soggetto che l'ha formulata può presentare **ricorso** alla Corte di Giustizia entro ulteriori due mesi (**fase contenziosa**).

Qualora la presa di posizione intervenga decorsi i due mesi dalla richiesta o addirittura dopo la presentazione del ricorso (ma prima che la Corte di giustizia abbia statuito), il ricorso diviene privo di oggetto, salva la possibilità della condanna dell'istituzione alle spese processuali.

4.4. I soggetti contro i quali può essere proposto un ricorso in carenza (**legittimazione passiva**) sono:

- il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione e la BCE;
- gli organi e organismi dell'Unione.

I soggetti che possono adire il giudice dell'Unione (**legittimazione attiva**) sono distinti in due categorie.

I soggetti appartenenti alla **prima categoria** possono essere definiti **ricorrenti privilegiati**, disponendo di un diritto di ricorso particolarmente ampio e non soggetto a limitazioni attinenti all'interesse a ricorrere o al tipo di carenza contestata. Essi sono «*gli Stati membri e le altre istituzioni*» (primo comma).

4.5. La **seconda categoria** include «*ogni persona fisica o giuridica*». Si può parlare di **ricorrenti non privilegiati**, in quanto tali soggetti dispongono solo di un diritto di ricorso limitato. Ai sensi del 3° comma, infatti, «*ogni persona fisica e giuridica*

può adire la Corte alle condizioni stabilite dai commi precedenti per contestare ad un'istituzione, organo o organismo dell'Unione di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere».

La norma dovrebbe consentire alle persone fisiche e giuridiche di ricorrere anche contro l'omissione di un regolamento o di una decisione da rivolgere ad altre persone, a condizione di dimostrare che l'atto omesso, se emanato, riguarderebbe direttamente ed individualmente il ricorrente.

Nella sentenza 26 novembre 1996, T.Port, la Corte ha ammesso che «l'art.265, 3° comma, dev'essere interpretato nel senso che conferisce alle persone fisiche o giuridiche, anche la facoltà di proporre il ricorso per carenza contro un'istituzione che abbia omesso di adottare un atto che li riguarderebbe allo stesso modo [direttamente e individualmente]. La possibilità per i singoli di far valere i propri diritti non può infatti dipendere dall'azione o dall'inerzia dell'istituzione considerata».

Il fatto che le due azioni (annullamento e carenza) siano espressione dello stesso rimedio giuridico non consente, tuttavia, al ricorrente di scegliere quale delle due azioni proporre. La proponibilità dell'una o dell'altra azione dipende, infatti, esclusivamente dalla natura del comportamento dell'istituzione.

4.6. Se il ricorso viene accolto, il giudice dell'Unione emana una **sentenza di accertamento**. Non spetta alla Corte colmare la carenza, adottando l'atto omesso, e nemmeno condannare l'istituzione responsabile ad un obbligo di *facere* specifico. La sentenza fa però sorgere a carico dell'istituzione un obbligo di agire.

5. Il ricorso per risarcimento di danni.

5.1. Ai sensi dell'**art.268 TFUE**, «la Corte di giustizia dell'Unione è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'art.340, 2° e 3° comma».

L'art.340, 2° comma, recita: «In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

Il 3° comma si riferisce alla BCE. Non l'intera Unione, ma la sola BCE è chiamata a risarcire i danni cagionati da essa o dai suoi agenti. La Corte non è invece competente ad esaminare ricorsi in responsabilità contro l'Unione nell'ambito della PESC.

La competenza della Corte di giustizia è pertanto limitata a danni derivanti da **responsabilità extracontrattuale**.

Riguardo alla responsabilità contrattuale dell'Unione, la competenza della Corte di giustizia può essere prevista da una clausola compromissoria inserita nel contratto (art.272, TFUE). In mancanza, la competenza spetta ai giudici nazionali.

5.2. Cosa si intende per «controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'art.340, 2° e 3° comma»?

La Corte ha insistito sul fatto che il ricorso per risarcimento «è concepito dal Trattato come un rimedio autonomo, dotato di una propria funzione che lo distingue dalle altre azioni esperibili e sottoposto a condizioni di esercizio che tengono conto del suo oggetto specifico». Ne consegue che «sarebbe in contrasto con tale autonomia, come pure con l'intero sistema dei rimedi giuridici istituiti dal Trattato, il considerare come causa di irricevibilità il fatto che, in determinate circostanze, l'esercizio dell'azione di danni può avere conseguenze analoghe a quelle dell'azione in carenza contemplata dall'art.265 TFUE».

Nella **sentenza** 2 dicembre 1971, causa 5/71, **Zuckerfabrik**, a proposito della differenza tra ricorso per risarcimento e ricorso d'annullamento, la Corte precisa che il **ricorso per risarcimento «differisce dall'azione di annullamento in quanto tende ad ottenere non già l'eliminazione di un atto determinato, bensì il risarcimento del danno causato da un'istituzione nell'esercizio dei suoi compiti».**

5.3. È stato inoltre necessario distinguere il ricorso per risarcimento dalle azioni che i soggetti interessati possono esperire dinanzi ai giudici degli Stati membri. Il criterio distintivo è legato, oltre che all'oggetto della pretesa del singolo, anche alla disponibilità di un'azione da proporre dinanzi ai giudici nazionali, che sia in grado di soddisfare pienamente la pretesa stessa. Se un'azione del genere è possibile, la competenza della Corte ai sensi dell'art.268 è esclusa.

Il ricorso per risarcimento si configura pertanto come un **rimedio residuale** rispetto alla tutela che possono offrire i giudici nazionali.

5.4. I **presupposti** della responsabilità extracontrattuale non sono definiti dai trattati, ma vanno tratti dai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» (art.340, 2° comma), principi che spetta alla giurisprudenza individuare.

Secondo la Corte, «presupposti della responsabilità della Comunità sono un danno effettivo, un nesso causale tra danno e comportamento delle istituzioni e l'illegittimità di questo comportamento».

I presupposti della responsabilità dell'Unione sono pertanto normalmente tre:

- a) **danno**;
- b) **illegittimità del comportamento delle istituzioni**;
- c) **nesso di causalità tra il danno e il comportamento**.

Quanto al danno e al nesso di causalità, spetta ovviamente al ricorrente produrre gli elementi di prova necessari.

A questi presupposti, che sono sempre necessari, se ne aggiungono altri due qualora il comportamento delle istituzioni consista nell'esercizio di poteri caratterizzati da un ampio margine di discrezionalità e, in particolare, nell'adozione di **atti normativi** (es. regolamenti) implicanti scelte di politica economica. In questi casi, non basta dimostrare la mera illegittimità del comportamento e, in particolare, dell'atto dal quale il danno è derivato, ma è altresì necessario che:

- a) la **norma** violata dalle istituzioni sia **preordinata a conferire diritti ai singoli**;
- b) si tratti di una **violazione grave e manifesta**.

Originariamente la giurisprudenza richiedeva anche che la norma violata fosse una **norma superiore**. Tale requisito sembra essere stato abbandonato.

La scelta di subordinare la responsabilità delle istituzioni (in caso di esercizio di poteri normativi) a specifici presupposti aggiuntivi discende dalla necessità di evitare che l'istituzione sia «*ostacolata nelle sue decisioni dalla prospettiva di azioni di danni ogni volta che debba adottare, nell'interesse generale, provvedimenti normativi che possono ledere interessi di singoli*», potendosi invece pretendere dal singolo che «*sopporti, senza poter farsi risarcire col denaro pubblico, determinati effetti, dannosi per i suoi interessi economici, prodotti da un atto normativo, anche se questo viene dichiarato invalido*».

Il requisito della violazione grave e manifesta non è circoscritto solo ai casi riguardanti i regolamenti, ma è valutabile anche in riferimento ad atti diversi, o comunque privi di efficacia normativa. Nell'ambito della politica agricola comune, la Corte ha recentemente accolto un ricorso in cui si contestava l'eccesso del potere discrezionale della Commissione nell'adozione di varie **decisioni** di portata generale aventi ad oggetto misure di tutela contro l'influenza aviaria, mentre nel caso *Idromacchine* il Tribunale ha accolto un ricorso per danni causati dall'aver la Commissione violato il segreto professionale nell'adozione di una decisione in materia di aiuti di Stato.

5.5. In epoca più recente la giurisprudenza è stata chiamata a decidere se in taluni casi sia possibile prescindere dal presupposto dell'illegittimità del comportamento che ha provocato il danno: in altri termini, se alle istituzioni possa essere eccezionalmente imputata una **responsabilità da attività lecita** (responsabilità senza colpa).

Il presupposto di questo tipo di responsabilità sarebbe l'eccezionalità del danno subito da un determinato soggetto come effetto di un'attività svolta nell'interesse generale. Il Tribunale afferma che «*nel caso di un danno causato da un comportamento delle istituzioni della Comunità la cui illiceità non è dimostrata, la responsabilità extracontrattuale della Comunità può sorgere quando siano cumulativamente soddisfatte le condizioni relative all'effettività del danno, al nesso di causalità tra il danno e il comportamento delle istituzioni comunitarie e al carattere anormale e speciale del danno in questione*».

Nella sentenza 9 settembre 2008, cause *FIAMM*, la Corte nega la stessa possibilità di una responsabilità delle istituzioni per fatto lecito. Secondo la Corte, non sussiste alcuna convergenza tra gli ordinamenti degli Stati membri «*per quanto riguarda l'esistenza eventuale di un principio di responsabilità in presenza di un atto o di un'omissione leciti della pubblica autorità, in particolare quando essi sono di ordine normativo*».

La Corte ammette invece che possa essere proposta nell'ambito di un ricorso ai sensi dell'art.268 TFUE un'**azione per arricchimento senza causa**.

5.6. Il diritto al risarcimento dei danni è soggetto ad un termine di **prescrizione** di cinque anni, a decorrere «*dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine*». Tale disposizione va tuttavia interpretata nel senso che «*il termine di prescrizione inizia a decorrere non già dalla data dell'evento dannoso, ma a partire dal momento in cui la decisione controversa produce i suoi effetti dannosi nei riguardi delle persone cui essa si dirige, ossia nel momento in cui il danno si è effettivamente realizzato in capo alle suddette persone*».

Il termine si interrompe se viene rivolta istanza di risarcimento all'istituzione responsabile. In casi di rigetto dell'istanza, il ricorso assumerà le forme di un ricorso d'annullamento e andrà proposto entro due mesi. In caso di silenzio dell'istituzione, andrà presentato un ricorso in carenza.

6. La competenza pregiudiziale: concetti generali.

6.1. A norma dell'**art.267 TFUE**, la Corte di giustizia può/deve essere chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulle questioni riguardanti il diritto dell'Unione che si pongono nell'ambito di un giudizio instaurato davanti ad «un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri».

In base alla **competenza pregiudiziale**, la Corte conosce di determinate questioni di diritto dell'Unione solo in seguito al rinvio operato da un giudice nazionale, nell'ambito di un giudizio iniziato e destinato a concludersi dinanzi allo stesso giudice nazionale. Questo richiede alla Corte di pronunciarsi su determinate questioni perché «*reputa necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto*».

La pronuncia della Corte ha quindi natura pregiudiziale, sia in senso temporale, perché precede la sentenza del giudice nazionale, sia in senso funzionale, perché è strumentale rispetto alla emanazione di tale sentenza.

- La competenza di cui all'art.267 è dunque una **competenza indiretta**, in quanto l'iniziativa di rivolgersi alla Corte non è assunta direttamente dalle parti interessate, ma dal giudice nazionale.
- Essa è anche una **competenza limitata**, potendo la Corte esaminare solo le questioni di diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale. Questo rimane competente a pronunciarsi su tutti gli altri profili della controversia.

6.2. Le **ragioni** che hanno condotto ad inserire, tra le altre competenze della Corte di giustizia, una competenza pregiudiziale sono legate ad alcune caratteristiche tipiche dell'ordinamento dell'Unione:

- da un lato, il **sistema decentralizzato di applicazione** del diritto dell'Unione, per cui il compito di applicare tale normativa ai soggetti degli ordinamenti interni è, in genere, affidato alle autorità di ciascuno Stato membro;
- dall'altro, l'essere la maggiore parte delle norme dell'Unione dotate di **efficacia diretta**.

6.3. Lo **scopo** del meccanismo disciplinato dall'art.267 è duplice.

- Da un lato, esso tende a evitare che ciascun giudice nazionale interpreti e verifichi la validità delle norme dell'Unione in maniera autonoma, come se si trattasse di norme appartenenti all'ordinamento del proprio Stato membro, col rischio di infrangere l'unitarietà del diritto dell'Unione.
- D'altro lato, esso mira ad offrire ai giudici nazionali uno strumento di collaborazione per superare le difficoltà interpretative che il diritto dell'Unione può sollevare, trattandosi di un ordinamento con caratteristiche e finalità proprie.

In quanto garanzia della corretta applicazione e dell'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, la competenza pregiudiziale ha dato un contributo importante allo sviluppo di tale diritto.

Il meccanismo previsto dall'art.267 ha infatti coinvolto in prima persona i giudici nazionali, e quindi anche le persone che a tali giudici si rivolgono, nello sforzo diretto a verificare che il diritto dell'Unione venga correttamente interpretato ed applicato da parte degli Stati membri e all'interno degli stessi, moltiplicando in misura esponenziale le occasioni in cui tale verifica può avvenire.

6.4. L'importanza della competenza pregiudiziale è ampiamente riconosciuta dalla Corte di giustizia. Ne è testimonianza la fermezza con cui la Corte stessa ha preso posizione contro ogni disposizione nazionale che ostacoli o limiti la facoltà dei giudici di operare un rinvio ai sensi dell'art.267.

Considerato il ruolo centrale ed esclusivo di tale competenza, la Corte si è, inoltre, sempre opposta alla possibilità di attribuire a giudici appositamente istituiti da accordi internazionali stipulati dall'Unione europea e dagli Stati membri la competenza ad interpretare le norme contenute nei trattati o in altri atti dell'Unione.

6.5. Per quanto riguarda il settore della **PESC**, a norma degli artt.24, par.1, 2° comma, TUE e 275, 1° comma, TFUE, infatti, la Corte non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune e gli atti adottati in base a dette disposizioni. Considerata la loro generalità, le due norme sembrano precludere alla Corte anche l'esercizio della competenza pregiudiziale in merito alle parti dei trattati relative alla PESC e agli atti delle istituzioni rientranti nel medesimo settore.

Tuttavia, tenuto conto che il 2° comma dell'art.275 introduce un'eccezione, costituita dal ricorso d'annullamento speciale, avente ad oggetto le «decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche» adottate in ambito PESC, la Corte di giustizia ha ammesso di essere competente a valutare la legittimità di simili decisioni anche nell'ambito del **rinvio pregiudiziale di validità**.

6.6. La competenza pregiudiziale viene in rilievo anche sotto il profilo del diritto fondamentale ad una **tutela giurisdizionale effettiva** tutelato dall'art.6, par.1, della CEDU, e dall'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Se si considera, infatti, che lo scopo del rinvio pregiudiziale è anche di aiutare il giudice nazionale a superare le difficoltà interpretative che il diritto dell'Unione può porre, ne risulta che, omettendo di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia quando invece le circostanze lo richiederebbero, il giudice, soprattutto se di ultima istanza, pregiudica il diritto dei soggetti interessati ad un rimedio giurisdizionale effettivo o addirittura li distoglie dal loro giudice

naturale. Infatti, un giudice avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è tenuto a rivolgersi alla Corte di Giustizia «*al fine di evitare che siano violati i diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario*».

7. Segue: ammissibilità e rilevanza della questione pregiudiziale.

7.1. Il meccanismo della competenza pregiudiziale costituisce uno **strumento di cooperazione** fra i giudici nazionali e la Corte di giustizia. Si può dire che i primi e la seconda svolgono un ruolo complementare al fine di individuare una soluzione al caso concreto che sia conforme al diritto dell'Unione. Non può invece dirsi che esista una gerarchia per cui i giudici nazionali sarebbero, in qual che modo, subordinati alla Corte.

L'assenza di un rapporto di tipo gerarchico spiega perché la Corte non eserciti alcun tipo di controllo sulla **competenza del giudice nazionale** a conoscere del giudizio nel cui ambito le questioni pregiudiziali sono state sollevate o sulla **regolarità del giudizio** stesso e, in particolare, del provvedimento di rinvio. Si tratta di aspetti che non sono disciplinati dal diritto dell'Unione, ma dal diritto interno del giudice nazionale, e pertanto non possono essere risolti dalla Corte.

La Corte ha invece posto alcuni requisiti riguardanti il **contenuto del provvedimento di rinvio**. Essa richiede che, soprattutto quando le questioni si riferiscono al «*settore della concorrenza, caratterizzato da situazioni di fatto e di diritto complesse*», il giudice nazionale «*definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono sollevate*». In mancanza di sufficienti indicazioni al riguardo, la Corte non potrebbe «*giungere ad un'interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale*» e si riserva quindi la possibilità di non rispondere alle questioni pregiudiziali.

7.2. Normalmente, la Corte non verifica la **necessità del rinvio** e la **rilevanza delle questioni** di diritto dell'Unione rispetto alla soluzione del caso pendente davanti al giudice nazionale. Secondo il sistema dell'art.267, infatti, il giudice nazionale si rivolge alla Corte «*qualora reputi necessario, per emanare la sua sentenza, una decisione sul punto*». La stessa soluzione vale anche per i giudici di ultima istanza, i quali, secondo la Corte, «*dispongono dello stesso potere di valutazione di tutti gli altri giudici nazionali nello stabilire se sia necessaria una pronuncia sul punto di diritto comunitario onde consentire loro di decidere*».

Di conseguenza, in una prima fase, la Corte riteneva che spettasse al solo giudice nazionale valutare la necessità del rinvio e, in particolare, la rilevanza o la pertinenza delle questioni pregiudiziali.

Successivamente, un uso talvolta improprio e persino abusivo del rinvio pregiudiziale ha indotto la Corte a mutare atteggiamento. La Corte si è così riservata il potere di verificare la rilevanza delle questioni pregiudiziali al fine di controllare se essa sia competente a rispondere e se non sussista alcuna delle **ipotesi patologiche** individuate dalla giurisprudenza.

Tali ipotesi sono:

- **questioni mancanti di una sufficientemente definizione** dell'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate;
- **questioni manifestamente irrilevanti**, in cui la norma dell'Unione oggetto della questione pregiudiziale è manifestamente inapplicabile alla fattispecie oggetto del giudizio nazionale;
- **questioni puramente ipotetiche**, così definite in ragione della loro genericità o del fatto che non rispondono ad un effettivo bisogno del giudice nazionale, in vista della soluzione della controversia.

In passato tra le ipotesi patologiche figuravano anche le questioni poste nell'ambito di **controversie fittizie**, così definite perché le parti sono d'accordo tra di loro sull'interpretazione da dare alle norme dell'Unione e vogliono solo ottenere una pronuncia della Corte sul punto che, come tutte le sentenze pregiudiziali, abbia efficacia *erga omnes*. Tale ipotesi sembra essere stata abbandonata.

7.3. Attualmente, l'atteggiamento della Corte è nuovamente orientato verso maggiore prudenza. La Corte, infatti, pur ribadendo il suo potere di rifiutarsi di rispondere a questioni pregiudiziali in casi eccezionali, parte da **presunzione di rilevanza** → «*qualora le questioni sollevate dal giudice nazionale vertano sull'interpretazione di una norma comunitaria, in via di principio la Corte è tenuta a statuire*», la Corte si accontenta in genere che il giudice nazionale abbia indicato i motivi che lo inducono a ritenere necessaria la risposta alle questioni pregiudiziali.

A volte le basta constatare che la rilevanza non possa essere esclusa.

8. Segue: la nozione di giurisdizione.

8.1. La competenza pregiudiziale può essere attivata solo da un organo che possa essere definito un «*organo giurisdizionale di uno degli Stati membri*». La Corte si riserva il potere di verificare che l'organo autore del rinvio pregiudiziale rientri effettivamente in tale nozione, considerandola come una **nozione autonoma** e perciò non necessariamente coincidente con le definizioni ricavabili dagli ordinamenti degli Stati membri.

8.2. Il primo requisito che un organo nazionale deve soddisfare, perché possa operare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267, è che svolga una **funzione giurisdizionale**, cioè che sia chiamato «a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale».

Frutto di una lunga evoluzione è la posizione della **Corte costituzionale italiana**. Per la Corte costituzionale è stato difficile accettare di poter utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale. Attualmente l'atteggiamento della Corte costituzionale è molto più aperto. Essa ha sottoposto questioni pregiudiziali in tre tipi di casi:

1. nel quadro di un giudizio di costituzionalità in via principale;
2. nel quadro di un giudizio di costituzionalità in via incidentale in presenza di una norma dell'Unione priva di efficacia diretta;
3. nel quadro di un giudizio di costituzionalità in via incidentale quando ipotizza la violazione dei c.d. contro-limiti da parte di una norma dell'Unione.

In precedenza, la Corte costituzionale si asteneva dal sollevare questioni pregiudiziali e ricorreva ad un complesso sistema, detto della **doppia pregiudizialità**, per cui il giudice comune aveva il compito di rivolgersi dapprima alla Corte di giustizia in via pregiudiziale e solo successivamente, se necessario, alla Corte costituzionale.

Quanto all'**Autorità garante della concorrenza e del mercato** è da ritenersi che non sia da considerarsi giurisdizione ai sensi dell'art.267.

La Corte ha invece recentemente ritenuto che il Consiglio nazionale forense (CNF) possa essere qualificato come giurisdizione ai sensi dell'art.267 TFUE.

8.3. Nei casi dubbi, debbono essere verificati **altri requisiti**. Secondo una formula spesso ripresa dalla Corte, la possibilità che un determinato organo effettui un rinvio pregiudiziale dipende da «una serie di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente».

Tuttavia, l'esame della giurisprudenza rivela come l'approccio della Corte sia caratterizzato da notevole elasticità e come la presenza degli elementi menzionati nella formula di cui sopra non venga verificata in maniera sistematica e nemmeno con rigore costante.

Nella sentenza Dorsch Consult, ad es., il requisito dell'indipendenza è valutato con notevole ampiezza.

8.4. Più rigoroso è invece apparso l'atteggiamento della Corte con riferimento al requisito dell'**origine legale dell'organo**, con particolare riferimento al caso degli **arbitri**, ai quali ha costantemente negato il potere di sollevare questioni pregiudiziali. L'unica eccezione ammessa riguarda i casi di arbitrato obbligatorio, quando le parti sono tenute per legge a sottoporre ad arbitrato le proprie controversie in una determinata materia.

9. Segue: facoltà e obbligo di rinvio.

9.1. Rispetto al rinvio pregiudiziale, la posizione dei giudici nazionali varia a seconda che essi emettano decisioni contro le quali sia possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno oppure no.

1. Nel **primo caso**, il rinvio è oggetto di una semplice facoltà (art.267, 2° comma).
2. Nel **secondo caso**, il giudice è sottoposto ad un **obbligo** di rinvio (3° comma).

La *ratio* della distinzione è duplice.

- Da un lato, nel caso di un giudizio di ultima istanza, un errore del giudice resterebbe senza ulteriore rimedio. Sotto questo profilo, l'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza costituisce l'estrema forma di tutela alla corretta applicazione giudiziaria del diritto dell'Unione.
- D'altro lato, l'erronea soluzione data da un giudice di ultima istanza rischia di «consolidarsi», nonostante la sua non correttezza.

9.2. La nozione di **giudice di ultima istanza**, ai sensi del 3° comma dell'art.267, dipende dalla possibilità concreta di proporre un'impugnazione contro le decisioni del giudice e non solo dal rango che occupa nell'ordinamento giudiziario nazionale. Per stabilire se vi sia la possibilità di proporre un «ricorso giurisdizionale di diritto interno» vanno presi in considerazione solo i rimedi ordinari.

Non rientra nell'ambito di applicazione del terzo comma un giudice avverso le cui decisioni possa proporsi un rimedio sul modello del ricorso per cassazione o un ricorso dinanzi ad una corte suprema. In Italia, sono giudici di ultima istanza, oltre alla Corte di cassazione, anche il Consiglio di Stato e la Corte costituzionale sia nel giudizio di costituzionalità in via principale che in via incidentale.

9.3. La facoltà di rinvio che spetta ai giudici non di ultima istanza implica che questi sono liberi di scegliere se sollevare o meno le questioni di diritto dell'Unione davanti alla Corte di giustizia, indipendentemente dalla richiesta delle parti, e cioè anche d'ufficio. Tale libertà si estende, inoltre, alla scelta del **momento** in cui effettuare il rinvio, anche se, secondo la Corte, potrebbe essere opportuno che, prima di rinviare, siano già stati accertati i fatti e siano già state risolte le questioni di diritto interno.

La facoltà di rinvio non può essere limitata per effetto di norme processuali nazionali.

9.4. Nell'interpretare la portata dell'**obbligo di rinvio** a carico dei giudici di ultima istanza, la Corte ha introdotto alcuni **elementi di flessibilità**, tali da rendere meno netta la distinzione rispetto agli altri giudici.

Anzitutto, la Corte ha affermato che anche i giudici di ultima istanza «*dispongono dello stesso potere di valutazione di tutti gli altri giudici nazionali nello stabilire se sia necessaria una pronuncia sul punto di diritto comunitario onde consentire loro di decidere*» → la sola circostanza che le parti abbiano sollevato questioni di diritto dell'Unione non comporta perciò obbligo di rinvio.

Inoltre, la Corte ha individuato alcune ipotesi in cui, pur in presenza di questioni rilevanti, il rinvio può essere omesso. In casi del genere, si può parlare di **facoltà di rinvio anche per i giudici di ultima istanza**:

- quando la questione «*sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analogo fattispecie, che sia stata già decisa in via pregiudiziale*»;
- quando la risposta da dare alle questioni risulti «*da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere*»;
- quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga «*con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata*» (ipotesi detta dell'**atto chiaro**).

Prima di concludere nel senso che la questione è chiara e il rinvio alla Corte non è dovuto, al giudice di ultima istanza è fatto obbligo di procedere alle seguenti verifiche:

- convincersi che la stessa soluzione si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri e alla Corte di giustizia;
- raffrontare le diverse versioni linguistiche delle norme dell'Unione;
- tenere conto della non necessaria coincidenza tra il significato di una medesima nozione giuridica nel diritto dell'Unione e nel diritto interno;
- ricollocare la norma dell'Unione nel suo contesto e alla luce delle sue finalità.

Qualora il giudice di ultima istanza ritenga di non essere obbligato a sollevare un rinvio pregiudiziale per una delle ragioni descritte, è in ogni caso tenuto a fornire una **motivazione** del suo rifiuto di rivolgersi alla Corte di giustizia. In assenza di tale motivazione, il mancato rinvio potrebbe essere considerato arbitrario e condurre ad una violazione dell'art.6, par.1 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Il comportamento arbitrario di un giudice di ultima istanza potrebbe inoltre costituire un'ipotesi di **responsabilità dello Stato** e dare luogo ad un risarcimento dei danni a favore del singolo in cui diritti siano stati lesi dalla pronuncia giudiziale.

La distinzione tra giudici di ultima istanza e giudici delle istanze inferiori è stata ulteriormente attenuata, introducendo un'ipotesi di **obbligo di rinvio anche per giudici non di ultima istanza**. Essa riguarda le sole questioni pregiudiziali di validità.

Da ciò discende che, qualora ritenga fondati i motivi d'invalidità addotti dalle parti riguardo ad un atto delle istituzioni, il giudice, anche se non di ultima istanza, è tenuto a rinviare alla Corte la relativa questione pregiudiziale. Perché l'obbligo di rinvio scatti non basta, pertanto, che le parti abbiano sollevato dei motivi di invalidità, ma occorre anche che il giudice adito li consideri fondati.

10. Segue: l'oggetto delle questioni pregiudiziali.

10.1. Risulta dal testo dell'art.267 che la competenza pregiudiziale della Corte può riguardare **questioni di interpretazione** e **questioni di validità**.

10.2. Le **questioni pregiudiziali d'interpretazione** possono avere ad oggetto:

- a) «**i trattati**» → il testo del TUE e del TFUE nella versione applicabile *ratione temporis* ai fatti della causa pendente davanti al giudice nazionale, compresi i protocolli e gli allegati, tenendo conto degli emendamenti intervenuti o degli adattamenti apportati in occasione dell'adesione di nuovi Stati membri, e gli stessi atti di adesione.
- b) «**gli atti compiuti dalle istituzioni dagli organi e dagli organismi dell'Unione**» → la nozione comprende anzitutto gli atti appartenenti alle categorie di cui all'art.288 TFUE, incluse le raccomandazioni e i pareri, ma anche gli atti atipici, gli accordi internazionali e gli atti privi di efficacia diretta.

Non rientrano invece nella competenza pregiudiziale della Corte gli accordi o le **convenzioni concluse tra gli Stati membri**. Per consentire alla Corte di esercitare una competenza di tipo pregiudiziale riguardo a tali convenzioni, è stato necessario che tale competenza fosse istituita direttamente da ciascuna di tali convenzioni ovvero da appositi protocolli.

10.3. L'art.267 esclude che, nell'ambito di una questione di interpretazione, la stessa Corte possa procedere all'**applicazione di norme dell'Unione** alla fattispecie oggetto del giudizio pendente davanti al giudice nazionale. L'art.267 implicitamente contrappone l'interpretazione all'applicazione del diritto dell'Unione ed attribuisce alla Corte solo la prima funzione, riservando la seconda al giudice nazionale. Nondimeno, le risposte fornite dalla Corte vanno spesso al di là di un'interpretazione meramente astratta della norma dell'Unione.

10.4. Parimenti, non è previsto che la Corte possa procedere all'**interpretazione di norme degli Stati membri** o pronunciarsi sull'**incompatibilità di una norma nazionale con norme dell'Unione**. Entrambi questi compiti spettano al giudice nazionale che ha operato il rinvio.

Occorre tuttavia osservare che, qualora il giudice nazionale chieda alla Corte un giudizio sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di specifiche norme interne, la Corte, pur mantenendo fermo il principio della sua incompetenza a rispondere a questioni del genere, non le dichiara senz'altro inammissibili, ma le riformula, in modo da fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione che gli consentano di valutare tale compatibilità ai fini della soluzione della causa. In questo modo, si permette che il rinvio pregiudiziale sia utilizzato per ottenere dalla Corte un giudizio, sia pure indiretto, sulla compatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione, con effetti non molto diversi da quelli di una sentenza emessa contro lo Stato membro in questione all'esito di un ricorso per infrazione ai sensi degli artt.258 e ss. TFUE (c.d. **uso alternativo del rinvio pregiudiziale**).

10.5. La Corte accetta di pronunciarsi su questioni interpretative anche se le norme dell'Unione oggetto della questione non sono applicabili al caso di specie in quanto tale, ma in virtù di un richiamo operato da norme interne.

La Corte segue la soluzione opposta qualora si tratti di norme dell'Unione la cui formulazione è solo parzialmente riprodotta in norme interne.

10.6. Le **questioni pregiudiziali di validità** possono avere ad oggetto solo gli «*atti compiuti dalle istituzioni dagli organi e dagli organismi dell'Unione*». Tali questioni consentono alla Corte di effettuare un controllo sulla validità di tali atti ad integrazione del controllo che la Corte esercita attraverso il ricorso d'annullamento, l'eccezione di invalidità e, indirettamente, l'azione di danni da responsabilità extracontrattuale.

L'**analogia con il ricorso d'annullamento** comporta che oggetto di una questione pregiudiziale di validità possano essere tutti gli atti contro i quali si può proporre un ricorso ai sensi dell'art.263. Anche i motivi di invalidità che possono essere fatti valere sono gli stessi di quelli menzionati nel secondo comma dell'art. cit.

Tuttavia, la questione di validità che riguardi un regolamento o una decisione rivolta a terzi non è sottoposta alle condizioni restrittive di cui al 4° comma dello stesso articolo.

Parimenti non trova applicazione il termine di due mesi previsto dal 5° comma. Ne consegue che una questione di validità può essere proposta anche a distanza di anni dall'entrata in vigore dell'atto in causa. Tuttavia, qualora sia pacifico che il soggetto che si rivolge al giudice nazionale avrebbe potuto proporre ricorso di annullamento contro l'atto in questione e non lo ha fatto, lasciando decorrere il termine, il giudice nazionale non può più sollevare questione pregiudiziale di validità.

11. Segue: il valore delle sentenze pregiudiziali.

11.1. Le sentenze rese dalla Corte in un procedimento a norma dell'art.267 TFUE vincolano anzitutto il giudice che aveva effettuato il rinvio. Questi non può discostarsene ma, qualora lo ritenga necessario, può solo adire nuovamente la Corte per chiedere ulteriori chiarimenti.

Tuttavia, la sentenza della Corte assume un **valore generale** che travalica i confini del giudizio nel cui ambito le questioni pregiudiziali sono state sollevate. Qualunque giudice nazionale che si trovi a dover risolvere questioni in merito alle quali la Corte si è già pronunciata mediante sentenza pregiudiziale deve adeguarsi a tale sentenza, salva la possibilità di rivolgersi nuovamente alla Corte.

11.2. Il valore generale delle **sentenze pregiudiziali di interpretazione** risulta da quanto si è detto a proposito dell'obbligo di rinvio: l'esistenza di una sentenza emessa dalla Corte nel quadro di un procedimento pregiudiziale rende superflua la proposizione di un nuovo rinvio sulle stesse questioni o su questioni simili da parte di altro giudice, e lo esenta, se di ultima istanza, dall'obbligo di rinvio.

11.3. Il principio è stato affermato con particolare chiarezza nel caso di **sentenze pregiudiziali di validità** che dichiarano l'invalidità di un atto delle istituzioni.

La Corte afferma che «la sentenza della Corte che accerti l'invalidità di un atto di un'istituzione, in particolare di un regolamento del Consiglio o della Commissione, sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione ch'esso debba emettere».

11.4. In linea di principio, tutte le sentenze pregiudiziali hanno **valore retroattivo**. L'interpretazione contenuta in una sentenza pregiudiziale, infatti, «*chiarisce il significato e la portata della norma quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore*» e la norma così interpretata «*può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti o costituiti prima della sentenza interpretativa se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma*».

Il valore retroattivo delle sentenze va tuttavia conciliato con il **principio generale della certezza del diritto**. Di conseguenza, un soggetto che non abbia agito in giudizio entro il termine previsto dall'ordinamento a tale fine, non può, scaduto tale termine, invocare una sentenza pregiudiziale emessa dalla Corte, a meno che il termine in questione non sia irragionevole.

La Corte ricorda che «*la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario*» e che «*il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza*». Pertanto, «*il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo*».

Inoltre, la Corte si riserva il **potere di limitare nel tempo** la portata delle proprie sentenze pregiudiziali tanto interpretative quanto di validità.

- Riguardo alle sentenze **interpretative**, la Corte ritiene che «*solo in via eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione*» essa «*può essere indotta a limitare - dal punto di vista temporale - la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, cioè la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti*».
- Con riferimento alle sentenze di **validità** può essere invece invocato, per analogia, l'art.264 TFUE, applicabile alle sentenze che accolgono un ricorso d'annullamento.
La Corte, tuttavia, fa generalmente salva la possibilità di invocare la sentenza pregiudiziale da parte di coloro che abbiano proposto un'azione giudiziaria o un reclamo equivalente prima della sentenza stessa.

PARTE 6 - LE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA

1. Considerazioni generali in materia di competenza: il principio d'attribuzione.

1.1. Inizialmente il problema di come vanno delimitate e qualificate le competenze dell'Unione europea si è posto soprattutto per quanto riguarda la CE.

La CE era caratterizzata da un'impostazione sovranazionale, che la rendeva molto autonoma rispetto agli Stati membri. Questi non sempre riuscivano a controllarne i processi decisionali. Grande era pertanto il rischio che si verificasse un'estensione delle competenze della Comunità (c.d. **competence creep**), senza passare attraverso la procedura di revisione dei trattati e privando così gli Stati membri del loro potere individuale di veto.

Un rischio del genere non sussisteva per quanto riguarda i due pilastri non comunitari, dove prevaleva il metodo della cooperazione intergovernativa, con decisioni del Consiglio prese, per lo più, all'unanimità e meccanismi che consentivano agli Stati membri contrari di bloccare o almeno di rinviare gli sviluppi indesiderati.

Tutto ciò spiega come mai il problema della delimitazione delle competenze sia stato affrontato principalmente con riferimento al TCE. In tale trattato è stato infatti inserito l'art.5, nel quale venivano enunciati alcuni principi generali in materia: **il principio di attribuzione, il principio di sussidiarietà e il principio di proporzionalità**.

In un secondo momento, delineandosi l'abolizione della struttura a pilastri e l'estensione del metodo comunitario alle materie in precedenza appartenenti al III pilastro, si è avvertita l'esigenza di arrivare ad una disciplina di più ampia portata da dedicare al problema delle competenze.

Il Trattato di Lisbona ha così rafforzato lo *status* dei richiamati principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità, erigendoli a principi applicabili all'intera Unione e incorporandoli in uno dei primi articoli del TUE, l'art.5.

È stato poi previsto uno speciale ed innovativo sistema di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, affidato ai parlamenti nazionali, disciplinato dal Protocollo n.2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

D'altro lato, il Trattato di Lisbona codifica e chiarisce la distinzione tra le varie categorie di competenze dell'Unione (art.2 TFUE) e fornisce una loro elencazione categoria per categoria (artt.3-6 TFUE).

1.2. Trattando di competenze dell'Unione è necessario partire dal **principio d'attribuzione**. Si tratta di una caratteristica essenziale dell'ordinamento che riguarda la «*struttura costituzionale dell'Unione*».

A differenza degli Stati, l'Unione non è un ente a finalità e competenza generali, ma può agire solo nei settori in cui un suo intervento sia contemplato dai trattati e solo per gli obiettivi che i trattati stessi indicano.

- L'**art.5, par.1, TUE**, enfatizza la centralità del principio: «*la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione*».
- A sua volta, il **par.2, prima frase**, definisce il principio nei seguenti termini: «*In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti*». In questa definizione l'accento è posto sul **carattere derivato** delle competenze dell'Unione.
- La **seconda frase** completa la definizione, esprimendo l'idea della **specialità** delle competenze dell'Unione rispetto a quelle degli Stati membri: «*Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri*».

In altri termini, la competenza dell'Unione non si presume. **La regola generale è la competenza degli Stati membri.**

Il principio di attribuzione esige che per ciascun atto dell'Unione venga indicata la **base giuridica** su cui l'atto è fondato.

Il nesso tra il principio d'attribuzione e l'obbligo di indicazione della base giuridica degli atti delle istituzioni è stato ribadito dalla Corte nella sentenza *Commissione c. Consiglio* (2017).

1.3. La portata del principio d'attribuzione risulta tuttavia meno rigida di quel che potrebbe sembrare.

Da un lato, la Corte di giustizia ha ammesso che, pur in mancanza di un'espressa attribuzione di poteri, l'Unione possa essere considerata competente quando l'esercizio di un certo potere risulti indispensabile per l'esercizio di un potere espressamente previsto o per il raggiungimento degli obiettivi dell'ente (teoria dei **poteri impliciti**).

La teoria in esame ha trovato applicazione nella giurisprudenza della Corte tutte le volte che questa ha interpretato estensivamente i poteri delle istituzioni e, per converso, limitatamente i poteri residui degli Stati membri, pur in assenza di un preciso dato testuale in questo senso.

Secondo la Corte, la competenza esterna della CE «*non dev'essere in ogni caso espressamente prevista dal Trattato, ma può desumersi anche da altre disposizioni del Trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità*».

1.4. D'altro lato, i trattati stessi prevedono una sia pur parziale deroga al principio d'attribuzione, attraverso l'**art.352, par.1, TFUE**, noto come **clausola di flessibilità**:

«*Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo*».

L'inserimento di una norma così formulata rivela come gli stessi Stati membri siano coscienti dell'impossibilità di definire in anticipo e con esattezza i poteri di cui l'Unione potrebbe avere bisogno per raggiungere i suoi fini complessi e variegati. Da qui la necessità di consentire, entro limiti ristretti e con il rispetto di una procedura rigorosa, l'assunzione autonoma, cioè senza l'intervento degli Stati membri, di nuovi poteri.

La **procedura**, infatti, è delle più solenni. È sempre prevista una deliberazione del Consiglio all'unanimità, su proposta della Commissione, previa approvazione del Parlamento europeo. La seconda frase precisa che qualora si intendesse adottare un atto legislativo, si seguirà una procedura legislativa speciale dello stesso tipo (e non la procedura legislativa ordinaria).

Da un punto di vista sostanziale, occorre che siano soddisfatte numerose **condizioni**:

- la nuova azione deve apparire «*necessaria nel quadro delle politiche definite dai trattati per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati*»;
- i trattati non devono aver «*previsto i poteri di azione richiesti a tal fine*»;

- la nuova azione non può «comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati lo escludono»;
 - la nuova azione non può servire per il conseguimento di obiettivi riguardanti la PESC.
1. La prima condizione (**necessità dell'azione**) comporta un notevole margine di discrezionalità in favore delle istituzioni.
 2. Quanto alla seconda condizione (**mancata previsione di adeguati poteri**), la Corte ha sottolineato il carattere residuale della norma in esame, escludendone l'utilizzabilità ogni volta che il TCE prevedeva una base giuridica alternativa.
 3. La terza condizione (**esclusione di misure d'armonizzazione** nei settori in cui non sono previste) mira ad impedire che, attraverso misure approvate ai sensi dell'art.352 TFUE, le istituzioni possano aggirare un limite alla loro competenza espressamente voluto dai trattati.

L'art.352 TFUE affida alle istituzioni la **scelta del tipo di atto** da adottare, riferendosi genericamente a «le disposizioni appropriate».

Ci si è domandati se, al di là delle esclusioni espressamente previste dal testo dell'art.352 TFUE, esistano dei **limiti intrinseci** alla possibilità di ricorrere a questa norma. È infatti evidente che essa costituisce un *minus* rispetto alla procedura di revisione di cui all'art.48 TUE.

Secondo la Corte, la norma contenuta nel vecchio art.308 TCE non poteva «essere in ogni caso utilizzata quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura prevista nel Trattato medesimo».

È perciò da ritenersi, in primo luogo, che la norma in esame consenta nuove azioni, ma non deviazioni o deroghe rispetto alla disciplina materiale fissata dagli stessi trattati.

Tanto meno sarebbe possibile, tramite l'art.352, riattribuire agli Stati membri competenze conferite dai trattati all'Unione. La stessa soluzione negativa vale per il caso in cui le disposizioni che si vorrebbero fondare sull'art.352 siano tali da modificare, sia pure indirettamente, la struttura istituzionale dell'Unione, come delineata dai trattati.

È invece possibile riconoscere all'Unione **nuovi poteri**, nel senso di consentirle di intervenire in settori non menzionati espressamente dai trattati. La Corte però ha richiesto che non si vada «al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità».

Nella prassi, l'art.308 TCE è stato utilizzato proprio in questo senso.

Una limitazione al ricorso all'art.352 è derivata dall'introduzione del principio di sussidiarietà. Tale principio è infatti sicuramente applicabile ogniqualvolta la sola base giuridica disponibile per l'azione dell'Unione è costituita dall'art.352. In casi del genere, infatti, la competenza è di tipo concorrente e soggiace al principio in questione. Ciò non può non indurre ad una maggiore cautela nel considerare sussistente il requisito della necessità della nuova azione del Consiglio.

2. I vari tipi di competenza.

2.1. Non tutte le competenze attribuite dai trattati all'Unione hanno pari natura. Secondo la ripartizione adottata dall'art.2 TFUE, le competenze dell'Unione si distinguono nelle seguenti categorie:

1. **competenze esclusive**;
2. **competenze concorrenti**;
3. **competenze di sostegno, coordinamento e completamento** (c.d. di terzo tipo).

Le **caratteristiche** delle competenze di coordinamento nel campo delle politiche economiche e dell'occupazione e della competenza per definire e attuare la PESC.

- esistenza del potere di

2.2. L'art.2, par.1, TFUE è dedicato alla **competenze esclusive**. Esso dispone: «Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione».

- assenza del potere di adottare atti del genere in capo agli Stati membri anche in caso di inazione dell'Unione;
- potere degli Stati membri di agire soltanto in due casi:
 - a) se autorizzati dall'Unione;
 - b) se si tratta di atti destinati a dare attuazione ad atti dell'Unione.

L'art.3, par.1, TFUE contiene un'**elencazione tassativa** dei settori in cui l'Unione ha competenza esclusiva. I settori in questione sono:

- unione doganale;
- definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno;
- politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro;
- conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca;

- politica commerciale comune.

Il **par.2** prevede un'ulteriore competenza esclusiva in merito alla conclusione di accordi internazionali.

2.3. L'art.2, par.2, TFUE si occupa delle **competenze concorrenti** (anche dette ripartite): «quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria».

Le **caratteristiche** delle competenze concorrenti sono:

- coesistenza del potere di adottare atti legislativi e vincolanti in genere in capo sia all'Unione che agli Stati membri;
- pienezza del potere di azione degli Stati membri finché l'Unione resta inerte;
- progressiva perdita del potere di azione degli Stati membri man mano che l'Unione agisce;
- riacquisto del potere di azione da parte degli Stati membri nella misura in cui l'Unione decide di cessare di esercitare la propria competenza.

Nei settori di competenza concorrente, inizialmente Unione e Stati membri possono ciascuno esercitare i propri poteri. Si tratta, tuttavia, di una situazione transitoria, che potrebbe modificarsi in favore dell'Unione. Infatti, a mano a mano che questa agisce, diminuisce corrispondentemente lo spazio d'azione degli Stati membri.

Qualora poi l'Unione scegliesse di adottare in un certo settore di competenza concorrente una disciplina completa e dettagliata, agli Stati membri sarebbe precluso qualunque intervento. In casi del genere, la competenza dell'Unione, originariamente concorrente, diverrebbe di fatto esclusiva (tale fenomeno può essere definito svuotamento o **pre-emption**).

Comunque, la perdita di competenza subita dagli Stati membri per effetto dell'esercizio da parte della Unione di una propria competenza concorrente non è mai definitiva, ma potrebbe venire meno qualora l'Unione decidesse di non esercitarla più, abrogando gli atti adottati in precedenza.

2.4. L'art.4 TFUE definisce i settori di competenza concorrente dell'Unione, di cui non è prevista un'**elencazione** tassativa. Le competenze dell'Unione sono pertanto concorrenti a meno che non ricadano tra quelle espressamente qualificate come esclusive o di terzo tipo (il principio si ricava dal par.1 dell'art.4).

Il **par.2** contiene un'elencazione dei settori «principali» di competenza concorrente, lasciando presumere che ce ne possano essere altri.

- mercato interno,
- politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato,

c) coesione economica, sociale e territoriale,

d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare

e) ambiente,

f) protezione dei consumatori,

g) trasporti,

h) reti trans-europee,

i) energia,

j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia,

k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato.

A tali settori vanno aggiunti la ricerca, lo sviluppo tecnologico e lo spazio (par. 3), nonché la cooperazione allo sviluppo e l'aiuto umanitario.

2.5. I trattati prevedono un terzo tipo di competenze. L'art.2, par.5, TFUE, stabilisce infatti che «in taluni settori e alle condizioni **caratteristiche** dei trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori».

Le **caratteristiche** delle competenze di terzo tipo sono:

- la competenza dell'Unione è esercitata in parallelo con la competenza degli Stati membri, attraverso azioni destinate a sostenere, coordinare o integrare quelle degli Stati membri;
- l'esercizio della competenza dell'Unione non può mai sostituirsi a quella degli Stati membri o portare ad un suo progressivo svuotamento.

L'art.2, par. 5, 2° comma, TFUE precisa che «gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

I settori oggetto delle competenze del terzo tipo, indicati in maniera **tassativa** dall'**art.6 TFUE**, sono i seguenti:

- tutela e miglioramento della salute umana,

- b) industria,
- c) cultura,
- d) turismo,
- e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport,
- f) protezione civile,
- g) cooperazione amministrativa.

Il quadro delle competenze dell'Unione è completato dalle competenze di coordinamento in materia di politiche economiche, in particolare attraverso l'adozione di indirizzi di massima, nonché in materia di politiche occupazionali, in particolare attraverso l'adozione di orientamenti, e in materia di politiche sociali.

Infine, va ricordata la competenza nel settore PESC.

3. Il principio di sussidiarietà.

3.1. Il **principio di sussidiarietà**, così come il principio di proporzionalità, presuppongono l'esistenza di una competenza attribuita all'Unione: attengono infatti all'esercizio di una tale competenza. Come recita l'**art.5, par.1, TUE**, «*la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione*», mentre «*l'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità*».

L'**art.5, par.3** definisce il principio di sussidiarietà: «*In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene solo se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione*».

3.2. L'**art.5, par.3** specifica il **campo d'applicazione** del principio di sussidiarietà: esso vale solo nei settori che non sono di competenza esclusiva dell'Unione. Dal momento che i settori di competenza esclusiva sono pochissimi e rappresentano l'eccezione, questa precisazione non ha in pratica grande rilevanza.

Considerando che, nei settori di **competenza concorrente**, la sopravvivenza della competenza statale dipende dalla maniera con cui la competenza dell'Unione viene esercitata, il principio di sussidiarietà ha grande importanza proprio in questi casi. Esso, infatti, costituisce **per gli Stati membri una garanzia** che le loro competenze in settori di competenza concorrente non vengano limitate o, addirittura, cancellate quando ciò non si giustifichi in relazione alla maggiore efficienza dell'azione dell'Unione rispetto a quella autonoma degli Stati membri.

In astratto il principio in esame potrebbe essere considerato come «*neutrale*», nel senso che consente di dare la preferenza all'azione statale o a quella dell'Unione sulla base di un giudizio di efficienza relativa. La scelta tra l'una o l'altra dovrebbe dipendere da un esame obiettivo, mirante a stabilire quale delle due azioni assicuri migliori risultati.

Per come risulta formulato e per come esso viene inteso dagli Stati membri, invece, il principio di sussidiarietà esprime un **favor per l'azione statale**. L'azione statale va preferita se assicura il raggiungimento degli obiettivi prescelti benché solo in misura sufficiente, mentre l'azione dell'Unione può essere scelta solo se ne garantisce il raggiungimento ad un livello superiore.

Inoltre, la maggiore efficienza dell'azione dell'Unione rileva come criterio capace di farla preferire all'azione statale solo se essa dipende dalla portata e dagli effetti dell'azione in questione. L'azione da intraprendere deve infatti presentare aspetti in qualche maniera trans-nazionali, in mancanza dei quali l'azione dell'Unione sembra esclusa *a priori*.

L'art.5, par.3 contiene un riferimento al «*livello regionale o locale*» accanto a quello «*centrale*» per valutare la sufficienza dell'azione degli Stati membri. Dal riferimento non sembra potersi ricavare che i trattati impongano agli Stati membri di rispettare il principio di sussidiarietà anche al proprio interno, nei rapporti tra potere centrale e autonomie territoriali.

3.3. Il principio di sussidiarietà dà dunque luogo a non pochi problemi in sede d'applicazione. Le istituzioni si sono pertanto preoccupate soprattutto di stabilire **garanzie procedurali** che favoriscano il rispetto di tale principio in occasione della approvazione dei vari atti.

Alla questione è dedicato il **Protocollo n.2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità**.

L'aspetto di maggiore interesse è costituito dalla scelta di affidare ai **parlamenti nazionali** un inedito ed importante ruolo in questo ambito. Essi esercitano «*in prima battuta, a livello politico*» il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà «*secondo le procedure stabilite a tal fine dal protocollo*».

A ciascun parlamento nazionale o camera di esso è attribuito il potere di formulare, entro 8 settimane dalla trasmissione di un progetto di atto legislativo, un parere motivato di non conformità del progetto al principio di sussidiarietà. A ciascuna camera parlamentare è assegnato un voto, mentre ai parlamenti unicamerale spettano due voti. In funzione del numero di

pareri negativi espressi e a seconda della procedura di adozione dell'atto, il trattato prevede due diverse modalità di controllo della sussidiarietà (i c.d. meccanismi del «**cartellino giallo**» e del «**cartellino arancione**»). Qualora si siano espressi per la violazione di detto principio parlamenti o camere parlamentari che rappresentino almeno un terzo dei voti disponibili (un quarto, se la proposta riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia), si applica la procedura del «**cartellino giallo**»: il progetto deve essere riesaminato dal suo autore, con possibilità di mantenerlo, modificarlo o ritirarlo, ma con obbligo di specifica motivazione.

Un meccanismo ulteriore (il c.d. «**cartellino arancione**») è previsto se per l'adozione dell'atto si deve seguire la **procedura legislativa ordinaria**. In questo caso, se contro il progetto di atto legislativo sono stati espressi pareri negativi che rappresentano la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, la Commissione, se decide di mantenere il progetto di atto, deve emanare un parere motivato.

Nell'ambito della procedura legislativa ordinaria si apre così una fase preliminare, prima della prima lettura, esclusivamente dedicata alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà. Basta che il Consiglio voti a maggioranza del 55% dei membri nel senso che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà o che altrettanto faccia il Parlamento europeo a maggioranza dei voti espressi, a far sì che la proposta legislativa decada e non formi oggetto di ulteriore esame.

3.4. Si è a lungo discusso se il rispetto del principio di sussidiarietà possa essere oggetto di **controllo giurisdizionale** o se si tratti di un'indicazione meramente politica rivolta alle istituzioni.

La Corte ha accettato di estendere il proprio sindacato al rispetto del principio in esame. Essa ha sottolineato che «*in seconda battuta*», dopo le valutazioni affidate ai parlamenti nazionali, il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà «*spetta al giudice dell'Unione*».

In un primo tempo, la violazione del principio di sussidiarietà è stata invocata dalle parti come **vizio della motivazione**.

Successivamente, la Corte è stata chiamata a verificare l'esistenza della violazione del principio in esame in quanto **vizio autonomo** rientrante in quello di violazione dei trattati.

La Corte ha precisato che la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà va effettuata sotto due profili distinti. Occorre esaminare:

1. in primo luogo, «*se l'obiettivo dell'azione progettata potesse essere meglio realizzato a livello comunitario*»;
2. in secondo luogo, che l'azione comunitaria non abbia «*oltrepassato la misura necessaria per realizzare l'obiettivo cui tale azione è diretta*».

In sede di controllo giurisdizionale, la Corte può essere altresì chiamata a sindacare il rispetto delle garanzie procedurali previste dal Protocollo n.2. Uno Stato membro può quindi contestare, con un ricorso di annullamento, il mancato invio ai parlamenti nazionali delle proposte di atti legislativi dell'Unione o ancora, laddove ne ricorrano i presupposti, l'omesso riesame di tali proposte da parte della Commissione o l'omesso svolgimento della fase preliminare della procedura legislativa ordinaria dedicata alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà.

Il diniego di tali garanzie può essere considerato una violazione di forme sostanziali.

4. Il principio di proporzionalità.

4.1. L'ultimo dei principi richiamati dall'**art.5** TUE è noto come **principio di proporzionalità**. Il **par.4** prevede: «*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*».

Anche questo principio attiene alle modalità di esercizio delle competenze dell'Unione. Tanto nei settori di competenza esclusiva, quanto in quelli di competenza concorrente, l'intervento dell'Unione deve infatti essere limitato a «*quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*».

Il principio di proporzionalità, pertanto, ha la funzione di tutelare gli Stati membri da interventi dell'Unione di portata ingiustificatamente ampia.

4.2. Gli Stati membri non hanno esitato ad utilizzare il principio di proporzionalità per contestare la legittimità di atti delle istituzioni giudicati eccessivamente invasivi delle loro competenze. La Corte, tuttavia, limita il proprio riesame alle ipotesi di errore manifesto, sviamento di potere o manifesto travalicamento dei limiti della discrezionalità.

La Corte ha chiarito che il principio di proporzionalità non risulta violato per il semplice fatto che un atto legislativo dell'Unione possa incidere più su uno Stato membro che su altri. Infatti, un'iniziativa del legislatore dell'Unione che — al fine di garantire un equilibrio tra i diversi interessi in gioco — «*non prenda in considerazione la situazione particolare di un solo Stato membro, ma quella dell'insieme degli Stati membri dell'Unione, non può essere considerata contraria al principio di proporzionalità*».

4.3. L'esigenza di rispettare la proporzionalità comporta restrizioni per quanto riguarda tanto la **scelta del tipo di atto** da adottare, quanto il contenuto di quest'ultimo.

Circa il primo aspetto va richiamato l'**art.296 TFUE**: «qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità».

4.4. Occorre infine chiarire il rapporto tra il principio di proporzionalità di cui all'art.5, par.4, TUE, e il **principio generale** dello stesso nome.

In realtà, il **principio generale di proporzionalità** si è inizialmente affermato come strumento di protezione dei singoli nei confronti delle istituzioni o delle autorità degli Stati membri, quando queste ultime agiscono in un settore rientrante nel campo d'applicazione dei trattati. Il principio esige infatti che i sacrifici e le limitazioni di libertà imposte ai singoli non eccedano quanto necessario per il raggiungimento degli scopi pubblici da perseguire e, in particolare:

- a) siano idonei a raggiungere l'obiettivo perseguito;
- b) e siano necessari a questo stesso fine, evitando di imporre ai privati sacrifici superflui.

Il **principio di proporzionalità** di cui all'art.5, par.4, invece, riguarda il rapporto tra le competenze dell'Unione e quelle degli Stati membri. Esso costituisce pertanto una garanzia specificamente prevista per questi ultimi.

Non si può tuttavia negare che i criteri utilizzati siano identici a quelli propri del principio generale. Sarebbe pertanto possibile considerare il principio enunciato dall'art.5, par.4 come una specifica applicazione del principio generale.

5. La competenza a concludere accordi internazionali.

5.1. Particolarmente complessa si rivela la definizione e la classificazione della competenza dell'Unione per quanto riguarda la conclusione di accordi internazionali (c.d. **competenza esterna**).

In quanto soggetto autonomo di diritto internazionale, l'Unione ha la capacità di concludere accordi con altri soggetti di tale ordinamento senza dover passare attraverso i propri Stati membri.

Tuttavia, la competenza esterna dell'Unione non ha portata illimitata. Anche sotto questo profilo, infatti, essa soggiace al principio d'attribuzione. Inoltre, la soggettività di diritto internazionale dell'Unione coesiste con quella degli Stati membri. Ciò ha dato luogo a frequenti controversie sulla portata della competenza esterna dell'Unione, nonché sul carattere esclusivo o meramente concorrente della stessa.

Il Trattato di Lisbona ha previsto due appositi articoli del TFUE:

- l'**art.216, par.1**, che definisce in termini generali in quali casi l'Unione è competente a concludere accordi internazionali;
- l'**art.3, par.2**, che stabilisce in quali casi la competenza esterna dell'Unione ha carattere esclusivo.

5.2. Ai sensi dell'**art.216, par.1**, i **casi in cui l'Unione è dotata di competenza esterna** sono i seguenti:

- a) casi in cui la conclusione di un accordo è prevista dai trattati;
- b) casi in cui la conclusione di un accordo è necessaria per la realizzazione di uno degli obiettivi fissati dai trattati, nell'ambito delle politiche dell'Unione;
- c) casi in cui la conclusione di un accordo è prevista da un atto giuridico vincolante dell'Unione;
- d) casi in cui l'accordo da concludere possa incidere su norme comuni o alterarne la portata.

I casi *sub a)* sono i più semplici e costituiscono quella che può essere definita la **competenza esterna normativamente prevista** → i trattati dispongono espressamente che l'Unione può concludere accordi internazionali di determinati tipi o in determinati settori.

In origine si trattava solo degli accordi in materia di politica commerciale comune e degli accordi di associazione. Successivamente, altre ipotesi sono state aggiunte.

I casi *sub b), c) e d)* comprendono le ipotesi che, alla luce della giurisprudenza della Corte, venivano fatte rientrare nella **competenza esterna parallela**. La Corte di giustizia aveva infatti stabilito che l'Unione può concludere accordi internazionali non solo nei casi in cui ciò è espressamente previsto dai trattati, ma anche in tutte le altre materie per le quali disponga del potere di adottare atti sul piano interno (c.d. principio del **parallelismo dei poteri interni ed esterni**).

- Il caso d) corrisponde alla c.d. competenza parallela successiva. Si tratta di casi in cui la competenza esterna parallela viene esercitata soltanto dopo che l'Unione ha già adottato, sul piano interno, atti aventi ad oggetto la stessa materia dell'accordo.
- Il caso c) rappresenta una specificazione del caso precedente. Si tratta di situazioni in cui l'Unione ha già esercitato la propria competenza interna e ha adottato un atto in cui si prevede che l'Unione concluda accordi internazionali con Stati

terzi nella medesima materia oggetto dell'atto. In casi del genere, peraltro, la competenza esterna sarebbe, per definizione, di tipo esclusivo.

- Il caso b) invece corrisponde alla c.d. **competenza parallela preventiva**. Si tratta di casi eccezionali in cui la competenza interna è attivata proprio in occasione della conclusione di un accordo internazionale.

5.3. Questione ancora più delicata è stabilire se la **competenza esterna dell'Unione ha natura esclusiva o concorrente**. Si tratta di determinare se la possibilità che l'Unione concluda un accordo internazionale in un certo campo impedisca agli Stati membri di concludere a loro volta un accordo nel medesimo campo in alternativa all'Unione o a fianco della stessa (c.d. accordi misti).

È intervenuto il Trattato di Lisbona, inserendo nell'**art.3 TFUE**, che definisce le competenze esclusive dell'Unione, una norma speciale sulla competenza esclusiva esterna: il **par.2**.

Il par.2 inizia affermando che «l'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali». I casi di competenza esterna esclusiva disciplinati dall'art.3, par.2 si aggiungono a quelli del par.1.

Tenuto conto di ciò, risulta che la competenza esterna dell'Unione è esclusiva nei seguenti casi:

- a) accordi che riguardano settori rientranti nella competenza esclusiva dell'Unione sul piano interno;
- b) accordi la cui conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione;
- c) accordi la cui conclusione è necessaria per consentire all'Unione di esercitare le sue competenze a livello interno;
- d) accordi la cui conclusione può incidere su norme comuni o modificarne la portata.

Il **caso a)** è quello della **competenza esterna originariamente esclusiva** → nelle materie in cui l'Unione ha competenza esclusiva sul piano interno, essa ha anche competenza esclusiva sul piano esterno.

Così l'Unione è l'unica a poter concludere accordi internazionali nel campo della **politica commerciale comune**, nonché nel campo della **conservazione delle risorse biologiche del mare**.

I **casi b), c) e d)** sono tutti casi di **competenza esterna esclusiva derivata**. Si tratta di accordi aventi ad oggetto settori rientranti nelle competenze concorrenti o anche in quelle di sostegno, coordinamento e completamento.

In questi casi, la competenza esterna dell'Unione è almeno inizialmente di tipo concorrente. Al suo fianco sopravvive quella degli Stati membri. Di conseguenza un accordo internazionale che rientri in uno di questi settori potrebbe essere concluso, in teoria, dalla sola Unione, dall'Unione e dagli Stati membri (accordi misti) o solo dagli Stati membri. La scelta tra queste tre formule è spesso dettata da considerazioni di ordine politico e dalla volontà degli Stati membri di non cedere il passo all'Unione sul piano dei rapporti con Stati terzi.

Nei settori di competenza concorrente o di terzo tipo, tuttavia, nel tempo si possono produrre delle condizioni che hanno l'effetto di accentrare la competenza esterna, inizialmente condivisa tra gli Stati membri e l'Unione, in capo solo a quest'ultima (dove il carattere derivato di questa forma di competenza esclusiva).

- Nei casi b) e d) si tratta di casi in cui questo effetto di accentrimento dipende dall'avvenuto esercizio della competenza interna dell'Unione.
- Nel caso b) l'esercizio della competenza interna si è tradotto nell'adozione di un «atto legislativo» che preveda la conclusione dell'accordo in questione da parte dell'Unione. L'atto legislativo non sarebbe rispettato se l'accordo fosse concluso solo o anche dagli Stati membri.

La Corte afferma quanto segue: «*allorché la Comunità include nei suoi atti legislativi interni clausole relative al trattamento da riservare ai cittadini di paesi terzi o conferisce espressamente alle proprie istituzioni una competenza a negoziare con i paesi terzi, essa acquista una competenza esterna esclusiva in misura corrispondente ai suddetti atti*».

Nel caso d) l'esercizio della competenza interna si è tradotto nell'adozione di «norme comuni» dell'Unione sulle quali l'accordo che si intende concludere inciderebbe o la cui portata sarebbe addirittura modificata dall'accordo stesso. Ciò giustifica che sia solo l'Unione e non gli Stati membri a concluderlo. I presupposti per l'accentrimento della competenza esterna in capo all'Unione sono due:

1. anzitutto, l'Unione deve aver adottato norme comuni, vale a dire atti di diritto derivato che operano sul piano interno «un'armonizzazione completa» della materia oggetto dell'accordo internazionale;
2. inoltre, l'accordo deve incidere sulle norme comuni o modificarne la portata. Quando le disposizioni dell'accordo contraddicono e modificano la disciplina interna in relazione ai rapporti con il Paese terzo contraente, un'incidenza del genere è senz'altro realizzata. L'effetto in questione si verifica, tuttavia, «anche in assenza di contraddizione con norme comuni dell'Unione». È pertanto sufficiente la possibilità di sovrapposizione delle norme contenute nell'accordo e di quelle comuni, le quali possono anche non essere in contraddizione tra loro.

Il caso d) (**incidenza dell'accordo su norme comuni**) è quello che viene invocato più spesso.

Nel caso c) invece l'effetto di accentramento in capo all'Unione della competenza esterna dipende non dall'essere stata già esercitata la competenza interna, ma dal fatto che, senza la conclusione dell'accordo in questione, la competenza esterna non potrebbe più esserlo nemmeno in futuro.

6. Le competenze dell'Unione nel settore della PESC.

6.1. Dal momento che i principi di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità sono ormai contenuti in una norma del TUE (l'art.5), non v'è più alcun dubbio che essi siano pienamente applicabili anche nel settore della PESC.

Manca però una **clausola di flessibilità** che attenui il rigore del principio di attribuzione. L'art.352 TFUE esclude, al par.4, che tale norma possa «*servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune*» e impone che gli atti adottati ai sensi degli altri paragrafi rispettino «*i limiti previsti dall'art.40, 2° del TUE*», cioè lascino impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dall'Unione a titolo del Capo 2 del Titolo V, dedicato appunto alla PESC.

6.2. Quanto al **tipo di competenza**, la competenza avente ad oggetto la definizione e l'attuazione della PESC è considerata dall'art.2 TFUE come a sé stante, essendovi dedicato un apposito paragrafo (par.4).

È comunque chiaro che in questo ambito non vi sono settori o questioni che possano dirsi di competenza esclusiva dell'Unione. Al più può parlarsi di competenza concorrente o di competenze del terzo tipo, soprattutto di coordinamento. La circostanza che nel settore PESC manchi una competenza di tipo esclusivo comporta che la sola previsione della competenza dell'Unione ad agire per perseguire determinati obiettivi di politica estera e di sicurezza comune non preclude affatto agli Stati membri di agire autonomamente nei medesimi ambiti, fino a quando l'Unione non abbia esercitato i propri poteri.

Quanto alla categoria della competenza concorrente, essa trova qualche parziale riscontro in questo ambito. Potrebbe forse parlarsi di competenza concorrente per le materie che possono formare oggetto di interventi operativi dell'Unione ai sensi dell'art.28 TUE. Le decisioni di questo tipo vincolano gli Stati membri.

Tuttavia, va tenuto conto che gli interventi operativi hanno un obiettivo definito quanto al contenuto e alla durata. Esse non possono pertanto avere lo stesso effetto di svuotamento della competenza statale che normalmente deriva dall'esercizio di una competenza concorrente di tipo normativo. Il moltiplicarsi di interventi operativi dell'Unione, infatti, non impedisce ai singoli Stati membri di agire autonomamente nel caso di situazioni internazionali rispetto alle quali l'Unione non intenda o non possa intervenire.

Piuttosto, la competenza dell'Unione nel settore della PESC presenta alcune caratteristiche delle competenze di terzo tipo, soprattutto della competenza di coordinamento.

L'**obbligo di coerenza** si ricava da numerose disposizioni del Capo 2 del Titolo V del TUE. Questi articoli postulano che gli Stati membri continuino a svolgere una politica estera nazionale, con il solo limite di evitare comportamenti difforni dalla linea adottata dall'Unione.

Quanto all'obbligo di coordinamento, secondo l'art.32, 1° comma «*gli Stati membri si consultano in sede di Consiglio in merito a qualsiasi questione di politica estera e di sicurezza di interesse generale per definire un approccio comune*» e sono obbligati a consultarsi reciprocamente «*prima di intraprendere qualsiasi azione sulla scena internazionale e di assumere qualsiasi impegno che possa ledere gli interessi dell'Unione*».

In conclusione, la **competenza** nel settore della PESC è da considerarsi **sui generis**. La categoria alla quale è più prossima sembra quella delle competenze del terzo tipo.

6.3. È opportuno infine accennare al problema della **delimitazione di competenza tra il settore della PESC e gli altri settori rientranti nella competenza dell'Unione**.

Il problema è affrontato dall'**art.40 TUE**. Secondo questa norma, l'attuazione della PESC «*lascia impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli artt. da 3 a 6*» TFUE; d'altra parte, però, l'attuazione delle politiche previste in tali articoli «*lascia parimenti impregiudicata l'applicazione delle*

procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione a titolo del presente capo».

L'art.40 non sembra esprimere alcun *favor* per le competenze disciplinate dal TFUE.

Il vecchio art.47 TUE, invece, esprimeva chiaramente questa idea, prevedendo che «*nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati*».

Nel caso di atti basati su disposizioni PESC, l'art.275, par.2, TFUE prevede che « *la Corte è competente a controllare il rispetto dell'art.40 del TUE* ». Per esercitare tale compito, la Corte accerta se la base giuridica prescelta per l'atto impugnato è stata individuata correttamente, cioè in funzione di criteri oggettivi, in particolare lo scopo e il contenuto dell'atto. Pertanto, il rispetto della delimitazione tra, da un lato, le competenze disciplinate dal TFUE e, dall'altro, quelle rientranti nel settore PESC è garantita da un rimedio giurisdizionale.

Dalla giurisprudenza emanata prima del Trattato di Lisbona riguardo alla delimitazione tra i vari pilastri allora esistenti emergeva la tendenza a considerare che le competenze del vecchio III pilastro avevano una funzione residuale e potevano essere legittimamente utilizzate solo se non fosse disponibile una base giuridica adeguata all'interno del TCE.

Successivamente la stessa tendenza è stata confermata per quanto riguarda i rapporti tra pilastro comunitario e PESC.

L'attuale formulazione dell'art.40 TUE induce a ritenere che la preferenza per la riconduzione di un atto nell'ambito delle competenze disciplinate dal TFUE sia venuta meno. Tale disposizione pone infatti sullo stesso piano le competenze PESC e le altre competenze dell'Unione, disponendo che l'esercizio delle une debba avvenire nel rispetto delle altre e viceversa. La delimitazione di tali competenze dev'essere pertanto operata sulla base dei soli criteri oggettivi ricordati sopra, in particolare alla luce dello scopo e del contenuto dell'atto contestato.

LIBRO 2

CAPITOLO 1 - NOZIONI GENERALI

1. Il mercato unico europeo: strumento di crescita economica e d'integrazione politica.

1.1. Il presente volume è dedicato allo studio di quel fenomeno giuridico cui un numero sempre più ampio di Stati europei ha deciso di dar vita, rinunciando ad un'ampia serie di attributi della propria sovranità individuale e accettando di fondere il rispettivo mercato nazionale in un grande **mercato unico europeo**.

In realtà, il termine "**mercato unico**" non figura tra quelli utilizzati dai trattati attraverso i quali gli Stati membri hanno dato avvio e poi portato avanti l'obiettivo dell'unificazione dei mercati. I trattati istitutivi delle tre Comunità europee parlano di **mercato comune**.

A partire dall'entrata in vigore dell'Atto unico europeo (AUE) del 1986, al mercato comune viene affiancato il termine di **mercato interno** (art.26 TFUE). Il Trattato di Lisbona del 2007, infine, elimina dal TUE e dal TFUE ogni riferimento al mercato comune, sostituendovi sistematicamente il termine "mercato interno".

L'uso del termine mercato unico è invece molto diffuso nel dibattito intorno all'integrazione europea ed è spesso utilizzato in documenti ufficiali redatti dalle istituzioni dell'Unione o per loro conto.

Perciò, nonostante il tentativo di uniformazione effettuato con il Trattato di Lisbona, ancora oggi sono in uso una pluralità di termini intercambiabili. È pertanto consentito

fare ricorso all'uno o all'altro senza distinzioni, a meno che non sia il contesto ad imporlo.

1.2. Il progetto di integrazione europea prende avvio dalla famosa Dichiarazione Schuman del 1950. Gli ideatori della Dichiarazione Schuman decidono di puntare su un progetto molto avanzato di integrazione economica e di liberalizzazione degli scambi: il **mercato comune europeo**.

Schuman e i suoi collaboratori sono infatti convinti che la completa apertura dei mercati nazionali e la loro reciproca interpenetrazione in un mercato comune avrebbero offerto alle economie degli Stati europei una grande opportunità di crescita e che ciò si sarebbe tradotto in un forte miglioramento del tenore di vita delle loro popolazioni. Si sarebbe pertanto delineata quella "*solidarietà di fatto*" tra le Nazioni e i popoli europei cui allude la Dichiarazione e che avrebbe dovuto condurre, a lungo termine, ad una vera e propria Europa unita.

L'ideale del mercato comune nasce pertanto come progetto con finalità economiche, ma in un contesto in cui l'obiettivo dell'unificazione politica è ben presente.

1.3. Lo strumento del mercato comune trova una sua prima applicazione settoriale limitata al **carbone e all'acciaio**. Il Trattato di Parigi del 1951 istituisce infatti la Comunità europea del Carbone e dell'acciaio (**CECA**), nel cui ambito è previsto un **mercato comune del carbone e dell'acciaio**.

Successivamente con i due Trattati di Roma del 1957, l'esperienza assume una dimensione globale.

- Da un lato, nell'ambito della Comunità europea dell'energia atomica (CEEA), viene creato un secondo mercato comune settoriale, il **mercato comune dell'energia atomica** per uso pacifico.
- Dall'altro, nel quadro della (allora) Comunità economica europea (CEE), si dà vita ad un **mercato comune generale**, esteso a tutti i settori industriali e agricoli.

Il mercato comune del carbone e dell'acciaio comprende una **zona di libero scambio** tra gli Stati membri.
Il mercato comune generale, invece, si fonda su un'**unione doganale** tra gli Stati membri.

1.4. Nell'ambito del TCE, il mercato comune assume la funzione di strumento principale di cui la Comunità dispone per raggiungere le sue finalità di sviluppo economico e di integrazione tra gli Stati membri.

Nella sua versione originaria, l'art.2 del trattato, da un lato definisce gli obiettivi della Comunità ("sviluppo armonioso delle attività economiche", "espansione continua ed equilibrata", "stabilità accresciuta" e "miglioramento sempre più rapido del tenore di vita"), dall'altro indica gli strumenti attraverso cui tali obiettivi vanno perseguiti: "l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri".

Dei due strumenti disponibili, tuttavia, il primo è il più importante. L'instaurazione del mercato comune rappresenta infatti un traguardo sufficientemente definito dallo stesso trattato, mediante una serie di divieti chiari e precisi, ai quali gli Stati membri non possono sottrarsi. Il ravvicinamento delle politiche economiche nazionali, invece, mantiene un carattere manifestamente intergovernativo e resta dunque tributario della variabile volontà degli Stati membri; infatti, la maggior parte delle azioni e politiche che le istituzioni sono chiamate a svolgere per perseguire gli obiettivi della Comunità sono necessarie per instaurare il mercato comune.

Altrettanto può dirsi della disciplina materiale prevista dal TCE. Lo spazio riservato al ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri è molto limitato (artt.103-116), mentre più numerosi sono gli articoli dedicati ai vari aspetti del mercato comune. Per di più, la maggior parte di questi, in particolare quelli dedicati alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi, sono formulati in maniera precisa ed incondizionata. Ciò ha consentito alla giurisprudenza della Corte di giustizia di considerarli come dotati di **efficacia diretta** e di qualificarli come norme attributive di veri e propri diritti ai soggetti interessati e, in particolare, ai cittadini.

1.5. La centralità dello strumento del mercato unico non è venuta meno in seguito al progressivo allargamento delle competenze della Comunità. Nemmeno la creazione dell'UE ha prodotto un effetto del genere. Di certo le nuove competenze attribuite alla Comunità ne hanno causato una graduale ma profonda trasformazione che ha addirittura giustificato il mutamento della sua originaria denominazione. Con il TUE, la Comunità infatti diviene "Comunità europea" (CE) e non più "Comunità economica europea". In gran parte, tuttavia, **tale trasformazione rappresenta una conseguenza dell'inesorabile affermarsi e approfondirsi del mercato unico.**

Ad es. la scelta operata dall'AUE di dotare la Comunità di una propria competenza in materia ambientale, di cui non vi era traccia nel testo originale del TCE, si spiega almeno in parte in funzione della necessità di evitare che l'adozione di misure di protezione ambientale divergenti da parte di ciascuno Stato membro si traducesse in un ostacolo al corretto funzionamento del mercato comune.

Anche l'**unione economica e monetaria** (UEM) può essere vista come uno sviluppo reso necessario per accompagnare e completare la progressiva instaurazione del mercato unico. Il rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche nazionali e la creazione (per gli Stati che ne sono entrati a far parte) di una moneta unica, l'euro, mirano infatti a impedire che il funzionamento del mercato unico possa essere distorto da iniziative autonome assunte dai singoli Stati membri in campo economico e monetario, come avveniva in passato.

Il progressivo svilupparsi di quel complesso di azioni che è venuto assumendo il nome di **spazio di libertà, sicurezza e giustizia** è motivato dall'esigenza di prevedere misure indispensabili di accompagnamento rispetto al mercato unico.

L'introduzione della **cittadinanza dell'Unione** (art.20 TFUE) e il riconoscimento della libertà di circolazione e di soggiorno come diritto di ogni cittadino (art.21 TFUE), infine, rappresentano la presa d'atto delle dinamiche di grande mobilità innescate dal mercato unico tra le popolazioni degli Stati membri e della impossibilità oltre che dell'inutilità di distinguere, sotto questo profilo, tra cittadini a seconda che esercitino o meno attività di tipo economico.

In conclusione, l'ideale del mercato unico ha provocato un sorta di effetto "valanga": una volta accettata la logica della completa unificazione dei mercati, la stessa logica ha imposto agli Stati membri di allargare il campo d'azione della Comunità e poi dell'Unione a settori sempre più ampi, che si sono tradotti in interventi sempre più avanzati ed articolati. In altri termini, il **mercato unico è stato ed è il motore dell'integrazione**, senza il quale nulla o quasi nulla di quanto realizzato sarebbe stato immaginabile.

1.6. Il progetto di mercato unico, però, non è rimasto lo stesso di quello immaginato agli inizi del processo di integrazione. Man mano che l'unificazione dei mercati avanzava, hanno acquisito sempre maggior rilievo anche a livello europeo esigenze di tipo sociale e ambientale con le quali anche il progetto di mercato unico si è confrontato.

Tali esigenze, assenti nel disegno iniziale, hanno cominciato ad apparire nel TCE in seguito alle modifiche introdotte dall'AUE, poi dal TUE e infine dal Trattato di Amsterdam del 1997.

La convinzione che la liberalizzazione degli scambi all'interno del mercato unico non può essere più vista come un obiettivo assoluto, ma deve conciliarsi con altre esigenze traspare nel nuovo **art.3, par.3, TUE**: "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico".

È significativo che, all'interno di un articolo che definisce gli obiettivi dell'Unione, il paragrafo dedicato al mercato interno contenga un accenno molto succinto a tale obiettivo (di cui manca ogni definizione) e si occupi soprattutto di puntualizzare le condizioni che la crescita economica deve rispettare.

Dall'evocazione del termine "**economia sociale di mercato**" si evince non solo che le preoccupazioni di tipo sociale e occupazionale devono essere tenute presenti in occasione dell'adozione degli interventi di tipo legislativo tesi a costruire e a migliorare il mercato interno, ma anche che tali preoccupazioni potrebbero addirittura influire sull'interpretazione delle regole fondamentali del mercato interno, in particolare quelle relative alle libertà di circolazione.

È quanto si evince da alcune affermazioni giurisprudenziali della Corte di giustizia rese quando era ancora in vigore il TCE. Secondo la Corte "**la Comunità non ha solo una finalità economica, ma anche una finalità sociale**". Pertanto, "i diritti che derivano dalle disposizioni del TCE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro". In questo modo, la Corte ammette che, nonostante il loro carattere fondamentale, le libertà di circolazione previste nell'ambito del mercato unico possono subire delle limitazioni giustificate da esigenze di carattere sociale.

2. Il mercato unico europeo: contenuti e prospettive.

2.1. Nonostante il ruolo centrale che tale strumento assume nell'ambito dei trattati istitutivi delle tre Comunità, nessuno di essi conteneva una definizione normativa di **cosa debba intendersi per mercato comune**. Peraltro, i mercati comuni previsti dai tre trattati presentano tra di loro alcune differenze notevoli.

Un altro elemento di incertezza deriva dal fatto che spesso il TCE sembrava utilizzare il termine "mercato comune" per designare l'area geografica risultante dalla somma dei territori degli Stati membri.

2.2. L'assenza di una definizione normativa era facilmente spiegabile: in realtà, il mercato comune costituiva un obiettivo, più che una nozione giuridica vera e propria.

Per perseguire l'unificazione dei mercati, sono stati predisposti una serie di **strumenti**.

Alcuni consistono nell'imporre agli Stati membri e alle imprese alcuni divieti previsti in termini chiari e precisi dallo stesso TFUE. Si tratta, da un lato, delle regole relative alle **libertà di circolazione**, in forza delle quali ogni ostacolo ai movimenti tra Stati membri di merci, persone, servizi e capitali deve essere abolito; dall'altro delle disposizioni in materia di **concorrenza e aiuti di Stato alle imprese**, che vietano, nel primo caso alle imprese, nel secondo agli stessi Stati membri, di tenere comportamenti contrari al libero gioco della concorrenza. Traducendosi in limitazioni imposte alla sovranità degli Stati membri o all'autonomia delle imprese, si è soliti parlare in proposito di **INTEGRAZIONE NEGATIVA**.

La piena realizzazione delle quattro libertà di circolazione e l'applicazione delle disposizioni del TFUE in materia di concorrenza e di aiuti di Stato non sono però sufficienti a creare una situazione di mercato davvero unico. Il mercato richiede anche di essere organizzato laddove carente o laddove le forze presenti sul mercato non sono in grado di assicurare un suo corretto funzionamento. Sono perciò spesso necessari interventi di tipo legislativo tendenti ad assicurare la piena apertura e integrazione dei mercati e l'eliminazione delle distorsioni di concorrenza ancora presenti. Il TFUE prevede infatti numerose disposizioni che, diversamente da quelle relative alle libertà di circolazione e alle regole in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, non si limitano a stabilire dei divieti, ma attribuiscono alle istituzioni dell'Unione il potere di adottare atti legislativi per instaurare il mercato unico e assicurarne il corretto funzionamento. Proprio perché richiedono un'azione, si parla di **INTEGRAZIONE POSITIVA**.

L'integrazione positiva si avvale, in particolare, dello strumento del **ravvicinamento delle legislazioni** degli Stati membri. Le misure di ravvicinamento mirano ad eliminare o a ridurre le differenze esistenti tra i vari ordinamenti nazionali nei settori in cui il persistere di differenze normative è d'ostacolo all'unificazione del mercato, provocando ostacoli alla libera circolazione o distorsioni alla concorrenza. Il tipo di atto generalmente utilizzato a questo fine è la **direttiva**, che consente che ciascuno Stato conservi una propria normativa nazionale e ne impone solo l'armonizzazione.

Dipendendo il contenuto e la portata del mercato unico non solo da regole già presenti nel TFUE, ma anche dagli interventi di tipo legislativo che le istituzioni adottano sulla base del TFUE, è impossibile dire una volta per tutte che cosa è il mercato unico. Si tratta, infatti, di una **realizzazione in divenire**, il cui contenuto, più o meno sviluppato, dipenderà dalle misure che l'Unione sarà riuscita ad approvare in un determinato momento storico.

2.3. Nel corso dei primi anni successivi all'entrata in vigore del TCE, la realizzazione del mercato unico è rimasta affidata quasi solo agli strumenti di integrazione negativa. Le istituzioni (in particolare la Commissione) hanno concentrato la loro azione sulla messa in opera soprattutto delle libertà di circolazione, ottenendo, anche grazie all'importante contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia, l'abolizione da parte degli Stati membri dei maggiori ostacoli agli scambi intracomunitari. Meno incisiva è stata in quegli anni l'attività di tipo legislativo, soprattutto a causa della difficoltà di ottenere l'unanimità da parte del Consiglio per l'approvazione delle proposte della Commissione, come allora richiedevano le sole basi giuridiche utilizzabili a questo fine.

Un salto di qualità ha avuto luogo a metà degli anni '80, sulla scia del **Libro bianco sul completamento del mercato interno**, presentato al Consiglio europeo di Milano del 1985. Questo Libro prevedeva un elenco di azioni di tipo legislativo da adottare in tempi rapidi per portare a compimento l'opera di apertura dei mercati nazionali. L'ambizioso programma legislativo poneva tuttavia il problema dell'inefficienza delle procedure decisionali che le istituzioni avrebbero dovuto seguire e, in particolare, dell'unanimità, condizione che aveva fino ad allora impedito al Consiglio di deliberare.

Per ovviare a tali problemi, gli Stati membri approvano l'Atto unico europeo (AUE) che, per quanto riguarda il mercato unico, contiene due importantissime **novità**:

- il nuovo **art.14 TCE** (ora art.26 TFUE), in forza del cui par.1 *"la Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992"*;
- il nuovo **art.95 TCE** (ora art.114 TFUE), che consente alle istituzioni di adottare misure per il ravvicinamento delle normative nazionali *"che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno"* senza necessità che il Consiglio voti all'unanimità.

L'art.14, stabilendo che la Comunità deve adottare entro 6 anni dall'entrata in vigore dell'AUE le misure necessarie all'instaurazione del mercato interno, sposa l'idea propugnata dalla Commissione nel suo Libro bianco, secondo cui il mercato interno non era stato ancora completato, ma richiedeva ancora numerosi interventi legislativi da adottare rapidamente.

Letta alla luce del par.1, la definizione di mercato interno contenuta nel **par.2** svolge anch'essa una funzione programmatica di rilievo: *"il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, secondo le disposizioni del presente trattato"*. Il par.2 non si limita a richiamare le libertà di circolazione, ma pone alle istituzioni una missione per il futuro: fare in modo, attraverso l'adozione delle iniziative legislative, che il mercato interno sia davvero un mercato senza frontiere interne.

L'abolizione delle *"frontiere interne"* non va intesa in senso tecnico, come se si riferisse ai confini nazionali, ma nel senso generico di ostacoli, tanto fisici quanto giuridici, alla circolazione.

La portata dell'**art.14** (e ora dell'art.26 TFUE) è, dunque, quella tipica di una **norma programmatica**.

Questa conclusione è confermata dalla **non perentorietà del termine** previsto dal par.1 dell'art.14.

Le osservazioni precedenti non possono peraltro sminuire l'importanza che ha rivestito il "nuovo" traguardo del mercato interno. Certo è, infatti, che il disposto dell'art.14 ha avuto l'effetto di mobilitare l'attenzione generale e di orientare la volontà politica degli Stati membri e delle istituzioni verso un obiettivo, l'unificazione dei mercati, che sino ad allora era stato realizzato solo parzialmente. La rinnovata volontà politica ha infatti consentito la rapida adozione di atti che attendevano l'approvazione da anni, e la realizzazione di notevoli progressi sulla via dell'integrazione dei mercati.

2.4. Ci si domanda se oggi, a distanza di tanti anni dal termine che l'art.14, par.1 fissava per l'instaurazione del mercato interno, tale traguardo possa dirsi raggiunto e non richieda più nuovi interventi. La risposta è che **l'unificazione dei mercati è un obiettivo dinamico**, che necessiterà sempre dell'attenzione delle istituzioni.

Coerentemente con questa visione, la Commissione non ha mai abbassato la guardia nei confronti degli Stati membri, intervenendo contro le normative nazionali che ancora ostacolano le libertà di circolazione o il libero gioco della concorrenza. D'altra parte, la Commissione, anche dopo la scadenza del termine, ha avanzato numerose nuove proposte per il consolidamento o il miglioramento del mercato unico, elaborando a tal fine ambiziosi e articolati piani d'azione.

Il più recente programma di lavoro per migliorare il mercato unico è costituito dalla **Comunicazione del 2015**, intitolata *"Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese"*.

2.5. Come si è visto, i trattati ricorrono anche ad un'altra nozione che presenta alcuni tratti comuni rispetto a quelli di mercato unico o interno: la nozione di **Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG)**. Questa è stata introdotta dal Trattato di Amsterdam.

La SLSG figura nell'art.3 TUE tra gli obiettivi dell'Unione. Ai sensi del 2° comma, "L'unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima".

Tale definizione rivela la presenza di una certa sovrapposizione tra il mercato unico interno e lo SLSG nella misura in cui sia per l'uno che per l'altro viene utilizzato il termine "spazio senza frontiere interne"; la sovrapposizione però è solo parziale: lo SLSG, a differenza del mercato unico, non comporta la libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, ma solo delle persone.

La nozione di SLSG è ripresa in maniera maggiormente articolata dell'**art.67 TFUE**:

1. "L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.
2. Essa garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi. Ai fini del presente titolo gli apolidi sono equiparati ai cittadini dei paesi terzi.
3. L'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali.
4. L'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile".

Il SLSG rappresenta dunque la somma di alcune azioni, apparentemente eterogenee tra di loro, che l'Unione è chiamata a svolgere. L'obiettivo comune è di rendere più **piena e sicura la libera circolazione delle persone** all'interno del mercato unico.

È interessante notare, in conclusione, che nell'art.3 TUE, tra gli obiettivi dell'Unione lo SLSG è indicato prima dello stesso mercato interno; ciò riflette l'importanza e la centralità che i temi oggetto delle azioni rientranti nello SLSG hanno assunto al giorno d'oggi per l'Unione, per gli Stati membri e per i cittadini.

3. L'Unione doganale.

3.1. Parliamo ora dell'**unione doganale**, anche al fine di spiegare il rapporto tra questa e il mercato unico.

Secondo l'**art.28, par.1, TFUE**: "L'Unione comprende un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci".

Ai sensi dell'art.3, par.1, TFUE, l'unione doganale, diversamente dal mercato interno, costituisce un'ipotesi di **competenza esclusiva** dell'Unione.

3.2. La nozione di unione doganale non è nata con la Comunità. Era contenuta già nell'Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio (**GATT**) del 1947 e ora è ripresa in allegato all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), firmato a Marrakech nel 1994.

Secondo l'art. XXIV, par.8, costituisce unione doganale: "la sostituzione di un solo territorio doganale a due o più territori doganali, quando questa sostituzione ha per conseguenza:

- che i dazi doganali e le altre regolamentazioni commerciali restrittive siano eliminati per l'essenziale degli scambi commerciali tra i territori costitutivi dell'Unione, o per lo meno per l'essenziale degli scambi commerciali relativi a prodotti originari di questi territori;
- e che i diritti doganali e le altre regolamentazioni applicate da ciascuno dei membri dell'Unione al commercio con i territori che non sono compresi in essa siano identici nella sostanza".

L'unione doganale presenta quindi un aspetto interno e un aspetto esterno.

L'**aspetto interno** consiste nell'abolizione dei dazi doganali negli scambi di merci tra territori facenti parte dell'unione.

L'**aspetto esterno** è rappresentato dalla sostituzione della protezione doganale di ciascun territorio facente parte dell'Unione con un'unica tariffa doganale.

Si ricorsi che in una **zona di libero scambio**, come quella prevista nell'ambito della CECA, l'aspetto esterno manca. Di conseguenza anche l'aspetto interno ha portata più limitata, perché l'abolizione dei dazi doganali è limitata ai prodotti originari

dei territori facenti parte dell'unione e non si estende ai prodotti originari di Stati terzi anche se in libera pratica in un territorio aderente.

3.3. Il contenuto dell'unione doganale prevista dal TCE e ora dal TFUE corrisponde perfettamente alla definizione fornita dal GATT e anzi la travalica sotto più aspetti.

In effetti, come risulta dall'**art.28, par.1**, essa si applica "al complesso degli scambi di merci". Nel suo ambito, l'**aspetto interno** è assicurato dal divieto di **dazi doganali** tra Stati membri, divieto che si estende alle tasse d'effetto equivalente.

Per quanto riguarda le **regolamentazioni commerciali restrittive** vanno ricordati gli artt.34 e ss., che proibiscono tra gli Stati membri le restrizioni quantitative sia all'importazione che, nonché le misure d'effetto equivalente.

Il divieto dei dazi doganali e tasse d'effetto equivalente (che insieme al divieto di restrizioni quantitative e misure d'effetto equivalente costituisce il fondamento della **libera circolazione delle merci**) si applica sia ai prodotti originari degli Stati membri che "ai prodotti provenienti da paesi terzi che si trovano in libera pratica negli Stati membri".

Ai sensi dell'art.29, **prodotti in libera pratica** sono i prodotti originari da Stati terzi di origine extra-comunitaria, per i quali siano state adempiute in uno Stato membro le formalità d'importazione e riscossi i dazi doganali e le tasse d'effetto equivalente esigibili.

3.4. Riguardo l'**aspetto esterno**, l'**art.31** prevede che negli scambi con i paesi non appartenenti all'unione doganale si applichino i dazi della **tariffa doganale comune** (TDC) che "sono stabiliti dal Consiglio su proposta della Commissione".

3.5. Considerato il suo contenuto, può dirsi che l'unione doganale si situi a cavallo tra il mercato unico e le competenze esterne dell'Unione.

L'aspetto interno costituisce una componente della disciplina della libera circolazione delle merci e quindi del mercato unico. L'aspetto esterno non riguarda, se non indirettamente, il mercato unico.

4. La cittadinanza dell'Unione.

4.1. Nel sistema del TFUE, la titolarità di alcuni diritti non è generalizzata, ma è subordinata al possesso della cittadinanza di uno degli Stati membro o, a partire dal TUE, della **cittadinanza dell'Unione**.

Il TUE ha istituito la cittadinanza dell'Unione, inserendo nel TCE gli artt.17-22. Tale innovazione si inquadra nella prospettiva di una Comunità/Unione maggiormente attenta ai bisogni dei cittadini, a prescindere dal se essi svolgano o meno un'attività di tipo economico.

In particolare, nell'ambito del mercato unico, sono riservati ai cittadini degli Stati membri o dell'Unione, i diritti di libera circolazione e soggiorno (art.21), il diritto di libera circolazione dei lavoratori (art.43), il diritto di stabilimento (art.49) nonché il diritto alla libera prestazione di servizi (art.56).

4.2. Ai sensi degli **artt.9, seconda frase, TUE** e **20, par.1, seconda frase, TFUE**: "**È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro**".

La cittadinanza dell'Unione deriva pertanto da quella nazionale di uno Stato membro. Ciò è esplicitato dagli stessi artt.9, TUE e 20, par.1, TFUE: "**La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce**".

I **criteri** per l'attribuzione di tale cittadinanza non sono dunque identificati autonomamente dal TUE o dal TFUE. I citati articoli sono formulati in maniera da rinviare ai criteri stabiliti da ciascuno Stato membro per l'attribuzione della propria cittadinanza nazionale e riconoscono pertanto l'**autonomia degli Stati membri** in tale materia.

Dal descritto principio discende anche l'illegittimità del comportamento di uno Stato membro consistente nel **rifiuto di riconoscere la cittadinanza di un altro Stato membro**. Il problema si pone soprattutto in caso di effettiva o potenziale **doppia cittadinanza**, che si verifica qualora una stessa persona sia considerata cittadino nazionale da due Stati diversi di cui uno almeno sia uno Stato membro.

Dalla **sent. 1992, Micheletti** si ricava che, in caso di **doppia cittadinanza di cui la prima di uno Stato membro e la seconda di uno Stato terzo**, un altro Stato membro non può disconoscere la prima cittadinanza e dare rilevanza solo alla seconda. L'atteggiamento della giurisprudenza è più oscillante riguardo all'ipotesi di **doppia cittadinanza di cui la prima di uno Stato membro e la seconda di un altro Stato membro**.

4.3. Nella **sentenza Micheletti** la Corte precisa che la competenza degli Stati membri a definire le condizioni di acquisizione e di mantenimento della cittadinanza nazionale "**deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario**". Da tale affermazione discende che il diritto dell'Unione può interferire con la libertà degli Stati membri in questa materia e imporre **limiti** alla loro autonomia. Come la giurisprudenza dimostra, limiti del genere entrano in gioco quando

l'applicazione della legislazione nazionale in materia di cittadinanza incide negativamente sulla titolarità o sull'esercizio di diritti attribuiti al cittadino dal diritto dell'Unione.

5. Le libertà di circolazione: un quadro d'insieme.

5.1. La componente del mercato unico direttamente ricavabile dal TFUE è costituita da una serie di disposizioni che, conferendo determinati diritti agli interessati o imponendo una serie di divieti agli Stati membri (integrazione negativa), mirano ad assicurare la **libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali**.

Si tratta in particolare dei seguenti articoli:

- artt.20, par.2, lett. a), e 21, par.1, (**libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione**);
- artt.28-30 e 34-37 (**libera circolazione delle merci**);
- art.45 (**libera circolazione dei lavoratori**);
- artt.49, 51, 52 e 54 (**diritto di stabilimento**);
- artt.56-58 e 60-62 (**libera prestazione di servizi**);
- artt.63-66 (**libera circolazione dei capitali**).

5.2. Le disposizioni del TFUE citate contengono norme precise e incondizionate, idonee pertanto a produrre **effetti diretti** negli ordinamenti interni degli Stati membri e ad attribuire ai soggetti interessati il diritto ad ottenerne il rispetto da parte degli Stati membri, ricorrendo, se necessario, ai giudici nazionali.

L'efficacia diretta è stata riconosciuta tanto alle disposizioni che parlano esplicitamente di diritti o libertà conferite agli interessati, quanto alle disposizioni che si riferiscono agli Stati membri, imponendo loro divieti o obblighi precisi e incondizionati.

A sottolinearne il ruolo centrale svolto nella costruzione del mercato unico e, più in generale, della stessa idea d'Europa unita, la Corte di giustizia, riferendosi alle libertà di circolazione garantite da tali norme, parla di "libertà fondamentali".

L'interpretazione giurisprudenziale degli articoli rilevanti dei trattati è sempre stata orientata verso la massima valorizzazione della loro portata liberalizzatrice. Pertanto, i divieti e gli obblighi a carico degli Stati membri hanno assunto un contenuto sempre più vincolante e i corrispondenti diritti degli interessati una portata sempre più ampia.

D'altro canto, le possibilità di deroga alle libertà di circolazione sono oggetto di interpretazione estremamente restrittiva e il loro utilizzo è sottoposto ad uno stretto controllo da parte della Corte di giustizia.

5.3. Poniamo a confronto il disposto dei principali articoli del TFUE citati.

In apertura di ciascuno dei gruppi di articoli citati troviamo anzitutto una **disposizione che attribuisce una determinata libertà di circolazione o vieta le restrizioni alla libertà in questione**.

1. Appartengono al **primo modello** gli artt.20, par.2, lett. a), e 21, par.1, da un lato, e l'art.45, dall'altro. I primi due articoli attribuiscono ai cittadini dell'Unione "il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri". Secondo l'art.45 invece "la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata".
2. Appartengono al **secondo modello** gli artt.28, 30, 34 e 35, per la libera circolazione delle merci, l'art.49, 1° comma, per il diritto di stabilimento, l'art.56, per la libera prestazione di servizi, e l'art.63, par.1 e 2, per la libera circolazione dei capitali e dei pagamenti.

Per definire la portata del divieto di restrizioni, altri gruppi di norme ricorrono invece a frasi che descrivono il contenuto della libertà in questione (ad es. l'art.49, par.2; il 3° comma dell'art.57; l'art.21, par.1; l'art. 63).

5.4. Esaminando le disposizioni del TFUE relative alla varie libertà di circolazione, si può notare come esse facciano largo uso del **divieto di discriminazione**.

I **criteri** di discriminazione vietati sono diversi. Nelle disposizioni relative alla circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi ad essere esplicitamente vietate sono le discriminazioni in base alla nazionalità. Le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci vietano implicitamente le discriminazioni in base all'origine o alla destinazione delle merci. Quelle sulla libera circolazione dei capitali vietano, implicitamente, le discriminazioni basate sull'origine dei capitali o sul loro luogo di collocazione.

Questo uso sistematico del divieto di discriminazione rivela che i trattati considerano i trattamenti discriminatori la prima e più importante causa di ostacoli alla libera circolazione. Essi vanno perciò eliminati prima di ogni altra cosa.

5.5. Secondo la dottrina e la prassi della Corte, le discriminazioni vietate delle varie disposizioni in materia di libera circolazione possono essere di più tipi. Esse si distinguono in **dirette e indirette** oltre che in **formali e materiali**.

La prima distinzione (**discriminazioni dirette e indirette**) riguarda il criterio attraverso cui l'ordinamento giuridico definisce le situazioni che beneficiano di un determinato trattamento e quelle che non ne beneficiano affatto o beneficiano di un

trattamento deteriore. Se il criterio è quello della cittadinanza nazionale, l'origine delle merci o altri criteri vietati dai trattati siamo di fronte ad una discriminazione diretta. Se il criterio non è tra quelli espressamente vietati dai trattati, vi può comunque essere discriminazione indiretta, qualora soltanto o prevalentemente i cittadini nazionali o, secondo i casi, le merci nazionali riescano a soddisfarlo, mentre ciò è impossibile o estremamente raro per i cittadini o le merci provenienti da altri Stati membri.

Un'importante differenza tra discriminazioni dirette e indirette è che per le seconde è possibile addurre una **giustificazione**. È infatti possibile dimostrare che la differenza di trattamento tra situazioni comparabili è giustificata da motivi obiettivi.

Il **test** applicato dalla Corte per stabilire se sussiste una discriminazione indiretta vietata consiste di più fasi. Occorre stabilire:

- in primo luogo, se vi è trattamento differenziato;
- in secondo luogo, se le situazioni trattate diversamente sono simili o comparabili;
- in terzo luogo, se la differenziazione di trattamento è giustificata da motivi obiettivi di interesse generale;
- in quarto luogo, se è rispettato il principio di proporzionalità.

5.6. Occorre poi dare conto della distinzione tra **discriminazioni formali e materiali**.

- Si ha **discriminazione formale** se l'ordinamento ad es. tratta diversamente i cittadini degli altri Stati membri rispetto ai cittadini nazionali.
- Si ha **discriminazione materiale** se l'ordinamento tratta nella stessa maniera gli uni e gli altri, senza tenere conto della diversità delle situazioni di partenza.

In entrambi i casi, **i cittadini degli altri Stati membri sono danneggiati perché indebitamente differenziati o assimilati**.

Anche per le discriminazioni materiali possono essere adottate delle **giustificazioni** alle stesse condizioni di quelle che si sono viste a proposito delle discriminazioni indirette. È cioè possibile invocare motivi di interesse generale tali da giustificare il trattamento uguale di situazioni dissimili.

5.7. Il divieto di discriminazioni svolge un ruolo fondamentale al fine di assicurare la libera circolazione nel mercato unico. Il rilievo dato dalla giurisprudenza alla lotta contro le discriminazioni ha fatto sorgere il dubbio che le disposizioni del TFUE citate finora esauriscano la loro portata liberalizzatrice nel vietare tutti quei trattamenti discriminatori che ostacolano la libera circolazione o se tali disposizioni possono incidere anche su ostacoli privi di ogni carattere discriminatorio. Si tratta, in altri termini, di stabilire se i divieti imposti agli Stati membri dalle disposizioni in materia di libera circolazione valgano anche nel caso di normative nazionali che, pur indistintamente applicabili ad es. alle merci di origine nazionale e a quelle provenienti da altri Stati membri, ostacolano di diritto o di fatto la libera circolazione (**normative indistintamente applicabili**).

Del problema la giurisprudenza della Corte ha cominciato ad occuparsi dalla fine degli anni '70, individuando una serie di normative nazionali indistintamente applicabili che, ciò malgrado, possono ostacolare la libera circolazione e rientrano pertanto nel campo d'applicazione dei divieti previsti dal TFUE.

Ciò è avvenuto dapprima con riferimento ai c.d. **ostacoli tecnici** agli scambi di merci, causati dalla persistente diversità delle normative tecniche in vigore nei vari Stati membri. La Corte afferma che l'applicazione sistematica di tali normative ai prodotti provenienti da altri Stati membri causa un ostacolo alla libera circolazione e va quindi esaminata alla luce dell'art.34 TFUE, per verificare se non si tratti di una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione.

In rapida successione di tempo, la possibilità di considerare normative nazionali indistintamente applicabili alla stregua di ostacoli agli scambi è stata estesa a tutte le libertà di circolazione, in particolare, in ordine di tempo, alla libera prestazione di servizi, alla libertà di stabilimento, alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera circolazione dei capitali.

L'unica eccezione è rappresentata dalla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini ai sensi dell'art.21, nel cui campo d'applicazione non sono stati ancora rinvenuti casi di ostacoli provocati da normative indistintamente applicabili.

La giurisprudenza è ormai consolidata nel dire che le varie libertà di circolazione non impongono solo l'abolizione delle discriminazioni ma anche di qualsiasi restrizione che, nonostante si applichi indistintamente, impedisce, ostacola o anche rende solo meno agevole l'esercizio della libera circolazione.

Per giudicare se una determinata normativa, pur non essendo discriminatoria, è da considerarsi vietata dalle disposizioni relative alle libertà di circolazione, la Corte ha sviluppato un test che non comporta varianti sostanziali da libertà a libertà per cui è lecito parlare di un **approccio globale alla nozione di ostacolo alla libera circolazione**.

Tale **test** consta di quattro fasi successive. Occorre infatti stabilire

- in primo luogo, se la normativa è indistintamente applicabile;

- in secondo luogo, se costituisce un ostacolo alla libera circolazione;
- in terzo luogo, se l'ostacolo può essere giustificato da un motivo superiore di interesse pubblico o generale;
- in quarto luogo, se l'ostacolo rispetta il principio di proporzionalità.

Tale test presenta alcune analogie con il test seguito in caso di normativa indirettamente discriminatoria. Ciò spiega come non sia sempre possibile comprendere se, in un certo caso, la Corte tratta la normativa in esame come indirettamente discriminatoria o come indistintamente applicabile.

5.8. Il notevole ampliamento del concetto di ostacolo alla libera circolazione ha posto il problema di stabilire se la contrarietà di una normativa nazionale alle regole della libera circolazione possa essere fatta valere anche in un situazione puramente interna.

Situazione puramente interna = una situazione in cui la libertà di circolazione non è in gioco in quanto tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sono confinati all'interno di un unico Stato membro.

Situazione transfrontaliera = una situazione in cui i soggetti, le merci o i capitali coinvolti sono entrati in contatto con più di uno Stato membro e in cui può pertanto dirsi che vi sia stato l'esercizio di uno dei diritti di libera circolazione.

Nel campo della libera circolazione delle merci, costituisce una situazione puramente interna quella di una merce di produzione nazionale destinata al mercato interno dello Stato membro in questione.

Secondo la Corte, *"le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone e gli atti adottati in esecuzione di queste ultime non possono essere applicati ad attività le quali non presentino nessun elemento di collegamento con una qualsivoglia situazione prevista dal diritto comunitario ed i cui elementi rilevanti rimangano confinati, nel loro insieme, all'interno di un unico Stato membro"*.

Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, la Corte sembra invece orientata a non dare rilievo al carattere interno o transfrontaliero della fattispecie.

Una risposta del genere è tuttavia destinata a sollevare non poche difficoltà.

- Da un punto di vista pratico, essa richiede che, prima di disapplicare una normativa nazionale in quanto restrittiva della libera circolazione, si accertati se la fattispecie alla quale la normativa andrebbe applicata presenti oppure no aspetti transfrontalieri. Solo nel primo caso la normativa andrà disapplicata, mentre nel secondo caso l'applicazione potrà essere tenuta ferma. Si tratta di un'operazione estremamente delicata.
- Da un punto di vista teorico, consentire che una normativa dichiarata inapplicabile a situazioni transfrontaliere lo sia invece nel caso di situazione puramente interne può dare vita al paradossale fenomeno delle c.d. **discriminazioni alla rovescia** → i soggetti coinvolti in una situazione puramente interna sono trattati peggio dei soggetti coinvolti in una situazione transfrontaliera.

Le descritte difficoltà spiegano come la Corte manifesti una netta tendenza a restringere la rilevanza della problematica.

In primo luogo, la Corte accetta di rispondere a questioni pregiudiziali anche quando la situazione oggetto del giudizio pendente davanti al giudice nazionale *a quo* è senz'altro una situazione puramente interna. La Corte giustifica la propria competenza a pronunciarsi argomentando che *"una soluzione può risultare utile al giudice del rinvio, in particolare nell'ipotesi in cui il suo diritto nazionale imponga, in un procedimento come quello in esame, di far beneficiare un cittadino nazionale degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro nella medesima situazione"*.

In secondo luogo, la Corte restringe il concetto stesso di "situazione puramente interna", moltiplicando le circostanze o gli elementi ai quali dare rilievo perché la fattispecie possa essere caratterizzata come transfrontaliera.

In questa prospettiva può essere letta l'ampia giurisprudenza che ha affermato il **diritto del cittadino di invocare i diritti di libera circolazione nei confronti del proprio Stato membro** in circostanze in cui, in ragione del pregresso o attuale esercizio della libera circolazione, il cittadino si trovi in una situazione assimilabile a quella di un cittadino di altro Stato membro.

5.9. Di recente la Corte è giunta perfino a teorizzare che, in determinate circostanze, alcuni diritti di libera circolazione possono essere fatti valere anche nell'ambito di una situazione puramente interna. Si tratta di situazioni in cui sono in gioco *"provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione"* (**sentenza Ruiz Zambrano**, 2011).

Il caso esaminato nella sentenza *Ruiz Zambrano* riguarda l'impugnazione contro la mancata concessione di un permesso di soggiorno e di lavoro promossa da un cittadino colombiano che soggiorna da alcuni anni in Belgio con la famiglia. L'aggancio

della situazione del sig. Ruiz Zambrano con il diritto dell'Unione potrebbe risiedere nella circostanza che i due figli più piccoli, nati in Belgio, hanno acquisito la cittadinanza di quello Stato membro e sono perciò cittadini dell'Unione. Tuttavia, nel caso è assente qualunque caratteristica transfrontaliera, non essendosi i figli del sig. Ruiz Zambrano mai mossi dal Belgio. La Corte giudica tuttavia che il diniego di soggiorno opposto al padre avrebbe l'effetto di privare i figli del sig. Ruiz Zambrano del godimento reale ed effettivo dei loro diritti come cittadini dell'Unione.

La giurisprudenza successiva alla sentenza *Ruiz Zambrano* dimostra che la soluzione accolta in quel caso va applicata **restrittivamente**. Essa si riferisce infatti a "situazioni molto particolari", in cui, "in via eccezionale", dagli artt.20 e 21 TFUE possa derivare a favore di un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino di uno Stato membro, un diritto di soggiorno, pur in assenza di qualsiasi esercizio della libera circolazione da parte del cittadino dell'Unione e dunque in presenza di una situazione puramente interna e non transazionale.

I **criteri** che permettono di applicare la soluzione della sentenza *Ruiz Zambrano* sono stati progressivamente precisati dalla Corte. Essi implicano la sussistenza di una dipendenza economica del cittadino dell'Unione rispetto al familiare cittadino di uno Stato terzo, tale che, in caso di allontanamento del familiare, costringerebbe di fatto il cittadino dell'Unione a lasciare egli stesso il territorio dell'Unione e a non potere quindi esercitare la libertà di soggiorno ai sensi degli artt.20 e 21 TFUE. Una dipendenza del genere è stata finora riconosciuta solo in casi di **cittadini dell'Unione di minore età**.

CAPITOLO 2 - LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

1. Quadro normativo.

1.1. La disciplina della **libera circolazione delle merci** all'interno dell'Unione è interamente contenuta nella **Parte III, Titolo II del TFUE**.

Gli **artt.28 e 30** vietano fra gli Stati i dazi doganali all'importazione e all'esportazione, nonché le tasse d'effetto equivalente.

Si affianca a tali articoli l'**art.110** collocato nella Parte VII, Capo 2, Parte III del TFUE, intitolata "*Disposizioni fiscali*". L'art.110, infatti, vieta l'applicazione ai prodotti importati da altri Stati membri di "imposizioni interne" discriminatorie o protezionistiche e svolge pertanto una funzione complementare rispetto agli artt.28 e 30.

Gli **artt.34 e 35** vietano le restrizioni quantitative fra gli Stati membri tanto all'importazione quanto all'esportazione, oltre che le misure d'effetto equivalente. Tali articoli sono completati dall'**art.36** che, a titolo d'eccezione, consente le restrizioni quantitative o le misure d'effetto equivalente giustificate dai motivi di interesse generale ivi previsti, e dall'**art.37**, relativo al riordinamento dei monopoli nazionali aventi carattere commerciale.

1.2. Tutte le norme richiamate prevedono a carico degli Stati membri **divieti assoluti**. Riguardo ad esse non è richiesta né prevista l'adozione di norme integrative di diritto derivato da parte delle istituzioni.

1.3. Importanti compiti di normazione derivata spettano invece alle istituzioni nel settore limitrofo del **ravvicinamento delle legislazioni** di cui agli artt.114 e 115 TFUE: numerose misure adottate in forza di tali articoli mirano infatti a rimuovere gli ostacoli alla circolazione delle merci derivanti dalla disparità delle varie legislazioni nazionali.

- Un intervento normativo di notevole rilevanza è costituito dalla dir.98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.
- Altro intervento normativo da segnalare è il reg. CE n. 764/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2008, che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro.

1.4. La circostanza che le norme del TFUE relative alla circolazione delle merci siano redatte in termini precisi ed assoluti spiega perché le stesse siano state considerate, nella loro generalità, come dotate di **efficacia diretta**.

Può anzi dirsi che le norme in esame costituiscano l'esempio più chiaro di norme dotate di tale caratteristica. Non meraviglia dunque che la prima affermazione della dottrina dell'efficacia diretta si sia avuta proprio in occasione dell'interpretazione di una di esse: la clausola di *standstill* in materia di dazi doganali contenuta nell'art.12 TCE, abrogato dal Trattato di Amsterdam.

2. Il divieto di dazi doganali e tasse d'effetto equivalente.

2.1. Negli scambi tra Stati membri, i **dazi doganali**, tanto all'importazione quanto all'esportazione, **sono oggetto di un divieto assoluto (artt.28 e 30 TFUE)**. Il motivo è legato agli **effetti** che dazi del genere producono. La loro riscossione provoca, infatti, un aumento del costo dei prodotti importati o esportati che ne sono colpiti e sfavorisce pertanto tali prodotti rispetto alle merci nazionali corrispondenti che ne sono esenti.

Quanto alla **portata** del divieto, esso si applica solo negli scambi di merci tra gli Stati membri e riguarda perciò tanto le merci originarie degli Stati membri, quanto i prodotti originari di Stati terzi una volta immessi in libera pratica nel territorio di uno Stato membro, ma non i prodotti importati direttamente dal di fuori dell'Unione.

Negli scambi tra gli Stati membri e gli Stati terzi, invece, si applicano i dazi della TDC.

Dal punto di vista interpretativo, l'individuazione della **nozione di dazi doganali** ai sensi degli artt.28 e 30 non ha posto difficoltà. I dazi doganali costituiscono tributi di tipo particolare, dotati di propria denominazione, calcolati in percentuale rispetto al valore del bene (dazi *ad valorem*) e riscossi, di norma, al momento dell'attraversamento delle frontiere. Inoltre, i dazi doganali previsti da ciascuno Stato membro erano, generalmente, elencati in un unico strumento normativo: la tariffa doganale. La loro abolizione nel corso del periodo transitorio non ha perciò richiesto interventi interpretativi di rilievo.

2.2. Più problematica è stata invece l'applicazione del correlativo divieto delle **tasse d'effetto equivalente**.

Lo **scopo** del divieto è di impedire che l'effetto liberatorio derivante dalla soppressione dei dazi doganali possa essere frustrato, consentendo agli Stati membri di percepire sulle merci importate (o esportate) prelievi fiscali che abbiano gli stessi effetti di un vero e proprio dazio doganale. Secondo la Corte, infatti, il divieto di tasse d'effetto equivalente "*si riferisce a qualsiasi tributo riscosso in occasione o in ragione dell'importazione, il quale, colpendo specificatamente la merce importata, ad esclusione della merce nazionale simile, ne alteri il costo ed abbia quindi sulla libera circolazione delle merci la stessa influenza restrittiva di un vero dazio doganale*".

Può dunque dirsi che il divieto di tasse d'effetto equivalente serve a rendere più piena la portata del divieto di dazi doganali.

2.3. La funzione complementare del divieto in esame rispetto a quello relativo ai dazi doganali è messa bene in evidenza dalla **nozione di tassa d'effetto equivalente**. Secondo la Corte, "*qualsiasi onere pecuniario imposto unilateralmente, a prescindere dalla sua denominazione e dalla struttura, che colpisca le merci in ragione del fatto che esse varcano la frontiera, se non è un dazio doganale vero e proprio, costituisce una tassa d'effetto equivalente ai sensi degli artt. 28 e 30 TFUE, anche se non sia riscosso a profitto dello Stato*".

Di questa definizione conviene evidenziare alcuni punti:

1. deve trattarsi di un **onere pecuniario**: in altri termini, la prestazione deve consistere in un versamento di denaro a favore del soggetto (un'autorità pubblica o anche un soggetto privato) autorizzato per legge alla riscossione. Questa precisazione consente di distinguere una tassa d'effetto equivalente da una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ai sensi degli artt.34 e 35 TFUE;
2. deve trattarsi di un onere **imposto alle sole merci che varchino la frontiera nazionale**. Il carattere ontologicamente discriminatorio della tassa d'effetto equivalente esclude dal campo d'applicazione del divieto in questione le imposizioni interne alle quali si riferisce l'art.110 TFUE e che invece colpiscono anche le merci nazionali corrispondenti.

Le tasse percepite su merci provenienti da altri Stati membri in relazione all'introduzione in determinate aree di uno Stato membro costituiscono tasse d'effetto equivalente, nonostante siano dovute anche per merci originarie di altre aree dello stesso Stato.

Rientrano nella nozione di tasse d'effetto equivalente anche i tributi riscossi a carico di determinate merci, indipendentemente dall'origine nazionale o importata, qualora il ricavato sia utilizzato ad esclusivo beneficio della produzione nazionale. È necessario, tuttavia, che il beneficio goduto dai prodotti nazionali compensi totalmente l'onere fiscale subito.

3. deve trattarsi di un onere **imposto al soggetto obbligato al pagamento**; ciò esclude dalla nozione di tassa d'effetto equivalente gli oneri pecuniari riscossi in occasione del passaggio attraverso la frontiera di determinate merci, qualora tali oneri costituiscano "il corrispettivo di un servizio effettivamente prestato" all'interessato in occasione delle operazioni di importazione o esportazione.

La giurisprudenza si è mostrata poco propensa a riconoscere la presenza di un "servizio" del genere, richiedendo che siano soddisfatte le seguenti condizioni: i) il servizio reso deve andare ad esclusivo beneficio del richiedente e non deve rispondere, invece, ad un interesse generale; ii) il servizio deve essere effettivamente richiesto dall'interessato e non già a lui imposto, anche in via di fatto; iii) l'onere riscosso deve essere di importo proporzionato al valore del servizio reso.

4. deve trattarsi di un onere **imposto unilateralmente dallo Stato membro** di importazione (o d'esportazione); ciò esclude che vadano considerati come tasse d'effetto equivalente gli oneri pecuniari riscossi solo su prodotti importati (o esportati) qualora risultino direttamente previsti o implicitamente autorizzati da norme di diritto dell'Unione per

favorire, anziché per ostacolare, gli scambi tra Stati membri (es. i diritti riscossi in relazione a controlli sanitari uniformi prescritti da disposizioni dell'Unione).

2.4. Una volta stabilito che ci si trova di fronte ad una tassa d'effetto equivalente, le concrete **modalità di percezione** sono ininfluenti.

Nemmeno rileva che la tassa non persegua **scopi** protezionistici, ma interessi d'ordine generale, quali la protezione del patrimonio artistico nazionale, oppure serva a finanziare l'organizzazione di un servizio di pubblico interesse.

2.5. La **portata** del divieto di tasse d'effetto equivalente riguarda solo gli scambi tra Stati membri.

Inoltre, la giurisprudenza ha giudicato che, a partire dall'istituzione della TDC, gli Stati membri non possono più imporre nuove tasse d'effetto equivalente ad un dazio doganale nemmeno negli scambi di merci con Stati terzi, perché, altrimenti, verrebbe compromesso il carattere uniforme della protezione doganale assicurata in tutta l'Unione.

3. Il divieto di imposizioni interne discriminatorie o protezionistiche.

3.1. Gli artt.28 e 30 vanno letti in combinazione con l'**art.110**: *“Nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari. Inoltre, nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni”*.

Scopo della norma → da un lato essa riconosce che ciascuno Stato membro può tassare i prodotti provenienti da altri Stati membri (in caso contrario, i prodotti importati, godendo di una sorta di esenzione fiscale, risulterebbero avvantaggiati rispetto a quelli nazionali). D'altro lato, però, la norma limita tale potere, vietando agli Stati membri di colpire i prodotti importati in maniera discriminatoria o protezionistica. Senza questa limitazione, la liberalizzazione degli scambi non sarebbe completa, visto che gli Stati potrebbero continuare ad ostacolare le importazioni attraverso lo strumento fiscale. Le disposizioni dell'art.110 dunque *“costituiscono un'integrazione di quelle relative all'abolizione dei dazi doganali e delle tasse d'effetto equivalente”* e tendono *“a garantire l'assoluta neutralità dei tributi interni riguardo alla concorrenza fra merci nazionali e merci importate”*.

3.2. Proprio perché concepito come complemento del divieto di dazi doganali e tasse d'effetto equivalente, il divieto di imposizioni discriminatorie o protezionistiche ha la stessa **portata** di questo. Esso riguarda dunque gli scambi tra Stati membri e si applica tanto ai tributi che determinano una discriminazione fiscale a danno dei prodotti importati, quanto a quelli che hanno lo stesso effetto riguardo a prodotti destinati all'esportazione rispetto a quelli destinati ad essere commercializzati nel territorio dello Stato membro di produzione.

Il divieto si estende anche ai prodotti provenienti da **Stati terzi** che siano stati messi in libera pratica in un altro Stato membro.

3.3. Quanto alla **nozione di “imposizione interna”**, occorre distinguere un'imposizione interna da una tassa d'effetto equivalente a un dazio doganale.

Le tasse d'effetto equivalente sono vietate *sic et simpliciter*; le imposizioni interne sono invece vietate nella misura in cui sono discriminatorie nei confronti dei prodotti importati o hanno effetti protezionistici in favore della produzione interna. Di conseguenza, una stessa tassa non può essere considerata, allo stesso tempo, come una tassa d'effetto equivalente e come un'imposizione interna, ma occorre stabilire caso per caso la natura dell'onere in esame.

Secondo la giurisprudenza, *“la differenza essenziale fra una tassa di effetto equivalente e un tributo interno consiste nel fatto che la prima colpisce esclusivamente il prodotto importato in quanto tale, mentre il secondo grava ad un tempo sulle merci importate e su quelle nazionali”* (sentenza Schul, 1982).

La formula citata detta un criterio apparentemente elementare, ma che, all'atto pratico, non è sempre abbastanza preciso. Il caso più emblematico è dato da quelle imposizioni che colpiscono prodotti esclusivamente importati da altri Stati membri, per il fatto che non esiste alcuna produzione nazionale corrispondente. La giurisprudenza afferma che anche in questo caso ci si trova di fronte ad un'imposizione interna, a condizione che l'imposizione *“rientri in un regime generale di tributi interni che gravano sistematicamente su categorie di prodotti secondo criteri obiettivi applicati indipendentemente dall'origine dei prodotti”*.

Così è stato ritenuto che l'imposta di consumo italiana sulle banane (prodotto di origine esclusivamente estera) costituisce un'imposizione interna (e non una tassa d'effetto equivalente), posto che essa rientrava in *“un sistema generale di tasse interne”*, gravante su diciannove categorie di prodotti scelti indipendentemente dalla rispettiva origine.

3.4. Passando al **contenuto dell'art.110**, occorre distinguere il primo comma dal secondo.

→ Il **1° comma** vieta agli Stati membri di applicare, direttamente o indirettamente, ai prodotti importati da altri Stati membri, imposizioni interne superiori a quelle applicate ai prodotti nazionali similari.

→ Il **2° comma** invece vieta agli Stati membri di applicare ai prodotti importati da altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni.

Perché il divieto di cui al **1° comma** possa trovare applicazione è anzitutto necessario che ci si trovi in presenza di **2 prodotti simili**. Tale nozione va "interpretata in base non al criterio dell'assoluta identità, ma a quello dell'*analogia/comparabilità dell'impiego*".

Per stabilire, poi, se il sistema di tassazione sia o meno contrario al 1° comma, basta confrontare l'onere fiscale gravante sul prodotto importato con quello gravante sul prodotto nazionale simile, prendendo in considerazione "oltre all'aliquota del tributo, anche le disposizioni relative alla base imponibile e le modalità di riscossione", poiché "il criterio di paragone decisivo è costituito dall'incidenza effettiva di ciascun tributo sul prodotto nazionale, da un lato, e sul prodotto importato, dall'altro".

3.5. Perché risulti applicabile il **2° comma**, invece, "è sufficiente che il prodotto importato si trovi in concorrenza col prodotto nazionale protetto in uno o più impieghi economici, anche se non costituisce un vero e proprio prodotto simile". Secondo quanto si ricava dalla giurisprudenza, un tale **rapporto di concorrenza** sussiste quando tra i vari prodotti esiste una certa sostituibilità, anche parziale. Il prodotto importato, in altre parole, deve rappresentare "una scelta alternativa" per il consumatore.

La Corte ha anche precisato che la sussistenza di tale rapporto va valutata non solo in relazione allo "stato attuale del mercato", ma tenendo presente anche "le possibilità di evoluzione nel contesto della libera circolazione delle merci su scala comunitaria e le nuove potenzialità di sostituzione tra prodotti che l'intensificazione degli scambi può mettere in luce".

Accertata l'esistenza di un rapporto di concorrenzialità tra prodotto nazionale e prodotto importato maggiormente tassato, occorre poi stabilire se questa maggiore tassazione si traduca in una **protezione del prodotto nazionale**. Si tratta di "un criterio più generale" di quello puramente quantitativo previsto dal 1° comma: non basta l'esistenza di una differenza tra l'onere fiscale gravante sui due prodotti, ma occorre guardare "all'incidenza di tale onere sul rapporto di concorrenza fra i vari prodotti di cui trattasi. È quindi essenziale stabilire se tale onere sia o meno tale da influenzare il mercato di cui trattasi, diminuendo il consumo potenziale dei prodotti importati a vantaggio dei prodotti nazionali concorrenti".

4. Il divieto di restrizioni quantitative e misure d'effetto equivalente.

4.1. Le disposizioni previste dal TFUE in merito alle restrizioni quantitative e alle misure d'effetto equivalente risultano più complesse di quelle relative ai dazi doganali e alle tasse d'effetto equivalente. Queste si limitano a porre un divieto assoluto, senza contemplare alcuna deroga esplicita: l'unica difficoltà interpretativa consiste dunque nell'identificare la portata delle nozioni utilizzate e soprattutto di quella di **tassa d'effetto equivalente**.

Per quanto riguarda le **restrizioni quantitative e le misure d'effetto equivalente** il quadro normativo è complesso.

1. In **primo luogo**, il divieto è articolato in due distinte disposizioni: l'**art.34** vieta le restrizioni quantitative e le misure d'effetto equivalente all'importazione; l'**art.35** contiene un divieto identico per l'esportazione. L'identità dei termini utilizzati consente di trattare insieme alcuni profili delle due disposizioni (nozione di "restrizione quantitativa" e di "misura"). Occorrerà invece affrontare distintamente il campo d'applicazione dell'art.34 e dell'art.35 per quanto riguarda la nozione di "effetto equivalente".
2. In **secondo luogo**, il TFUE ha previsto anche una disposizione contenente una deroga al divieto: l'**art.36**, a norma del quale gli artt.34 e 35 "lasciano impregiudicati i divieti e le restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito" giustificati da motivi di interesse generale specificati nella norma stessa.

La **portata** dei divieti in esame riguarda soltanto gli scambi intracomunitari e non quelli con Stati terzi. Essi si applicano ai **prodotti agricoli**, anche se soggetti ad organizzazione comune di mercato ai sensi dell'art.40 TFUE.

4.2. Non è difficile definire **cosa sia una restrizione quantitativa**. Secondo la Corte, "il divieto di restrizioni quantitative riguarda le misure aventi il carattere di proibizione, totale o parziale, d'importare, d'esportare o di far transitare" determinate merci.

La Corte ritiene, pertanto, che rientrino nella nozione di restrizione quantitativa:

- a) i provvedimenti di uno Stato membro che vietano del tutto l'importazione o l'esportazione di una certa merce;
- b) i provvedimenti che vietano l'importazione o l'esportazione di una merce oltre un certo quantitativo massimo.

4.3. Più problematica è stata la definizione di ciò che deve intendersi per **misura d'effetto equivalente**. Si tratta, infatti, di una **nozione** originale, inserita nel TFUE allo scopo di giungere ad una liberalizzazione degli scambi più completa. Rispetto alla nozione di **tassa d'effetto equivalente**, che copre esclusivamente misure comportanti l'imposizione di un onere pecuniario a carico di determinati prodotti, quella esaminata risulta molto meno caratterizzata. Ciò ne fa uno strumento estremamente duttile.

Per rendere più agevole l'esposizione dei risultati cui è pervenuta la giurisprudenza, conviene esaminare separatamente i due seguenti quesiti: che cosa debba intendersi:

- a) per "misura";
- b) e per "effetto equivalente ad una restrizione quantitativa".

4.4. Per quanto riguarda il primo quesito, dalla giurisprudenza si deduce che il termine **misura** copre qualsiasi atto o comportamento che sia riferibile ai pubblici poteri (e dunque non a semplici privati).

Tuttavia, costituisce una "misura" il regolamento di un'organizzazione professionale dotata per legge di determinati poteri coercitivi nei confronti degli associati.

Se poi il comportamento di privati crea, di fatto, un ostacolo alla libera circolazione, il mancato intervento delle autorità pubbliche rappresenta una violazione dell'art.34.

Dal punto di vista della **forma**, costituiscono "misure" le disposizioni legislative e regolamentari di uno Stato membro, ma anche le norme non scritte derivanti da una prassi amministrativa o da una prassi giurisprudenziale.

È stato inoltre affermato che il comportamento di uno Stato membro "non va esente dal divieto di cui all'art.34 TFUE per il solo fatto di non basarsi su decisioni vincolanti per le imprese", in quanto "anche atti di uno Stato membro privi di efficacia cogente possono essere idonei ad incidere sulla condotta dei commercianti e dei consumatori nel territorio di questo Stato" e produrre quindi effetti restrittivi sugli scambi.

Può costituire una "misura" anche un provvedimento applicabile solo ad una parte determinata del territorio di uno Stato membro o intesa a favorire solo i prodotti originari di una determinata area.

4.5. Passando ad esaminare la nozione di **effetto equivalente**, va osservato che, consistendo l'effetto di una restrizione quantitativa vera e propria nella diminuzione della quantità di importazioni o esportazioni che potrebbero essere effettuate in sua assenza, misure d'effetto equivalente sono tutti quei provvedimenti di uno Stato membro che, indipendentemente dal tipo o dalla denominazione, producono lo stesso risultato.

L'interprete deve quindi domandarsi se le importazioni o le esportazioni sarebbero maggiori qualora la misura in esame non esistesse o venisse abrogata. Se la risposta è affermativa, si è in presenza di una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa vera e propria.

Limitando per adesso l'esame alle sole **misure all'importazione**, è opportuno riportare la definizione contenuta nella **sentenza Dassonville** del 1974: secondo la Corte, costituisce una misura d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'importazione "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intra-comunitari".

Questa definizione, anche nota come **formula Dassonville**, appare particolarmente ampia e severa: per far scattare il divieto di cui all'art.34 è sufficiente che la normativa di uno Stato membro possa provocare un **ostacolo agli scambi**. In altri termini, l'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa si produce, secondo la Corte, ogniqualvolta una determinata normativa nazionale renda meno agevole la commercializzazione di un prodotto e possa pertanto scoraggiarne l'importazione da altri Stati membri.

Nemmeno è possibile limitare la portata della definizione in relazione al **tipo** di misura: il qualificativo "commerciale" che figura nella formula **Dassonville** è infatti generico e non ha impedito alla Corte di considerare come vietate dall'art.34 normative attinenti alla produzione di determinate merci.

Anche l'**entità** dell'effetto restrittivo sembra irrilevante: misure che ostacolano gli scambi in maniera minima non sono per questo sottratte al divieto. Nel settore della libera circolazione delle merci pertanto **non vale il principio del *de minimis***.

Inoltre, l'ostacolo agli scambi può avere **carattere indiretto o potenziale**: non occorre perciò dimostrare che la normativa in questione riguardi espressamente le importazioni o abbia ad oggetto la disciplina degli scambi transfrontalieri, né che abbia effettivamente provocato una diminuzione delle importazioni. Secondo la Corte, infatti, una volta accertato che una misura statale può costituire un ostacolo agli scambi, questa non è sottratta all'applicazione dell'art.34 solo perché non è dimostrato che tale effetto si sia ancora realizzato in relazione a fattispecie concrete.

Solo occasionalmente la Corte ha escluso l'applicazione dell'art.34 perché gli effetti restrittivi che la misura stessa avrebbe potuto produrre sulla libera circolazione delle merci erano "troppo aleatori e indiretti".

Ma soprattutto, sebbene nel caso esaminato la normativa nazionale si applicasse alle sole merci importate dall'estero e fosse dunque discriminatoria, la formula utilizzata dalla Corte non fa alcun riferimento a tale aspetto, lasciando così intendere che il **carattere discriminatorio o meno** della misura non rileva ai fini della qualificazione come misura d'effetto equivalente.

Come l'esperienza giurisprudenziale dimostra, il test articolato dalla Corte nella sentenza *Dassonville* è formulato in maniera talmente ampia che, di fronte ad una qualsiasi misura adottata da uno Stato membro, la presenza di un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa è data quasi per scontata.

Vero è tuttavia che la Corte, senza rinnegare la formula *Dassonville*, ha finito per adottare un approccio differenziato e in alcuni casi meno severo a seconda dei vari tipi di misure da esaminare. Essa ha pertanto sperimentato test diversi per alcune categorie di misure.

4.6. Occorre anzitutto tracciare una netta distinzione tra le misure restrittive che si applicano ai soli prodotti importati (**discriminatorie**) e le misure che, invece, sono previste per qualsiasi merce che circoli o sia commercializzata nel territorio dello Stato membro, indipendentemente dall'origine (**misure indistintamente applicabili**).

Le **misure discriminatorie** sono costituite da provvedimenti statali che sottopongono l'importazione/commercializzazione di merci provenienti da altri Stati membri a requisiti o condizioni non previste per le corrispondenti merci di produzione nazionale. Rientrano nella stessa nozione quei provvedimenti che, pur applicandosi alle merci indipendentemente dalla loro origine, stabiliscono condizioni meno severe o più favorevoli per i soli prodotti nazionali. In tutti questi casi, i prodotti importati sono oggetto di una discriminazione diretta rispetto ai prodotti nazionali: di conseguenza la loro importazione è ostacolata.

Possono citarsi alcuni esempi divenuti classici, quali le norme che subordinano l'importazione al rilascio di un'apposita licenza, sottopongono la merce importata a controlli sanitari sistematici alla frontiera, predispongono per le autovetture importate di seconda mano controlli tecnici speciali non indispensabili, esigono documenti e attestati non richiesti per le merci nazionali corrispondenti, riservano l'importazione (di bevande alcoliche) ai soli fabbricanti e grossisti, subordinano ad una specifica autorizzazione preventiva il rimborso di occhiali da vista acquistati presso ottici di uno Stato membro, impongono agli operatori nazionali l'acquisto di una determinata percentuale di prodotti di origine nazionale.

Misure del tipo descritto sono senz'altro considerate come vietate dall'art.34, anche quando l'effetto restrittivo provocato sia minimo. In questi casi, l'unica possibilità per sfuggire al divieto consiste nell'invocare la deroga prevista dall'art.36, dimostrando che ricorrono i presupposti per l'applicazione di tale disposizione.

Alle misure discriminatorie sono equiparate le misure che impediscono o rendono meno agevoli le c.d. **importazioni parallele**, effettuate attraverso canali diversi da quelli ufficiali.

4.7. Quanto alle **misure indistintamente applicabili**, la protratta assenza di pronunce della Corte al riguardo aveva indotto a ritenere che misure del genere sfuggissero per definizione al divieto di cui all'art.34. Tale opinione traeva argomento soprattutto dalla constatazione che il carattere discriminatorio è connesso nell'idea stessa di restrizione quantitativa e dovrebbe perciò costituire requisito indispensabile anche per la nozione derivata di misura d'effetto equivalente.

In seguito, la giurisprudenza ha mostrato come, in taluni casi, anche una misura indistintamente applicabile può produrre effetti restrittivi sulle merci importate da altri Stati membri ed essere perciò considerata rientrare nel campo d'applicazione dell'art.34.

L'esempio più antico è costituito dai provvedimenti adottati dagli Stati membri per il **controllo dei prezzi**. Tali provvedimenti, frequenti in periodo di alta inflazione, sono di norma applicabili indistintamente ai prodotti nazionali e a quelli importati.

La Corte ha affermato che, in linea di massima, provvedimenti nazionali del genere, poiché indistintamente applicabili, non ostacolano la libera circolazione delle merci e non possono, quindi, considerarsi misure d'effetto equivalente. Ciò non esclude che provvedimenti sui prezzi possano entrare in conflitto con l'art.34 qualora i prezzi soggetti a controllo siano fissati ad un livello tale da rendere la commercializzazione dei prodotti importati impossibile o più difficile di quello dei prodotti interni corrispondenti.

Un tale effetto si riscontra soprattutto nelle seguenti ipotesi:

- per quanto riguarda i provvedimenti che fissano **prezzi massimi** o impongono un **blocco dei prezzi**, qualora il prezzo sia fissato "a un livello talmente basso che - tenuto conto della situazione generale dei prodotti importati rispetto a quella dei prodotti nazionali - gli operatori i quali intendano importare i prodotti di cui trattasi nello Stato membro considerato possono farlo soltanto in perdita";
- per quanto riguarda i provvedimenti che fissano **prezzi minimi**, qualora il livello dei prezzi sia "tale da svantaggiare i prodotti importati rispetto ai prodotti nazionali corrispondenti, in quanto essi non possono essere smerciati con profitto nelle

condizioni stabilite oppure perché il vantaggio concorrenziale risultante da costi di produzione inferiori” dei prodotti importati rispetto ai corrispondenti prodotti nazionali “ne risulterebbe neutralizzato”.

In entrambe le ipotesi, i provvedimenti in materia di prezzi producono un potenziale effetto negativo sugli scambi, perché sfavoriscono i prodotti importati, trattandoli alla stessa stregua di quelli nazionali, nonostante che i primi si trovino in situazioni oggettivamente diverse rispetto ai secondi. Si ritiene che questo sia un esempio di **discriminazione materiale**. Sembra che attualmente la giurisprudenza non consideri più le misure nazionali sul controllo dei prezzi come una categoria a sé stante e le assimili a misure di altro tipo.

4.8. Un esempio più recente, ma anche più importante, di misure d'effetto equivalente indistintamente applicabili è venuto in rilievo in relazione al problema dei c.d. **ostacoli tecnici agli scambi**.

La **nozione** copre quegli ostacoli alla libera circolazione delle merci che sono provocati dalla persistente diversità delle normative con cui ciascuno Stato membro disciplina le modalità di fabbricazione, composizione, imballaggio, confezionamento, etichettaggio, denominazione dei prodotti industriali o agro-industriali (**norme tecniche**). Generalmente, tali normative si applicano a tutti i prodotti posti in commercio nel territorio dello Stato membro, indipendentemente dall'origine nazionale o straniera.

La diversità tra le normative nazionali di questo tipo fa sì che il prodotto fabbricato e confezionato secondo le norme tecniche vigenti nello Stato di produzione non possa essere posto in vendita nel territorio di un altro Stato, se non previo adattamento alle norme vigenti in quest'ultimo.

Inizialmente si discuteva se i provvedimenti nazionali che determinano ostacoli del genere potessero rientrare nella nozione di misura d'effetto equivalente. Si sosteneva che ciascuno Stato membro fosse competente ad emanare norme tecniche valide sul rispettivo territorio e che gli ostacoli derivanti dalle differenze riscontrabili tra le varie legislazioni nazionali andassero eliminati mediante direttive di ravvicinamento.

Il dubbio è stato chiarito con la sentenza pronunciata sul **caso del Cassis de Dijon** (1979). Nella sentenza, la Corte ha riconosciuto che, *“in mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell'alcool, spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche”*.

La Corte non ha però dedotto da queste considerazioni l'esistenza di un potere assoluto degli Stati di imporre il rispetto delle proprie norme anche ai prodotti importati da altri Stati membri. Essa ha invece affermato che *“gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere a esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori”* (ibidem).

La Corte conclude pertanto che nel caso di specie *“non sussiste alcun valido motivo per impedire che bevande alcoliche, a condizione ch'esse siano legalmente prodotte e poste in vendita in uno degli Stati membri, vengano introdotte in qualsiasi altro Stato membro senza che possa esser opposto, allo smercio di tali prodotti, un divieto legale di porre in vendita bevande con gradazione alcolica inferiore al limite determinato dalla normativa nazionale”*.

Il pensiero della Corte è dunque il seguente: la normativa di uno Stato membro riguardante i requisiti tecnici dei prodotti può essere applicata anche a prodotti importati da altri Stati membri (senza che ciò comporti una violazione del divieto di cui all'art.34) alle seguenti condizioni (**test Cassis**):

- a) la normativa deve essere giustificata da **esigenze imperative** relative alla protezione di interessi di ordine generale del tipo di quelli indicati nella sentenza (efficacia dei controlli fiscali, protezione della salute pubblica, lealtà dei negozi commerciali e difesa dei consumatori);
- b) la normativa deve rispettare il principio di **proporzionalità** e pertanto i) essere idonea allo scopo d'interesse generale perseguito e ii) non comportare restrizioni eccessive, nel senso che non esistano altri mezzi meno restrittivi per conseguire lo stesso risultato. In caso contrario, il divieto di cui all'art.34 impone allo Stato membro d'importazione di consentire la commercializzazione di prodotti non conformi alla propria normativa tecnica ma che siano legittimamente fabbricati e venduti nello Stato membro d'origine.

In quest'ottica, lo Stato membro d'importazione avrà l'onere di valutare se la normativa tecnica in vigore nello Stato d'origine del prodotto non offra garanzie equivalenti a quelle richieste dalla propria normativa: in caso affermativo, lo Stato d'importazione non potrà imporre allo stesso prodotto il rispetto anche della propria normativa tecnica perché, così facendo lo sottoporrebbe a due normative tecniche: quella dello Stato d'origine e quella dello Stato d'importazione (c.d. doppio onere normativo).

Il divieto, com'è stato chiarito, riguarda non solo l'imposizione di requisiti tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa dello Stato membro di origine, ma anche la sottoposizione di prodotti importati a controlli tecnici previsti da norme indistintamente applicabili dello Stato membro di importazione, quando tali controlli siano supplementari rispetto a quelli già svolti nello Stato membro di origine.

L'esigenza da ultimo segnalata implica che, nel campo delle normative tecniche, può parlarsi di un obbligo di mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali derivante dal divieto di cui all'art.34: gli Stati membri sono tenuti a permettere che i prodotti legalmente in commercio nel territorio di un altro Stato membro, perché conformi alla normativa tecnica ivi in vigore, siano commercializzati anche nel proprio territorio, salvo qualora dimostrino che la normativa tecnica dello Stato d'origine non assicura una protezione equivalente a quella assicurata dalla propria normativa tecnica.

In applicazione della giurisprudenza *Cassis de Dijon* (detta anche **giurisprudenza delle esigenze imperative**), innumerevoli normative nazionali sono state considerate vietate dall'art.34 nella misura in cui lo Stato membro in questione ne pretendeva il rispetto da parte dei prodotti importati.

Non sono tuttavia mancati casi in cui la Corte ha riconosciuto che la regola tecnica in questione non costituiva una misura di effetto equivalente, in quanto adeguatamente giustificata da una esigenza imperativa.

Si è posto il problema di stabilire se la contrarietà di una normativa tecnica all'art.34 ne comporti l'inapplicabilità solo nei confronti dei prodotti importati da altri Stati membri, o anche rispetto ai prodotti originari dello Stato membro autore della normativa. A ben vedere, nel secondo caso, si tratterebbe di una **situazione puramente interna**, in cui "tutti gli elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro".

Il pensiero della Corte in materia non è chiaro.

4.9. Il test *Cassis* è stato inizialmente concepito in funzione della sua applicazione a normative tecniche relative ai prodotti. Ben presto, tuttavia, la Corte si è trovata a farne applicazione anche ad un tipo diverso di normativa nazionale: le disposizioni che disciplinano, in ciascuno Stato membro, le condizioni secondo cui i prodotti possono essere venduti ovvero i metodi di promozione delle vendite ammessi (**norme sulle modalità di vendita dei prodotti**). Si tratta di norme che vietano o sottopongono a determinate restrizioni o limitazioni talune modalità di vendita o di promozione delle vendite.

A differenza delle normative tecniche considerate precedentemente, disposizioni di questo tipo non riguardano il prodotto in sé e per sé, ma le modalità secondo le quali il prodotto può essere posto in vendita o la sua vendita può essere promossa. Tuttavia, la giurisprudenza considera che, alla stessa stregua delle normative tecniche, le norme sulle modalità di vendita sono capaci di produrre un effetto restrittivo sulle importazioni. Tale effetto viene individuato nel restringimento delle opportunità di vendita dei prodotti in generale, e dei prodotti importati in particolare.

In considerazione dell'effetto potenzialmente restrittivo causato dalle norme sulle modalità di vendita dei prodotti, la Corte le aveva inizialmente sottoposte ad un test simile al test *Cassis*. Normative del genere erano considerate vietate dall'art.34 in quanto misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa:

- a) a meno che non fossero giustificate da esigenze imperative legate alla necessità di tutelare un interesse d'ordine generale;
- b) e sempreché fosse rispettato il principio di proporzionalità.

Con la **sentenza Keck**, invece, la Corte ha precisato che non sempre una normativa relativa alle modalità di vendita dei prodotti è in grado di produrre un effetto restrittivo sulle importazioni e ricade pertanto nel divieto di cui all'art.34.

Il pensiero della Corte espresso nella sentenza *Keck* è il seguente: solo eccezionalmente le norme sulle modalità di vendita dei prodotti producono un effetto restrittivo sulle importazioni e costituiscono dunque una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ai sensi dell'art.34. Ciò avviene qualora sia dimostrato che la normativa in questione:

- a) non è applicabile a tutti gli operatori interessati (ad es. si applica soltanto a coloro che commerciano prodotti originari degli altri Stati membri), e ciò anche ove un solo operatore sia esentato dal rispetto di tale normativa;
- b) impedisce l'accesso al mercato nazionale da parte dei prodotti importati o lo rende più difficile di quanto non lo sia per i prodotti nazionali.

In altri termini, il test messo a punto nella sentenza *Keck*, per valutare se una normativa nazionale sulle modalità di vendita dei prodotti produca o meno un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa e ricada pertanto nel campo d'applicazione dell'art.34 (**test Keck**), consiste nel verificare se la normativa comporta una **discriminazione indiretta** a danno dei prodotti provenienti dagli altri Stati membri in termini di **accesso al mercato**.

L'intenzione era di evitare rinvii inutili da parte dei giudici nazionali, escludendo in linea di principio la possibilità di invocare l'art.34 a proposito delle norme nazionali sulle modalità di vendita e riservandola a pochi casi eccezionali. Inizialmente la nuova giurisprudenza ha infatti consentito alla Corte di risolvere rapidamente numerosi casi, giudicando che le normative in esame, in quanto relative alle modalità di vendita dei prodotti, non rientravano affatto nel campo d'applicazione dell'art.34.

La giurisprudenza *Keck* ha suscitato però molti dubbi e dato luogo a non poche difficoltà.

- La **prima difficoltà** ha riguardato la stessa **distinzione tra norme tecniche e norme sulle modalità di vendita**. La distinzione è molto importante dal momento che le norme tecniche sono, di norma, vietate dall'art.34, salvo che ricorrano le condizioni indicate dalla giurisprudenza delle esigenze imperative, mentre le norme sulle modalità di vendita sono, in linea di principio, sottratte del tutto all'art.34, salvo che ricorrano le condizioni indicate dalla giurisprudenza *Keck*, con conseguente diverso riparto del relativo onere della prova. Con il passare del tempo la giurisprudenza si è mostrata alquanto restrittiva nel qualificare la normativa nazionale in esame come norma sulle modalità di vendita, mostrando invece di preferire la qualificazione come normativa tecnica.
- Una **seconda difficoltà** si è posta per stabilire se una normativa relativa alle modalità di vendita dei prodotti precluda l'**accesso al mercato** dei prodotti importati o lo ostacoli più di quanto avviene per i prodotti nazionali corrispondenti. Si tratta di una condizione che, se presente, farebbe ricadere la normativa in questione nel campo d'applicazione dell'art.34. Anche riguardo a questa condizione, la giurisprudenza ha manifestato, nel tempo, un rigore sempre maggiore, dando l'impressione di aver abbandonato l'iniziale presunzione favorevole alle normative nazionali sulle modalità di vendita.
- Una **terza difficoltà** è derivata dal fatto che, avendo più volte dichiarato l'applicabilità dell'art.34 a vere e proprie normative sulle modalità di vendita a causa del loro impatto negativo sull'accesso al mercato dei prodotti importati, la Corte si è trovata a dover tornare in questi casi al test *Cassis*, domandosi:
 - a) se la normativa potesse essere giustificata da esigenze imperative legate alla protezione di un interesse di ordine generale;
 - b) e se fosse rispettato il principio di proporzionalità.

4.10. Il fatto che la Corte vi faccia ricorso anche in casi di vere e proprie normative sulle modalità di vendita dei prodotti dimostra come il **test *Cassis* abbia assunto la funzione di un test di carattere generale**, utilizzabile per misure nazionali di qualunque natura.

Questa conclusione è confermata da alcune pronunce in cui la Corte è stata chiamata ad occuparsi di normative nazionali che vietavano o limitavano fortemente l'uso di determinati prodotti (**normative sull'uso dei prodotti**).

Nella sentenza 10 febbraio 2009, causa C-110/05, Commissione c. Italia, si trattava di alcune disposizioni del codice della strada italiano che vietano ai motoveicoli di trainare un rimorchio. Confrontata ad una normativa che non poteva essere ricondotta né al modello delle normative tecniche oggetto della giurisprudenza *Cassis de Dijon* né alle normative sulle modalità di vendita dei prodotti oggetto della giurisprudenza *Keck*, la Corte afferma che costituisce misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ai sensi dell'art.34 anche "ogni altra misura che ostacoli l'accesso al mercato di uno Stato membro di prodotti originari di altri Stati membri".

Nel caso di una normativa come quella italiana, che vieta del tutto l'uso di un prodotto legalmente fabbricato e commercializzato in un altro Stato membro, la Corte osserva come essa abbia "un'influenza notevole sulle scelte dei consumatori e, per questa via, sull'accesso di tale prodotto al mercato nazionale". "Sapendo, infatti, di non poter attaccare al proprio motoveicolo rimorchi specifici per motoveicoli, i consumatori non hanno praticamente nessun interesse a comprare rimorchi di questo tipo". Pertanto, un divieto del genere costituisce una misura d'effetto equivalente "a meno che non possa essere oggettivamente giustificato" da uno dei motivi di interesse generale indicati nell'art.36 TFUE o da una ragione imperativa, sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario per il suo raggiungimento.

Nel caso di specie la Corte ritiene che la normativa italiana sia giustificata da esigenze legate all'obiettivo di garantire la sicurezza stradale e sia proporzionata rispetto a tale obiettivo.

Come si vede, la Corte svolge nei confronti di una normativa sull'uso dei prodotti un test del tutto simile al test *Cassis*, verificando:

- a) che la misura sia giustificata da una esigenza imperativa legata alla protezione di un interesse di ordine generale;
- b) e che sia rispettato il principio di proporzionalità.

4.11. Per quanto riguarda le **misure d'effetto equivalente all'esportazione** (art.35), la Corte ha accolto una nozione di "effetto equivalente" molto più ristretta rispetto all'analoga nozione di cui all'art.34.

Per incorrere nel divieto di cui all'art.35, infatti, una misura non deve solo produrre effetti restrittivi, cioè ostacolare le esportazioni, ma deve altresì avere **carattere discriminatorio**, nel senso di applicarsi ai soli prodotti destinati all'esportazione e non anche a quelli destinati al mercato interno nazionale. Pertanto, le **misure discriminatorie** sono sempre state considerate vietate dall'art.35.

L'esempio classico è quello di una legislazione nazionale che subordini l'esportazione di un prodotto all'ottenimento di una licenza o di un certificato di conformità. Occorre tuttavia che l'eventuale effetto restrittivo sulle esportazioni non sia troppo aleatorio e indiretto.

Sfuggono al divieto in esame le **misure indistintamente applicabili**. La giurisprudenza si è infatti ripetutamente espressa nel senso che l'art.35 "riguarda i provvedimenti nazionali che hanno per oggetto e per effetto di restringere specificatamente le correnti d'esportazione e di costituire, in tal modo, una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio d'esportazione, così da assicurare un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato, a detrimento della produzione o del commercio di altri Stati membri" (sentenza Groenveld, 1979).

L'approccio restrittivo adottato dalla Corte di giustizia a proposito dell'art.35 è stato oggetto di numerose critiche per la sua incoerenza rispetto all'atteggiamento molto più ampio seguito riguardo all'art.34.

Di recente la Corte sembra aver accolto queste critiche, accettando di attenuare l'orientamento restrittivo assunto. La Corte sembra infatti voler distinguere tra misure analoghe alle normative tecniche e misure analoghe alle normative sulle modalità di vendita dei prodotti, seguendo in questo secondo caso un'interpretazione più ampia dell'art.35 e più vicina a quella dell'art.34.

In realtà, l'orientamento della Corte contrario all'applicazione dell'art.35 a misure indistintamente applicabili si è formato inizialmente con riferimento a **normative tecniche** che stabiliscono i requisiti per la fabbricazione di un prodotto. La soluzione seguita dalla Corte è stata nel senso che la normativa tecnica in vigore in uno Stato membro non può mai costituire misure d'effetto equivalente all'esportazione nel momento in cui ne viene imposto il rispetto a tutti i prodotti fabbricati in quello stesso Stato membro, che si tratti di prodotti destinati all'esportazione o di prodotti destinati al mercato nazionale dello Stato in questione.

Tale soluzione è stata finora tenuta ferma. Essa appare peraltro del tutto coerente con la filosofia che sottende alla giurisprudenza delle esigenze imperative. Si consideri infatti che, se l'effetto di tale giurisprudenza è di limitare le possibilità per lo Stato membro d'importazione di applicare la propria normativa tecnica ai prodotti importati da altri Stati membri, ciò avviene nel presupposto imprescindibile che tali prodotti siano conformi alla normativa tecnica dello Stato membro d'origine e siano pertanto ivi legalmente fabbricati e commercializzati. Questo presupposto verrebbe meno qualora la normativa tecnica di quest'ultimo Stato non potesse essere applicata ai prodotti destinati all'esportazione, perché considerata come una misura d'effetto equivalente all'esportazione e dunque vietata ai sensi dell'art.35.

L'esclusione dal campo d'applicazione dell'art.35 non è invece sempre giustificabile nel caso di **misure sulle modalità di vendita dei prodotti**. Una normativa che vietasse o limitasse determinate modalità di vendita o di promozione delle vendite, benché applicabile tanto per le vendite all'interno del mercato nazionale quanto per quelle destinate ad altri Stati membri, potrebbe, di fatto, risultare maggiormente penalizzante in questo secondo caso e pertanto essere considerata una misura d'effetto equivalente all'esportazione.

Le restrizioni alla **sentenza Gysbrechts**, 2008.

Dall'importazione, si tratta che una misura sulla modalità di vendita dei prodotti, benché indistintamente applicata all'esportazione e al transito, se, di fatto, discrimina indirettamente le esportazioni in quanto è giustificata da motivi di altri Stati membri più difficile di quanto siano le vendite sul territorio nazionale.

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

Le misure d'effetto equivalente all'esportazione sono state considerate quali misure d'effetto equivalente all'esportazione anche nei confronti di colli soggetti ad organizzazioni comuni di mercato ai sensi dell'art.40 TFUE.

5. **protezione del patrimonio culturale, artistico, storico, archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale e commerciale.**

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

La **morale pubblica, di ordine pubblico, di sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di altri** motivi di interesse generale, sempre che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito".

5.2. Tuttavia, proprio in quanto permette un'eccezione, l'art.36 deve essere oggetto di una **interpretazione restrittiva** e non come se prevedesse a favore degli Stati membri una sorta di "dominio riservato".

La seconda frase dell'articolo chiarisce che gli Stati membri non godono di un potere illimitato per quanto riguarda la scelta delle misure necessarie per salvaguardare gli interessi generali menzionati nella prima frase. Al contrario, le loro scelte in proposito sono soggette al controllo della Commissione e al giudizio della Corte di giustizia.

5.3. L'interpretazione restrittiva porta ad escludere che l'art.36 possa essere invocato per giustificare misure di tipo diverso da quelle espressamente contemplate dalla norma: ad es. la riscossione di **tasse d'effetto equivalente** a dazi doganali non può mai beneficiare di una deroga ai sensi dell'art.36.

Parimenti, per la Corte, l'art.36 non può essere invocato riguardo a misure miranti a tutelare **esigenze nazionali di carattere economico**, quali i provvedimenti destinati a risanare la bilancia dei pagamenti.

Infine, la Corte considera l'**elencazione** degli interessi generali contenuta nell'art.36 come **tassativa**. Gli Stati membri non possono quindi invocare tale norma per giustificare misure restrittive che perseguano obiettivi diversi da quelli espressamente menzionati.

5.4. È da supporre che proprio il rifiuto di estendere l'art.36 in maniera tale da coprire la protezione di altri interessi d'ordine generale abbia indotto la Corte ad elaborare la (per molti versi simile) giurisprudenza delle **esigenze imperative**. È pertanto necessario interrogarsi sul rapporto tra l'art.36 e la richiamata giurisprudenza.

In realtà, le condizioni d'applicazione dell'art.36 e della giurisprudenza delle esigenze imperative presentano importanti analogie.

Anche ai fini dell'applicazione dell'art.36 occorre infatti dimostrare che la misura restrittiva:

- a) è necessaria per proteggere uno degli interessi d'ordine generale elencati nell'art.36;
- b) rispetta il principio di **proporzionalità**.

Inoltre, in entrambi i casi, la possibilità di giustificare una misura nazionale restrittiva è esclusa quando esistono sufficienti misure adottate a livello comunitario per proteggere i medesimi interessi.

D'altronde, alcune delle **condizioni di applicazione** della citata giurisprudenza, da un lato, e quelle necessarie perché possa essere invocata la deroga di cui all'art.36, dall'altro, restavano inizialmente ben distinte dal punto di vista concettuale.

Nella sua formulazione originaria, la giurisprudenza delle esigenze imperative dettava criteri utili per stabilire se una determinata misura costituisse o meno una misura d'effetto equivalente all'importazione ai sensi dell'art.34; l'art. 36 entrava invece in gioco nel caso di misure la cui contrarietà all'art.34 (o all'art. 35) è stata già accertata.

Soprattutto la giurisprudenza delle esigenze imperative aveva una portata assai circoscritta. Inizialmente essa valeva solo nel caso di normative indistintamente applicabili tanto ai prodotti importati quanto ai prodotti corrispondenti di origine nazionale.

Invece la deroga prevista dall'art.36 trova applicazione indipendentemente dal carattere discriminatorio o meno della misura in esame (con l'esclusione soltanto di quelle arbitrariamente discriminatorie: art.36, seconda frase).

Il descritto tratto distintivo è tuttavia divenuto nel tempo meno netto. La Corte ha infatti occasionalmente accettato di verificare l'esistenza di un'esigenza imperativa tale da giustificare una misura restrittiva anche nel caso di misure discriminatorie.

Ciò spiega come al giorno d'oggi accada con una certa frequenza che la Corte, nel domandarsi se una misura già giudicata come restrittiva possa nondimeno non essere considerata vietata, afferma che una misura del genere "può essere giustificata da uno dei motivi di interesse generale indicati nell'art.36 o da una ragione imperativa".

Tuttavia, tale modo di procedere sembra per ora limitato a casi in cui, essendo le misure indistintamente applicabili, sarebbero comunque invocabili tanto i motivi previsti dal l'art.36 quanto quelli corrispondenti alle esigenze (o ragioni) imperative di cui alla giurisprudenza *Cassis de Dijon*.

5.5. Nell'ambito della giurisprudenza delle **esigenze imperative**, la Corte ha riconosciuto un novero molto ampio e vario di interessi di ordine generale come capaci di giustificare l'applicazione ai prodotti importati della normativa in vigore nello Stato d'importazione.

Oltre a quelli espressamente richiamati nella sentenza *Cassis de Dijon* (efficacia dei controlli fiscali, protezione della salute pubblica, lealtà dei negozi commerciali e difesa dei consumatori), la giurisprudenza ha riconosciuto come interessi d'ordine generale la promozione della produzione cinematografica, la tutela dell'ambiente, la protezione dal rischio di gravi perturbazioni dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale, la promozione della diversità dei mezzi di informazione, la tutela del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero e alla libertà di associazione, la protezione dei libri come oggetto di cultura.

Particolarmente interessante e ricca è la giurisprudenza in cui la Corte è stata chiamata a giudicare se la normativa nazionale in questione poteva dirsi giustificata da esigenze imperative attinenti alla **tutela dei consumatori**.

In generale, la Corte nega che la tutela dei consumatori invocata per giustificare normative che penalizzano i prodotti importati possa essere qualora un'adeguata protezione degli acquirenti potrebbe essere ottenuta con mezzi meno restrittivi.

5.6. La giurisprudenza ha avuto altresì modo di applicare in numerose occasioni dei motivi di interesse d'ordine generale espressamente previsti dall'**art.36**. Basterà qui menzionare brevemente alcuni esempi.

In materia di **moralità pubblica**, la Corte si è più volte pronunciata a proposito della legislazione britannica riguardante le pubblicazioni e il materiale di carattere pornografico. In particolare, va richiamata la sentenza *Conigate* (1986): la Corte ha considerato incompatibile con l'art.36 il divieto di importazione di materiale porno grafico, dal momento che la produzione e la vendita di materiale nazionale della medesima natura erano soggette a condizioni restrittive, ma non erano del tutto vietate.

In materia di **protezione della salute pubblica**, interessanti sviluppi si sono avuti in merito alla possibilità di invocare la deroga prevista in proposito dall'art.36 al fine di vietare l'importazione di prodotti alimentari contenenti additivi o conservanti ammessi dalla legislazione dello Stato d'origine, ma vietati da quella dello Stato d'importazione.

5.7. Soluzioni particolarmente originali sono state raggiunte dalla Corte in materia di **protezione della proprietà industriale e commerciale**.

Innanzitutto, la Corte ha accolto una nozione alquanto ampia di proprietà industriale e commerciale, includendovi non solo i diritti di brevetto per invenzioni industriali e i marchi d'impresa, ma anche i diritti d'autore, i diritti di brevetto per modelli industriali e disegni ornamentali e le denominazioni d'origine geografica.

In mancanza di misure d'armonizzazione a livello di Unione, i diritti di proprietà industriale e commerciale hanno carattere territoriale: ciascuno Stato membro accorda diritti del genere per quanto riguarda il rispettivo territorio nazionale. Il titolare di un diritto di proprietà industriale o commerciale ha il potere esclusivo di sfruttarlo economicamente sul territorio dello Stato membro secondo la cui legislazione il diritto gli è stato accordato.

Fra i diritti che spettano al titolare vi è quello di opporsi all'importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri in violazione del suo diritto esclusivo. Ciò evidentemente ostacola la libera circolazione di determinate merci. L'art.36 prevede in proposito una deroga al divieto di cui all'art.34, deroga che però va interpretata in senso restrittivo.

La giurisprudenza, infatti, distingue tra **esistenza** del diritto ed **esercizio** dello stesso: *“seppure il trattato non influisce sulla esistenza di diritti attribuiti dalle leggi di uno Stato membro in fatto di proprietà industriale e commerciale, è possibile, in determinate circostanze, che i divieti sanciti dal trattato influiscano sull'esercizio dei suddetti diritti”*.

Lo scopo della distinzione fra esistenza ed esercizio del diritto viene meglio chiarita nella sentenza *Keurkoop*, 1982: la Corte ricorda come, ai sensi dell'art.36 (soprattutto della 2° frase), *“il contemperamento delle esigenze della libera circolazione delle merci con il rispetto dovuto ai diritti di proprietà industriale e commerciale va realizzato in modo da tutelare il legittimo esercizio dei diritti attribuiti dagli ordinamenti nazionali, rifiutando, invece, la tutela di ogni abuso di tali diritti, atto a conservare o a creare artificiali suddivisioni nell'ambito del mercato comune”*.

Per distinguere tra forme di esercizio legittime ed abusive, la giurisprudenza fa perno sull'idea di **“oggetto specifico”** e di **“funzione essenziale”** del diritto di proprietà industriale e commerciale. Qualora la forma di esercizio del diritto di privativa ecceda il suo oggetto specifico, la deroga di cui all'art.36 non può essere invocata.

Ad es., in materia di **marchi**, la Corte ha affermato che l'oggetto specifico di tale diritto *“consiste segnatamente nel garantire al titolare il diritto di utilizzare il marchio per la prima immissione in commercio del prodotto e di tutelarlo in tal modo dalla concorrenza che volesse abusare della posizione e della notorietà del marchio vendendo prodotti indebitamente contrassegnati”*.

5.8. Un caso emblematico di applicazione della descritta distinzione si è avuta con riguardo al principio dell'**esaurimento del diritto** di privativa (principio spesso ripreso per quanto riguarda i marchi).

Tale fenomeno si realizza all'atto della prima immissione in commercio del prodotto brevettato o munito di marchio nel territorio di uno qualsiasi degli Stati membri quando l'immissione sia stata effettuata dal titolare stesso del diritto o con il suo consenso, o anche da un soggetto legato al titolare da vincoli di dipendenza giuridica o economica.

Una volta che ciò sia avvenuto, il titolare del diritto non può opporsi all'importazione in altri Stati membri del prodotto protetto, indipendentemente dalle condizioni (più o meno remunerative) in cui la prima commercializzazione sia in concreto avvenuta.

Nel quadro della descritta giurisprudenza, diventa cruciale accertare se vi sia stato o meno **consenso del titolare** alla immissione in commercio: il consenso è stato escluso qualora il prodotto sia stato fabbricato e immesso in commercio dal titolare di una licenza "obbligatoria" di brevetto, non volontariamente concessa dal titolare del diritto.

Nemmeno può parlarsi di consenso nel caso di prodotti contrassegnati da un medesimo marchio, del quale, tuttavia, sono titolari, in Stati membri diversi, soggetti che hanno acquisito il diritto al marchio in maniera del tutto indipendente. Si trattava di una nota marca di caffè: il titolare del marchio per la Germania ha potuto opporsi all'importazione dal Belgio di caffè prodotto dal titolare dello stesso marchio in quest'ultimo Stato, dal momento che il marchio, sebbene inizialmente spettante al medesimo soggetto, era stato oggetto di espropriazione da parte delle autorità belghe e poi ceduto ad un altro soggetto privo di qualunque legame con il titolare originario.

L'immissione in commercio nel territorio di uno Stato terzo, invece, non dà luogo ad esaurimento. Il c.d. **esaurimento internazionale** non è infatti ammesso dalla Corte.

6. Libera circolazione delle merci e monopoli pubblici.

6.1. Occorre infine occuparsi dell'**art.37**, in tema di monopoli pubblici a carattere commerciale. La norma tende a conciliare *"la possibilità, per gli Stati membri, di mantenere taluni monopoli di carattere commerciale, in quanto strumenti per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, con le esigenze dell'instaurazione e del funzionamento del mercato comune"* e *"mira ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, ad eccezione tuttavia degli effetti restrittivi sugli scambi che sono inerenti all'esistenza dei monopoli di cui trattasi"*.

Il 2° comma del par.1 definisce la **nozione di monopolio commerciale**: *"qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, de jure o de facto, controlla, dirige o influenza, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri"*.

6.2. I monopoli rispondenti alle predette caratteristiche non sono vietati in quanto tali. L'art.37, par.1 si limita a prescrivere il "riordinamento" è cioè l'eliminazione di "qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi". Misure del genere sono incompatibili con l'art.37, par.1, e vietate.

La **nozione di misura vietata** solleva tuttora incertezze. La formula utilizzata dall'art.37, par.1 è infatti poco chiara, tanto più che si riferisce a discriminazioni fra persone e non fra prodotti, come sarebbe stato più logico in una norma in tema di libera circolazione delle merci.

La casistica, limitata, esaminata dalla Corte rivela che è da considerarsi incompatibile con l'art.37, par.1, e quindi vietata, qualsiasi misura adottata nel quadro di un monopolio di carattere commerciale che abbia per effetto di svantaggiare, in diritto o in fatto, lo scambio di merci in provenienza da altri Stati membri rispetto a quello delle merci nazionali e di falsare la concorrenza tra le economie degli Stati membri.

6.3. Come si è visto, l'art.37, par.1 è norma maggiormente permissiva per gli Stati membri rispetto alle altre norme in materia di libera circolazione delle merci e, in particolare, dell'art.34: essa consente infatti di mantenere nell'ambito di un monopolio commerciale norme che sarebbero altrimenti vietate.

Occorre pertanto definire **quale sia il campo d'applicazione dell'art.37, par.1.**

Secondo la giurisprudenza, il solo fatto che un provvedimento riguardi prodotti rientranti in un monopolio di carattere commerciale ma abbia in realtà portata generale, nel senso che si applica anche a prodotti dello stesso tipo ma non soggetti al monopolio, non consente di invocare l'art.37, par.1.

La giurisprudenza ha inoltre stabilito che, anche all'interno dei provvedimenti che riguardano specificamente il monopolio, non tutti sono solo per questo motivo soggetti all'art.37, par.1. Tale disposizione ha ad oggetto *"solo le attività intrinsecamente connesse all'esercizio della funzione specifica del monopolio"* e non si applica, invece, *"alle norme nazionali che esulano dall'esercizio di questa specifica funzione"*.

Secondo una formulazione più recente, occorre distinguere tra le *"norme relative all'esistenza e al funzionamento del monopolio"* e le norme che *"sono scindibili dal funzionamento del monopolio pur avendo un'incidenza su quest'ultimo"*. Soltanto le prime vanno esaminate alla luce dell'art.37, par.1, mentre l'incidenza sugli scambi tra Stati membri delle seconde deve essere valutato ai sensi dell'art.34.

CAPITOLO 3 - LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE

1. Quadro normativo.

124

1.1. L'art.26, par.2, TFUE, nel definire il mercato interno, stabilisce che esso "comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali". Nel presente Capitolo verrà esaminata la libera circolazione delle persone.

Tuttavia, al giorno d'oggi, presentare la libera circolazione delle persone solo come una componente del mercato interno apparirebbe del tutto limitativo.

Con l'istituzione della cittadinanza dell'Unione da parte del TUE, ai cittadini dell'Unione è stato attribuito "il **diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri**" (artt.20, par.2, lett. a), e 21, par.1, TFUE). È stato così sciolto il legame tra libera circolazione delle persone e svolgimento di attività economiche, che sole rilevrebbero ai fini dell'instaurazione del mercato interno.

La libera circolazione ha pertanto assunto un valore e una portata autonomi e si è trasformata in un vero e proprio diritto della persona. Tale fenomeno ha trovato la sua consacrazione nell'art.45, par.1 della Carta dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

A livello di trattati, la libera circolazione delle persone è disciplinata da 4 gruppi di disposizioni:

1. artt.20, par.2, lett. a) e 21 TFUE, relativi ai cittadini, ai quali va aggiunto l'art.18, che vieta, nel campo d'applicazione dei trattati, le discriminazioni effettuate in base alla nazionalità;
2. gli artt.45-48 TFUE, che hanno ad oggetto "i lavoratori";
3. gli artt.49-55 TFUE, dedicati a "il diritto di stabilimento";
4. gli artt.56-62 TFUE, relativi a "i servizi".

In effetti le disposizioni del TFUE relative a "i servizi" non riguardano la libera circolazione delle persone in senso stretto ma la libera circolazione (o prestazione) dei servizi. Tuttavia, anche nella libera prestazione di servizi è normalmente compreso un aspetto di circolazione delle persone coinvolte.

Il **contenuto** delle disposizioni che compongono i tre gruppi citati è già stato brevemente descritto (Cap. I, par. 5.3).

Tali disposizioni si aprono con una solenne statuizione che sancisce la libertà di circolazione o il divieto di restrizioni a tale libertà. Segue una descrizione (di dettaglio e precisione variabili) dei **diritti** in cui ciascuna libertà si articola.

In ciascuno dei gruppi c'è un richiamo al **divieto di discriminazione** in base alla nazionalità o al principio del trattamento nazionale.

Infine, sono in genere previste disposizioni che stabiliscono dei motivi di possibili **deroghe** alla libertà di circolazione o dei **limiti** al suo campo d'applicazione.

1.2. Le disposizioni del TFUE che introducono la libertà di circolazione delle persone sono dotate di **diretta efficacia**.

In ordine di tempo, la diretta efficacia è stata accertata dapprima per l'art.49, in materia di diritto di stabilimento. L'art.49 costituisce una norma "*atta a essere fatta valere direttamente dai cittadini di tutti gli altri Stati membri*".

In termini analoghi, la Corte si è pronunciata circa gli artt.56 e 57, in materia di servizi.

Quanto all'art.45, esso comporta per gli Stati membri "*un obbligo preciso, che non richiede l'emanazione d'alcun ulteriore provvedimento da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri e che non lascia a questi ultimi alcuna discrezionalità nella sua attuazione*".

Gli artt.45, 49 e 56-57 sono dunque norme dotate di efficacia diretta, idonee ad essere invocate in giudizio dai soggetti interessati, nei confronti tanto di enti pubblici, quanto di soggetti di natura privatistica.

Il problema dell'efficacia diretta si è posto anche relativamente all'art.21, par.1, che attribuisce ai cittadini dell'Unione il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

Il diritto di soggiorno "è riconosciuto direttamente ad ogni cittadino dell'Unione da una disposizione chiara e precisa del Trattato".

Un'altra caratteristica comune alle disposizioni dei trattati sulla libera circolazione delle persone è che esse vanno interpretate in conformità con l'esigenza di rispettare i **diritti fondamentali** delle persone coinvolte. Com'è noto, l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali riguarda l'interpretazione di tutto il diritto dell'Unione e vale perciò anche al di fuori del settore della libera circolazione delle persone. Tuttavia, è facile comprendere come proprio in questo settore, dove sono in gioco i diritti di persone fisiche e i loro rapporti familiari e affettivi, l'impatto dei diritti fondamentali sia particolarmente sentito.

1.3. Accanto alle descritte disposizioni di contenuto direttamente precettivo (e pertanto considerate direttamente efficaci), i quattro gruppi citati di disposizioni del TFUE prevedono una o più basi giuridiche che attribuiscono alle istituzioni il potere di adottare **atti legislativi** per facilitare l'esercizio della libertà di circolazione e i diritti in essa compresi (per i

cittadini, artt.18, par.2, e 21, par.1 e 2, per i lavoratori, artt.46 e 48, e per il diritto di stabilimento e i servizi, artt.50, 51, 2° comma, 52, par.2, e 53, quest'ultima relativo al reciproco riconoscimento dei diplomi e al coordinamento delle norme sull'accesso e sull'esercizio delle attività autonome).

In passato le istituzioni adottavano atti legislativi distinti a seconda che si trattasse di lavoratori, di soggetti che esercitavano il diritto di stabilimento o la libera prestazione dei servizi ovvero di meri cittadini.

Più di recente e soprattutto dopo l'introduzione della cittadinanza dell'Unione, si è affermata la prassi di emanare atti legislativi che si riferiscono indifferentemente a qualunque cittadino che circoli nel territorio degli Stati membri.

Il settore dove questa tendenza si è manifestata per primo è quello del **riconoscimento dei diplomi**. Il riconoscimento è infatti strumento che facilita la libera circolazione tanto dei lavoratori quanto dei soggetti che intendono esercitare attività autonome in regime di stabilimento o di libera prestazione dei servizi.

La manifestazione più evidente della prassi di cui si sta dicendo è consistita nella **dir.2004/38/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*.

Basata sugli artt.18, 21, 46, 51 e 59 TFUE, la dir. disciplina il diritto di libera circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, che si tratti di semplici cittadini, di lavoratori o di soggetti esercenti attività autonome o di prestazione di servizi.

Non solo la dir. ha il merito di raccogliere in un unico testo le disposizioni in materia che, in precedenza, erano distribuite in testi legislativi così numerosi e diversi. Essa mira anche ad incorporare, codificandole, molte delle soluzioni cui era pervenuta la giurisprudenza della Corte nell'interpretare le disposizioni dei trattati e gli atti legislativi d'attuazione, e ad aggiornare l'intera disciplina, introducendo elementi di novità di notevole rilievo: tra questi va segnalato il **diritto di soggiorno permanente** in uno Stato membro diverso dal proprio, riconosciuto dall'art.16 ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che abbiano "soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante", oltre che in alcuni altri casi specifici.

1.4. Sofferamoci sul **rapporto tra le norme del TFUE e gli atti legislativi** che vi danno attuazione.

Trattando degli atti legislativi adottati in materia di libera circolazione dei lavoratori, la Corte ha avuto numerose occasioni di precisare come detti atti mirino solo a facilitare l'esercizio dei diritti che i lavoratori interessati traggono direttamente dall'art.45. Conseguentemente, essi non possono mai avere l'effetto di restringere la portata di tali diritti.

Il sig. Royer, cittadino francese, aveva preso dimora in Belgio, dove la moglie lavorava. Egli non aveva mai richiesto alle locali autorità un permesso di soggiorno, né la carta di soggiorno. Per tale motivo, era stato oggetto di un provvedimento di espulsione. Egli vi si opponeva invocando il diritto di libera circolazione previsto dall'art.45. La Corte ricorda innanzitutto che "il diritto dei cittadini di uno Stato membro di entrare nel territorio di un altro Stato membro e di dimorarvi, per gli scopi voluti dal Trattato, è un diritto attribuito direttamente dal Trattato o, a seconda dei casi, dalle disposizioni adottate per la sua attuazione. Se ne deve concludere che questo diritto si acquista indipendentemente dal rilascio di un documento di soggiorno da parte della competente autorità di uno Stato membro. Il rilascio di questo documento va quindi considerato non già come un atto costitutivo di diritti, ma come un atto destinato a comprovare, da parte di uno Stato membro, la posizione individuale del cittadino di un altro Stato membro nei confronti delle norme comunitarie".

Resta il fatto che gli atti legislativi in esame, in quanto atti di diritto derivato, devono rispettare le disposizioni dei trattati e vanno interpretati alla luce delle stesse.

1.5. Vanno infine ricordati gli atti legislativi adottati in forza dell'art.48 TFUE, che autorizza le istituzioni ad approvare misure specifiche in materia di **sicurezza sociale** finalizzate a rendere possibile l'instaurazione della libertà di circolazione.

Tali misure consistono nel prevedere, da un lato, la possibilità per il lavoratore di ottenere il pagamento delle prestazioni sociali cui ha diritto in qualunque Stato membro, dall'altro, il diritto a ottenere il **cumulo dei periodi assicurativi** maturati nei diversi Stati membri in cui il lavoratore è stato occupato, instaurando così quella che si può definire la **libera circolazione delle prestazioni sociali**.

2. I beneficiari.

2.1. Inizialmente, la libera circolazione delle persone non spettava a tutti i cittadini degli Stati membri. Potevano usufruirne solo coloro che erano coinvolti in un' **attività economicamente rilevante**: i lavoratori (art.45) e coloro che esercitavano il diritto di stabilimento (art.49) o la libera prestazione di servizi (art.56).

Il requisito dello svolgimento di un'attività economicamente rilevante è venuto meno con l'introduzione della cittadinanza dell'Unione. Gli artt.20, par.2, lett. a), e 21, par.1, stabiliscono che ai cittadini dell'Unione spetta "il **diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri**".

"Il TUE non esige, peraltro, che i cittadini dell'Unione svolgano un'attività lavorativa, subordinata o autonoma, per poter godere dei diritti previsti nella seconda parte del Trattato CE, relativi alla cittadinanza dell'Unione".

Gli atti legislativi adottati per attuare gli articoli citati hanno poi esteso alcuni diritti di libera circolazione anche ai familiari dei soggetti che beneficiano della libera circolazione. Pertanto, attualmente diritti di libera circolazione sono attribuiti alle seguenti categorie di soggetti:

- i **lavoratori** (art.45);
- gli esercenti un'attività autonoma in regime di stabilimento (art.49) o di libera prestazione di servizi (art.56) (in seguito, comprensivamente, i **lavoratori autonomi**);
- i **cittadini** (art.20, par.1);
- i **familiari** dei soggetti di cui sopra.

A queste categorie, potrebbe aggiungersi anche quella dei **destinatari di servizi**, intesi come soggetti che circolano nel territorio degli Stati membri per poter beneficiare di una prestazione di servizi da parte di soggetti stabiliti in uno Stato membro diverso da quello d'origine del destinatario del servizio.

La portata dei diritti di libera circolazione non è identica per tutte le categorie indicate. In particolare, differenze di notevole importanza riguardano il diritto di soggiorno e lo stesso principio di non-discriminazione o di parità di trattamento a seconda che si tratti di un semplice cittadino o di un soggetto economicamente attivo.

Anche al giorno d'oggi, è perciò importante stabilire se un determinato soggetto può invocare le disposizioni riguardanti la libera circolazione dei soggetti economicamente attivi (artt.45, 49 e 56) o solo quelle riguardanti i semplici cittadini (artt.18, par.1 e 21, par.1).

2.2. In questa prospettiva, mantiene il suo valore la giurisprudenza sviluppata dalla Corte negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del TCE in merito alla **nozione di lavoratore** ai sensi dell'art.45.

Riconoscendo ai lavoratori la libertà di circolazione, i redattori del TCE si ponevano anzitutto **obiettivi d'ordine economico**: favorire, da un lato, un regime di piena occupazione, consentendo la redistribuzione territoriale della manodopera; permettere, d'altro lato, alle imprese di assumere, sull'intero mercato comune, i lavoratori più efficienti e qualificati e, viceversa, consentire ai lavoratori di trovare le condizioni d'occupazione più convenienti. Questa visione puramente economica, dove il lavoratore veniva in gioco come un fattore della produzione del quale bisognava favorire uno sfruttamento ottimale, è stata, però, abbandonata in favore di una considerazione del **lavoratore come persona umana**. Ai sensi dell'art.15, par.2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la libera circolazione dei lavoratori viene definita come un diritto fondamentale del cittadino. Questo orientamento trova puntuale riscontro nella maniera in cui la Corte ha definito nel tempo il campo di applicazione della libertà di circolazione.

Secondo la giurisprudenza, la nozione di lavoratore va **interpretata in maniera autonoma**, senza far riferimento alle definizioni contenute nei vari diritti nazionali e comunque in maniera non restrittiva.

Per rientrare nel campo d'applicazione dell'art.45 occorre che il soggetto in questione svolga un'attività per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra persona e sotto la direzione di quest'ultima, ricevendo come contropartita una retribuzione. Devono pertanto essere presenti tre **caratteristiche**:

1. un vincolo di subordinazione,
2. una durata prolungata,
3. una remunerazione.

- La **natura subordinata** di un'attività non è esclusa solo perché il lavoratore è il coniuge del datore di lavoro, mentre deve essere negata nel caso del direttore di una società, della quale lo stesso sia anche l'unico azionista. Un ricercatore che svolge presso un'associazione scientifica pubblica la propria tesi di dottorato, usufruendo di una borsa di studio, è da considerarsi lavoratore ai sensi dell'art.45 "solo se esercita la sua attività per un determinato periodo di tempo sotto la direzione di un istituto appartenente a tale associazione, e se percepisce una retribuzione a titolo di controprestazione per tale attività".
- Quanto alla **durata della prestazione lavorativa**, la Corte ha incluso nella nozione di lavoratore ai sensi dell'art.45 il lavoratore stagionale e ipotesi di prestazioni lavorative di durata molto breve.
- Circa il **carattere retribuito** dell'attività lavorativa, la Corte ha dichiarato che vanno considerati come lavoratori ai sensi delle norme del TFUE "anche coloro che svolgono o che intendono svolgere soltanto un'attività subordinata a orario ridotto e che percepiscono o percepirebbero per questo motivo solo una retribuzione inferiore a quella minima garantita nel settore considerato".

Secondo la Corte occorre, tuttavia, che si tratti di "attività reali ed effettive, restandone escluse le attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie".

La libera circolazione può essere invocata anche da un **ex lavoratore**. Infatti, una volta acquisita, la qualità di lavoratore ai sensi dell'art.45 non si perde se l'attività lavorativa viene interrotta. Beneficia infatti della libera circolazione anche colui che intraprende studi universitari in uno Stato membro diverso dal suo, dopo avervi svolto un'attività lavorativa, esigendosi solo un qualche legame tra tale attività e gli studi. La stessa soluzione si applica ad un lavoratore che rientri nel proprio Stato membro d'origine dopo aver lavorato in un altro Stato membro. A fortiori non perde la qualità di lavoratore colui che abbia fatto ingresso in un altro Stato membro "con l'intento precipuo di seguirvi dei corsi di formazione" ma abbia ivi svolto fin dal suo arrivo un lavoro subordinato a tempo pieno e, una volta iniziati i suoi studi, abbia continuato un'attività subordinata a tempo parziale. Infatti, l'art.45 "non implica che il godimento di detta libertà possa venir subordinato agli scopi perseguiti da un cittadino di uno Stato membro con la sua domanda d'ingresso o di soggiorno".

Anche un **oggetto in cerca di occupazione** rientra nel campo d'applicazione dell'art.45.

Invero, il testo dell'art. 45 sembrava deporre in senso contrario, disponendo alla lett. a) del par.3 che il lavoratore ha solo il diritto di rispondere ad offerte di lavoro effettive, cioè già formulate. La Corte ha invece affermato che ai cittadini degli Stati membri spetta anche "il diritto di circolare liberamente sul territorio degli altri Stati membri e di prendervi dimora al fine di cercarvi un lavoro".

2.3. Per la nozione di **lavoratore autonomo** ai sensi degli artt.49 e 56 si rinvia al Cap. IV, par.2.

2.4. Tra i beneficiari della libera circolazione delle persone figurano anche i **familiari** dei soggetti che, in quanto lavoratori subordinati o autonomi o anche in quanto semplici cittadini che si spostano dal proprio Stato membro godono di tale libertà. Quelli che spettano ai familiari non sono pertanto diritti di libera circolazione autonomamente ad essi conferiti. Si tratta piuttosto di **diritti derivati o secondari** rispetto al diritto principale di circolazione che spetta alla persona con cui il familiare ha un rapporto di parentela. Essi sono conferiti per rendere più agevole e completa la libera circolazione del titolare del diritto principale. I diritti di libera circolazione derivati non sorgono pertanto se manca il diritto principale.

Una volta acquisiti, tuttavia, i diritti di libera circolazione del familiare acquistano una certa **autonomia**.

Questo è il caso, in particolare, del diritto dei figli del lavoratore o ex-lavoratore di "frequentare i corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini di tale Stato" a condizione che essi risiedano nello Stato membro d'occupazione del genitore. La giurisprudenza ha affermato che i figli minori di un lavoratore, che frequentano nello Stato membro di occupazione del genitore un corso di studi, hanno diritto di restare sul territorio di questo Stato e di completare i propri studi anche dopo che il genitore abbia fatto ritorno nel proprio Stato membro d'origine.

Ai sensi dell'art.2, n.2), della direttiva 2004/38/CE, rientrano nella nozione di "familiare" solo i seguenti soggetti:

- a) il coniuge;
- b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;
- c) i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);
- d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b).

Rispetto alla corrispondente disposizione del reg. (CEE) 1612/68 (art.10), la grande novità consiste nell'aver equiparato al coniuge "il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro". L'equiparazione è tuttavia subordinata a numerose condizioni, dipendenti dagli ordinamenti nazionali coinvolti e, in particolare, dalla qualificazione che dell'unione registrata o civile è data nello Stato ospitante.

Ai sensi dell'art.3, par.2, della dir. 2004/38/CE, gli Stati membri agevolano l'ingresso e il soggiorno anche di altri familiari del cittadino, compreso "il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata".

Il conferimento di diritti di libera circolazione ai familiari vale sia che si tratti di cittadini di Stati membri sia che si tratti di **cittadini di Stati terzi**. La definizione contenuta nell'art.2, n.2), della dir. 2004/38/CE infatti non fa distinzioni a seconda della cittadinanza del familiare. Inoltre, numerose disposizioni della dir. si riferiscono espressamente al caso di familiari che non siano cittadini di uno Stato membro (es. artt. 5, 6, par. 2, e 9).

Al giorno d'oggi, i diritti di libera circolazione dei familiari sono importanti soprattutto per i cittadini di Stati terzi. In passato, tali diritti rilevavano anche nel caso di familiari che, pur essendo cittadini di uno Stato membro, non fossero a loro volta lavoratori subordinati o autonomi ai sensi degli artt.45, 49 o 56. In casi del genere, solo la qualità di familiare poteva attribuire loro i diritti di libera circolazione.

La situazione è mutata a seguito dell'entrata in vigore dell'art.21, par.1, TFUE, che attribuisce a tutti i cittadini, anche se non lavoratori, il diritto di circolare e soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri. Le condizioni e le limitazioni che si

applicano in questi casi potrebbero però rendere tuttora più conveniente ad un cittadino invocare la sua qualità di familiare piuttosto che quella di cittadino.

2.5. Perché i diritti di libera circolazione possano essere invocati da una persona, sia essa lavoratore subordinato, lavoratore autonomo o semplice cittadino dell'Unione, occorre che tale persona non si trovi in una **situazione puramente interna**. Si è visto, infatti, che le disposizioni relative alle libertà di circolazione non si applicano qualora tutti gli elementi rilevanti della fattispecie siano confinati all'interno di un solo ed unico Stato membro.

Il principio vale anche nel caso dei diritti dei **familiari**. Ad esempio, in tanto un soggetto può invocare in favore di un proprio familiare il diritto di ingresso e di soggiorno nel proprio Stato membro o la parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali, in quanto egli stesso eserciti attualmente o abbia esercitato in passato la libera circolazione.

La Corte ricorda che *"la normativa comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori non può essere applicata alla situazione di lavoratori che non hanno mai esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno della Comunità"*.

Si è visto tuttavia che, per qualificare una situazione come interna o transfrontaliera, non sempre rileva la circostanza che chi invoca la libertà di circolazione abbia una cittadinanza diversa da quella dello Stato membro nei cui confronti la libertà è invocata. La giurisprudenza ha stabilito che, sebbene testualmente redatte in modo da essere applicate a situazioni in cui il cittadino di uno Stato membro si rechi a lavorare in uno Stato membro diverso, le disposizioni dei trattati sulle libertà di circolazione delle persone possono talvolta essere invocate anche **nei confronti del proprio Stato nazionale**.

Ciò avviene quando la persona, benché cittadino dello Stato membro nel cui territorio intende esercitare i diritti di libera circolazione o nei cui confronti intende invocare i diritti di libera circolazione, si ponga, rispetto a tale Stato, in una **situazione corrispondente** a quella di un cittadino di un altro Stato membro, nel senso che abbia avuto (o intenda avere) esperienze lavorative, di formazione professionale, di fruizione di servizi o semplicemente abbia risieduto o risieda in un altro Stato membro.

Ad es. la Corte ha affermato, a proposito dell'art.49 in materia di diritto di stabilimento, che tale diritto va esteso ai cittadini di un determinato Stato membro *"qualora questi, per il fatto di aver risieduto regolarmente nel territorio di un altro Stato membro e di avervi acquistato una qualificazione professionale riconosciuta dal diritto comunitario, si trovino, rispetto al loro Stato d'origine, in una situazione analoga a quella di tutti gli altri soggetti che fruiscono dei diritti e delle libertà garantite dal diritto comunitario"*.

Secondo la Corte, *"tali libertà fondamentali nel sistema della Comunità non sarebbero infatti pienamente realizzate se gli Stati membri potessero impedire di fruire del diritto comunitario a quelli tra i loro cittadini che si sono valse delle possibilità offerte in materia di circolazione e di stabilimento e che hanno acquisito, grazie ad esse, le qualifiche professionali contemplate dalla direttiva in un paese membro diverso da quello di cui posseggono la cittadinanza"*.

Nel tempo si sono moltiplicati i casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto di invocare le disposizioni sulla libera circolazione delle persone nei confronti del proprio Stato membro nazionale da parte di **cittadini in uscita**, cioè soggetti che intendono utilizzare la libera circolazione per andare a lavorare in un altro Stato membro o ivi beneficiare di servizi o ancora per trasferirvi semplicemente la propria residenza.

3. Il diritto di soggiorno.

3.1. La libera circolazione delle persone si articola in numerosi diritti, alcuni espressamente riconosciuti da disposizioni dei trattati o degli atti legislativi d'attuazione, altri emersi dalla ormai abbondante prassi giurisprudenziale: diritto di uscire dal territorio del proprio Stato membro e di farvi ritorno; diritto di entrare e di soggiornare nel territorio degli altri Stati membri; diritto di svolgere nel territorio degli altri Stati membri attività lavorative subordinate o autonome; diritto di rispondere ad offerte di lavoro in altri Stati membri; diritto di ricercare lavoro in tali Stati; diritto di farsi raggiungere dai propri familiari; diritto a che i familiari possano soggiornare con il lavoratore, accedere al sistema di istruzione e formazione professionale, svolgere essi stessi attività di lavoro subordinato o autonomo; diritto alla parità di trattamento per sé e per i propri familiari e molti altri.

Ai diritti menzionati vanno aggiunti diritti specificamente attinenti al diritto di stabilimento e alle libera prestazione di servizi che saranno esaminati nel Cap. IV.

Si è scelto di concentrare la trattazione che segue su due diritti: il **diritto di soggiorno** e il **diritto alla parità di trattamento**. Da un lato, questi diritti costituiscono il "nocciolo duro" della libera circolazione, rispetto al quale gli altri diritti hanno, per lo più, natura strumentale o complementare. Dall'altro, i due diritti si prestano ad un esame particolarmente interessante perché la loro portata non è uniforme per tutti i beneficiari della libera circolazione, ma varia a seconda della situazione personale del soggetto che li invoca.

3.2. La **dir.38/2004/CE** prevede **tre tipi di diritto di soggiorno** che un cittadino dell'Unione può esercitare nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza:

1. il diritto di soggiorno sino a tre mesi (art.6);
2. il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi (art.7);
3. il diritto di soggiorno permanente (art.16).

Il diritto di **soggiorno sino a tre mesi** ha una portata *ratione personarum* molto ampia: spetta infatti a "i cittadini dell'Unione" senza alcuna specificazione (par.1) e ai familiari "*non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che accompagnino o raggiungano il cittadino dell'Unione*" (par.2). Anche il suo esercizio è praticamente libero: non è richiesta "*alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità*" (par.1). Per i familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro basta il "*possesso di un passaporto in corso di validità*" (par.2).

La portata del diritto di soggiorno sino a tre mesi è tuttavia limitata dall'art.14, il quale sembra introdurre anche in questi casi, come per i casi di soggiorno per periodi superiori, una condizione relativa alla disponibilità di risorse economiche o meglio alla **non necessità di ricorrere eccessivamente al sistema di assistenza sociale**.

Ai sensi dell'art.14, par.1, infatti, il diritto di soggiorno in esame cessa qualora il cittadino o i suoi familiari "*diventano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante*", anche se il par.3 dispone che "*il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non dà luogo automaticamente ad un provvedimento di allontanamento*".

Occorre tenere conto dell'art.14, par.4, lett. b), che prevede un regime particolare per i **cittadini in cerca di prima occupazione**. In deroga al par.1, si prevede che un provvedimento di allontanamento non può essere adottato nei confronti del cittadino e dei suoi familiari qualora si tratti di "*cittadini dell'Unione che siano entrati nel territorio dello Stato membro ospitante per cercare un posto di lavoro*". In casi del genere, pertanto, il diritto di soggiorno può avere una durata superiore ai tre mesi. Tale regime, tuttavia, vale solo "*fino a quando i cittadini dell'Unione possono dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo*".

3.3. Il diritto di **soggiorno per un periodo superiore a tre mesi** spetta anch'esso a tutti i cittadini dell'Unione ma le condizioni cui tale diritto è sottoposto dipendono dalla situazione personale dell'interessato.

Per quanto riguarda le **condizioni**, l'art.7, par.1 prevede quattro diverse categorie di persone:

1. coloro che sono **lavoratori subordinati o autonomi** nello Stato membro ospitante: per costoro non è prevista alcuna condizione (lett. a);

Tuttavia, la conservazione della qualità di lavoratore in caso **cessazione dell'attività lavorativa** è subordinata a diverse condizioni: ad esempio, in caso di disoccupazione involontaria, un lavoratore che abbia svolto un'attività lavorativa per un periodo inferiore a un anno, conserva la suddetta qualità soltanto per un periodo non inferiore a sei mesi e sempre che si iscriva presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro; il limite dei sei mesi non si applica se il lavoratore segue "*un corso di formazione professionale*" (art.7, par.3, lett. c e d).

2. coloro che sono iscritti "*presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, perseguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale*" (**studenti**): per costoro sono richieste due condizioni:

- a) devono "*disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante*" (**assicurazione malattia**);
- b) devono "*assicurare all'autorità nazionale competente di disporre, per sé stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno*" (**risorse economiche sufficienti**);

"*Il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non dà luogo automaticamente ad un provvedimento di allontanamento*".

3. coloro che non rientrano in alcuna delle categorie precedenti (**semplici cittadini**); per costoro sono richieste le stesse condizioni richieste per gli studenti (**assicurazione malattia e risorse economiche sufficienti**); tuttavia la formulazione di tali condizioni è più rigorosa, dal momento che si pretende che l'interessato disponga di risorse sufficienti, non bastando che assicuri di disporre, come nel caso degli studenti (art.7, par.1, lett. b);

"*Gli Stati membri si astengono dal fissare l'importo preciso delle risorse che considerano sufficienti, ma devono tener conto della situazione personale dell'interessato. In ogni caso, tale importo non può essere superiore al livello delle risorse al di sotto del quale i cittadini dello Stato membro ospitante beneficiano di prestazioni di assistenza sociale o, qualora non possa trovare applicazione tale criterio, alla pensione minima sociale erogata dallo Stato membro ospitante*".

4. i **familiari** che "accompagnano o raggiungono" coloro che rientrano nella categorie precedenti (art.7, par.1, lett. d); tale diritto è esteso anche ai familiari che non siano cittadini di uno Stato membro (art.7, par.2).

Ai fini del diritto di soggiorno in esame, la nozione di familiari non comprende gli ascendenti della persona rispondente alle condizioni indicate alla lett. c) dell'art.7, par.1, e quelli del coniuge o partner registrato (art.7, par.4).

Questione assai dibattuta è se la nozione di familiari che "accompagnano o raggiungono" comprenda anche un familiare cittadino di uno Stato terzo che non abbia già acquisito un diritto di soggiorno nello Stato membro di provenienza del titolare della libera circolazione o in altro Stato membro (**soggiornanti irregolari**). Prima della dir.2004/38/CE, la Corte aveva dato una risposta negativa. Successivamente, l'abrogazione di tale articolo ha portato la Corte a mutare giurisprudenza.

Il diritto di soggiorno dei familiari, cittadini di Stati terzi, nello Stato membro dove il cittadino dell'Unione esercita la sua libertà di circolazione non viene meno in conseguenza del divorzio, dell'annullamento del matrimonio o dello scioglimento della loro unione registrata qualora *"il matrimonio o l'unione registrata sono durati almeno tre anni, di cui almeno un anno nello Stato membro ospitante, prima dell'inizio del procedimento giudiziario di divorzio"*.

Si è posta la questione se i familiari cittadini di Stati terzi possano mantenere il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante, una volta che il coniuge, cittadino europeo, abbia lasciato detto Stato per far ritorno nel proprio Stato membro di origine prima di avviare il procedimento di divorzio. La Corte ha dato risposta negativa.

3.4. Una delle novità di maggior rilievo introdotte dalla dir.2004/38/CE è la possibilità per il cittadino di acquisire un **diritto di soggiorno permanente**. Le condizioni per l'acquisizione di tale diritto sono principalmente condizioni temporali: è necessario che il cittadino *"abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante"* (art.16, par.1, 1° frase).

Il diritto di soggiorno permanente matura quindi se il cittadino ha soggiornato nello Stato membro ospitante

- legalmente;
 - in via continuativa;
 - per cinque anni.
- È **"legale"** un soggiorno che corrisponda *"ad un soggiorno conforme alle condizioni previste da detta direttiva e, segnatamente, quelle previste all'art.7, n.1"*; *"il soggiorno conforme al diritto di uno Stato membro, ma che non soddisfa le condizioni di cui all'art.7, n.1 non può essere considerato come soggiorno «legale» ai sensi dell'art.16, n.1 della direttiva"*.
 - Secondo l'art.16, par.3, la **continuità** della residenza *"non è pregiudicata da assenze temporanee che non superino complessivamente sei mesi all'anno, né da assenze di durata superiore per l'assolvimento degli obblighi militari né da un'assenza di dodici mesi consecutivi al massimo dovuta a motivi rilevanti, quali gravidanza e maternità, malattia grave, studi o formazione professionale o il distacco per motivi di lavoro in un altro Stato membro o in un paese terzo"*.
 - La Corte esclude che possano esser presi in considerazione i periodi di detenzione per il calcolo del periodo di **cinque anni** ai fini del diritto di soggiorno permanente o del periodo di dieci anni che attiva, ai sensi dell'art.28, par.3, la protezione rafforzata del titolare contro l'allontanamento.

Non sono invece richieste condizioni differenziate a seconda della posizione personale del cittadino o dell'attività svolta. In particolare, nel caso di semplice cittadino, non è necessario dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti o di avere una copertura assicurativa completa contro il rischio di malattia. Infatti, il diritto di soggiorno permanente *"non è subordinato alle condizioni di cui al capo III"* (art.16, par.1, 2° frase).

Sono tuttavia previste delle condizioni agevolate per l'acquisto del diritto permanente per casi di pensionamento, invalidità, disoccupazione e simili: artt.17 e 18.

Il diritto di soggiorno permanente spetta anche ai *"familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che abbiano soggiornato legalmente in via continuativa per cinque anni assieme al cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante"* (art.16, par.2).

La Corte ha ritenuto che il requisito del soggiorno quinquennale in via continuativa *"assieme al cittadino dell'Unione" risulta soddisfatto anche in "mancanza non solo di una coabitazione bensì soprattutto di un'effettiva comunanza di vita coniugale"*.

Secondo il par.4 *"una volta acquisito, il diritto di soggiorno permanente si perde solo a seguito di assenze dallo Stato membro ospitante di durata superiore a due anni consecutivi"*.

3.5. La dir.2004/38 *"si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo"*.

Da ciò si evince che la dir., compresa la disciplina dei tre tipi di soggiorno, presuppone che il cittadino (o un suo familiare) invochi il diritto di soggiorno nei confronti di uno Stato membro diverso dal proprio, e non è quindi applicabile a casi in cui un cittadino intenda invocare lo stesso diritto **nei confronti del proprio Stato membro nazionale**. Però, la giurisprudenza

ha ammesso che in situazioni del genere (sempreché non siano qualificabili come situazioni meramente interne), il cittadino è titolare di diritti di libera circolazione, compreso il diritto di soggiorno, diritti che trovano la loro fonte direttamente nel diritto primario (a seconda dei casi, artt.21, 45, 49 o 56 TFUE).

Un'altra dimensione del diritto di soggiorno invocabile nei confronti del proprio Stato nazionale è stata oggetto di costruzione progressiva a partire dalla sentenza Singh (1992), e concerne il diritto del cittadino di uno Stato membro di rientrare e soggiornare nello Stato membro nazionale d'origine - assieme ai propri familiari, cittadini di Stati terzi - dopo aver svolto attività economiche o semplici periodi di soggiorno in altri Stati membri (caso delle c.d. **migrazioni circolari**). Il tratto caratterizzante dei diritti di soggiorno in esame è di consentire al cittadino di preservare l'unità della famiglia (formata da cittadini di Stati terzi) nel corso della libera circolazione e ciò non solo nello Stato membro ospite, ma anche al rientro nello Stato membro di origine.

La giustificazione del riconoscimento giurisprudenziale di tali prerogative risiede nel principio di effettività dei diritti di circolazione e di soggiorno conferiti dal diritto dell'Unione. Infatti, *"questi diritti non possono produrre appieno i loro effetti se il cittadino può essere dissuaso dall'esercitarli dagli ostacoli frapposti, nel suo paese d'origine, all'entrata e al soggiorno del suo coniuge"*.

Tuttavia, il diritto di soggiorno in uno Stato membro a favore del cittadino di uno Stato terzo, coniugato con un cittadino di quello Stato membro, sorge solo a condizione che il coniuge abbia soggiornato in uno Stato membro diverso dal proprio per una **durata minima** superiore a tre mesi.

4. La parità di trattamento.

4.1. Si è visto come le norme del TFUE in materia di libera circolazione delle persone utilizzino il **divieto di discriminazione in base alla nazionalità** come uno degli strumenti per assicurare tale libertà: artt.18, par.1, per i cittadini, 45, par.2, per i lavoratori, 49, 2° comma, per il diritto di stabilimento, e 57, 2° comma, per i servizi.

Seppure secondo formulazioni diverse, ciascuna delle norme citate vieta qualunque trattamento discriminatorio ai danni dei cittadini degli altri Stati membri o impone che tali cittadini siano sottoposti allo stesso trattamento di quello applicato ai cittadini nazionali (**principio del trattamento nazionale**).

Il principio della parità di trattamento, sancito in termini generali dal diritto primario, può essere specificato dal legislatore dell'Unione, attraverso il diritto derivato. Un esempio importante di ciò è dato dall'art.24, par.1, della dir.2004/38: *"Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato"*.

Con l'introduzione della cittadinanza dell'Unione, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità ha assunto un ruolo centrale nel quadro delle norme sulla libera circolazione delle persone.

Nella sentenza Grzelczyk (2001), la Corte ha infatti affermato che *"lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri"* e che questo status *"consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico"*.

In generale, tuttavia, la Corte di giustizia preferisce fare applicazione anzitutto dei divieti "speciali" di discriminazione previsti dagli artt.45, par.2, 49, 2° comma, e 57, 2° comma, a seconda che si tratti di lavoratori, di diritto di stabilimento o di servizi, ricorrendo al divieto "generale" dell'art.18, par.1, solo per i casi che non rientrano nel campo d'applicazione di alcuno dei divieti "speciali".

4.2. Le discriminazioni che vengono anzitutto in rilievo sono le **discriminazioni dirette**. Si tratta di normative che riservano un determinato trattamento ai soli cittadini nazionali, mentre i cittadini di altri Stati membri ne sono del tutto esclusi (c.d. **clausole di nazionalità**) o vi sono ammessi, ma solo se rispettano condizioni che non valgono per i cittadini nazionali.

Il divieto di discriminazioni dirette è sempre stato oggetto di una disciplina particolarmente articolata per quanto riguarda i lavoratori ai sensi dell'art.45.

Una prima articolazione si ritrova già nel par.2 di tale articolo, dove si stabilisce che è vietato discriminare i lavoratori degli altri Stati membri "per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro".

Ai lavoratori degli Stati membri è garantito il trattamento nazionale in materia di accesso all'impiego e di condizioni di impiego. In particolare, l'art.3, par.1, 1° comma, stabilisce che "non sono applicabili le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o le pratiche amministrative di uno Stato membro che limitano o subordinano a condizioni non previste per i nazionali la domanda e l'offerta d'impiego, l'accesso all'impiego ed il suo esercizio da parte degli stranieri".

Il principio del trattamento nazionale riguarda anche i familiari del lavoratore.

Il divieto di discriminazione si applica anche se la fonte della discriminazione è costituita da una clausola contenuta in un **contratto collettivo o individuale di lavoro**.

4.3. Le discriminazioni dirette in base alla nazionalità sono vietate anche in materia di **diritto di stabilimento**. Secondo l'art.49, 2° comma, tale diritto *"importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini"*.

Il divieto di discriminazioni dirette in base alla nazionalità si applica, inoltre, alla **libera prestazione di servizi**. L'art.57, 3° comma stabilisce infatti che: *"senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini"*.

4.4. Le discriminazioni dirette in base alla nazionalità sono infine vietate anche nel caso di semplici **cittadini**, in forza dell'art.18, par.1: *"nel campo di applicazione dei trattati e senza pregiudizio delle disposizioni particolari degli stessi, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità"*.

4.5. Si è anche visto come, nell'interpretare le norme dei trattati che vietano le discriminazioni, la Corte ne abbia esteso la portata includendovi anche le c.d. discriminazioni indirette. Nel campo della libera circolazione delle persone, ciò comporta che sono considerate vietate anche **discriminazione indirette in base alla nazionalità**: si tratta delle discriminazioni prodotte da normative che impongono condizioni applicabili a tutti, senza distinzioni di nazionalità, ma che sono (più) difficilmente soddisfatte dai cittadini degli altri Stati membri.

La prima affermazione di tale principio è contenuta nella sentenza Sotgiu (1974): in quel caso, il diritto all'indennità di separazione era riservato ai soli lavoratori che provenivano da un luogo situato all'interno del territorio tedesco. La condizione discriminava indirettamente i lavoratori di altri Stati membri, perché questi in gran parte provengono da luoghi situati nei rispettivi Stati membri d'origine e pertanto al di fuori del territorio tedesco.

La giurisprudenza ha applicato con molta ampiezza la nozione di discriminazione indiretta in base alla nazionalità, sia che si trattasse di casi rientranti nella libera circolazione dei lavoratori, sia che si trattasse di casi rientranti nel diritto di stabilimento, sia infine che si trattasse di casi di semplici cittadini che esercitano la libertà di circolazione e di soggiorno ai sensi dell'art.21, par.1, TFUE. Tra le condizioni considerate indirettamente discriminatorie numerose sono quelle attinenti alla **residenza nel territorio nazionale**.

Si vedano gli esempi seguenti: la condizione della residenza nel territorio nazionale per potere iscriversi ai corsi universitari di medicina, senza sottostare ad un sistema di ammissione a sorteggio riservato ai non residenti; la condizione della residenza abituale sul territorio nazionale richiesta per avere diritto, come portatore di handicap, all'esenzione dalle tasse autostradali; la stessa condizione richiesta per avere diritto, come disoccupato, all'indennità per persone in cerca di occupazione; la condizione di aver risieduto stabilmente nel territorio nazionale per almeno tre anni prima dell'inizio del corso di studi per potere beneficiare dei prestiti per studenti universitari; ecc.

4.6. Accanto alle discriminazioni dirette o indirette in base alla nazionalità, la giurisprudenza ha considerato come rientranti nei divieti di cui agli artt.18, par.1, 45, par.2, e 56 e 57 anche le **discriminazioni a danno dei cittadini in uscita**. Si tratta di soggetti i quali esercitano i diritti di libera circolazione, e proprio per questo vengono assoggettati dal loro Stato membro nazionale ad un trattamento deteriore rispetto a quello riservato ai cittadini che non utilizzano tali diritti.

Secondo la Corte *"le facilitazioni previste dal Trattato in materia di libera circolazione non potrebbero dispiegare pienamente i propri effetti se un cittadino di uno Stato membro potesse essere dissuaso dal farne uso dagli ostacoli posti al suo soggiorno nello Stato membro ospitante a causa di una normativa del suo Stato d'origine che penalizzi il fatto che egli ne abbia usufruito"*.

Spesso la discriminazione dei "cittadini in uscita" consiste in una **condizione di residenza sul territorio nazionale** che tali cittadini non possono soddisfare.

Nel caso esaminato nella sentenza Tas Hagen, la Corte veniva chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art.18, par.1, della condizione di residenza imposta dai Paesi Bassi ai propri cittadini che volessero ottenere una pensione per vittime civili di guerra. La signora Tas Hagen e il marito, cittadini dei Paesi Bassi, non soddisfacevano tale condizione perché, al momento della domanda, avevano già trasferito la propria residenza in Spagna. La Corte ha giudicato che, in quanto residenti in uno Stato membro diverso dal proprio, la signora Tas Hagen e il marito esercitavano il diritto di soggiornare liberamente in tutti gli Stati membri ai sensi dell'art.21, par.1, e rientravano pertanto nel campo d'applicazione dell'art.18, par.1. D'altro canto, secondo la Corte, la condizione di residenza prevista dalla legislazione dei Paesi Bassi è contraria a tale norma in quanto *"è idonea a"*

dissuadere i cittadini olandesi che si trovano in una situazione analoga dall'esercitare la loro libertà di circolare e di soggiornare fuori dai Paesi Bassi".

In casi del genere, la condizione della residenza nel territorio nazionale è considerata vietata in quanto discrimina direttamente i "cittadini in uscita" rispetto agli altri cittadini che mantengono la loro residenza nel territorio nazionale (c.d. **cittadini nazionali stanziali**), creando così un ostacolo all'esercizio dei diritti di circolazione previsti dall'art.21, par.1. Il richiamo all'art.18, par.1, è pertanto superfluo se non addirittura fuorviante.

Altre volte, la violazione del principio di non-discriminazione ai danni dei cittadini in uscita è rinvenuta in situazioni in cui la condizione discriminatoria riguardava il **luogo di svolgimento dell'attività o della sede del prestatore di servizi**.

4.7. Le discriminazioni fondate sui criteri vietati dai trattati non sono sempre a loro volta vietate. Secondo la giurisprudenza, infatti, una discriminazione può essere giustificata e sfuggire perciò al divieto. Occorre però che la **giustificazione** risponda a due condizioni:

1. sia basata su **considerazioni obiettive**, indipendenti dal criterio vietato (nazionalità, sesso, età, ecc.);
2. rispetti il principio di **proporzionalità**.

Nel campo della libera circolazione delle persone, tale principio ha trovato frequente applicazione nel campo delle discriminazioni indirette in base alla nazionalità.

Al contrario, per le discriminazioni dirette in base alla nazionalità non è in genere ammessa alcuna possibilità di giustificazione. Ciò si spiega per il fatto che, basandosi su un criterio espressamente vietato dal TFUE, la prima delle due condizioni innanzi descritte non è mai soddisfatta per definizione.

Secondo la giurisprudenza, una discriminazione basata su una condizione non direttamente discriminatoria, ma che svantaggia principalmente i cittadini di altri Stati membri, "può essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale".

Nel caso esaminato nella sentenza *Gottwald*, la Corte considera giustificata la discriminazione tra cittadini residenti in Austria e cittadini non residenti per quanto riguarda la concessione di un'esenzione dai pedaggi autostradale per portatori di handicap, ritenendo legittimo che si voglia "garantire l'esistenza di un certo rapporto di collegamento tra la società dello Stato membro interessato e il beneficiario di una prestazione quale quella oggetto della causa principale".

La possibilità di addurre giustificazione è stata ammessa anche con riferimento alle **discriminazioni dirette a danno dei cittadini in uscita**, purché siano rispettate le due condizioni di cui sopra.

Per spiegare questa possibilità, occorre considerare che il criterio utilizzato in discriminazioni di questo tipo non è espressamente vietato dal TFUE ma è di elaborazione giurisprudenziale. Ciò consente di assimilarle, sotto il profilo della giustificabilità, alle discriminazioni indirette in base alla nazionalità.

Tuttavia, la Corte si mostra alquanto severa nel giudicare se le due condizioni sono soddisfatte. In particolare, la **condizione della proporzionalità** della discriminazione rispetto allo scopo perseguito si è rivelata spesso un ostacolo quasi insormontabile per gli Stati membri interessati.

4.8. Alcune delle discriminazioni ammesse in via giurisprudenziale perché giustificate da considerazioni obiettive e proporzionate sono state ora riprese nella dir.2004/38/CE e trasformate in vere e proprie **eccezioni legislative al principio della parità di trattamento**.

- Si tratta, innanzitutto, delle ipotesi contemplate nell'**art.24, par.2**, in deroga al par.1. Esse riguardano le persone in cerca di occupazione e gli studenti.
- Si tratta, in secondo luogo, dei limiti al principio di parità di trattamento derivanti dalla necessità di non svuotare di contenuto i requisiti del soggiorno previsti dalla dir.2004/38/CE per i cittadini non economicamente attivi.

Per quanto riguarda le **persone in cerca di occupazione**, come tutti i cittadini dell'Unione, tali soggetti godono del diritto di soggiorno fino a tre mesi. Inoltre, in forza dell'art.14, par.4, lett. b), essi possono soggiornare nello Stato membro ospite anche per un periodo più lungo, non potendo "essere allontanati fino a quando i cittadini dell'Unione possono dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo".

La giurisprudenza si era posta il problema del se le persone che si trovano nella descritta posizione possano godere della parità di trattamento anche per quanto riguarda il diritto di ottenere nello Stato membro ospite le stesse prestazioni sociali e prestazioni per persone in cerca di lavoro che spetterebbero ai lavoratori nazionali.

In un primo momento, la Corte aveva risposto negativamente: nella sentenza Lebon (1987) era stato infatti affermato che la parità di trattamento in materia di vantaggi sociali e fiscali sancita dall'art.7, par.2, si applica solo ai lavoratori intesi come coloro che hanno già trovato un lavoro.

Tuttavia, in una pronuncia successiva (sentenza Collins, 2004), la Corte, traendo ispirazione dall'avvenuta introduzione nei trattati dell'istituto della cittadinanza dell'Unione, aveva in parte rovesciato il precedente.

Nella sentenza Collins, la Corte non sembra più consentire allo Stato membro ospite di negare a priori ad una persona in cerca di occupazione il diritto a un'indennità per persone in cerca di lavoro. Essa ammette solo che tale Stato possa decidere di concedere l'indennità ai soli cittadini degli altri Stati membri che stiano attivamente cercando lavoro nel suo territorio nazionale. Per verificare tale circostanza, lo Stato ospite può fissare come condizione un periodo minimo di residenza (residenza abituale), purché i requisiti da soddisfare a tal fine siano chiari e noti in anticipo, e soprattutto la durata del periodo minimo richiesto non sia sproporzionata allo scopo.

La situazione è cambiata in seguito all'adozione della dir.2004/38. L'art.24, par.2, 1° parte, ora sancisce che "lo Stato membro ospitante non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto all'art.14, par.4, lett. b)".

In recenti sentenze, l'atteggiamento della Corte appare più attento alle esigenze degli Stati membri "di evitare che coloro che esercitano il loro diritto di soggiorno diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo iniziale di soggiorno" e tende a limitare le ipotesi in cui le persone inattive o i disoccupati di lunga durata possono invocare il principio della parità di trattamento nei confronti dello Stato membro ospite.

Ai sensi dell'art.14, par.4, lett. b), lo Stato membro ospite non potrebbe allontanare **persone in cerca di lavoro** se queste dimostrano di essere attivamente alla ricerca di un'occupazione. Tuttavia, la Corte osserva che, come risulta dallo stesso tenore dell'art.24, par.2, alle persone che beneficiano di un diritto di soggiorno basato su tale norma non si applica il principio della parità di trattamento di cui al par.1. Conseguentemente uno Stato membro è libero di negare una prestazione di assistenza sociale che spetterebbe ai propri cittadini senza neppure essere obbligato a prendere in conto la situazione individuale dell'interessato, in osservanza del principio di proporzionalità.

Lo stesso esame delle situazione individuale non è stato ritenuto necessario nel caso di richiesta da parte di cittadini di uno Stato membro di prestazioni di assistenza sociale presso le autorità dello Stato membro d'accoglienza nel corso dei **primi tre mesi** dall'ingresso.

Questione delicata è la definizione di cosa deve intendersi per **prestazioni di assistenza sociale**. Secondo la Corte, tale nozione copre "*l'insieme dei regimi di assistenza istituiti da autorità pubbliche a livello nazionale, regionale o locale, a cui può ricorrere un soggetto che non disponga delle risorse economiche sufficienti a far fronte ai bisogni elementari propri e a quelli della sua famiglia e che rischia, per questo, di diventare, durante il suo soggiorno, un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante che potrebbe produrre conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere concesso da tale Stato*".

Analogo problema si pone riguardo all'altra categoria di persone oggetto della deroga al principio della parità di trattamento di cui all'art.24, par.2, 2° frase: gli **studenti**. "*Lo Stato membro ospitante non è tenuto a concedere, prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, aiuti di mantenimento agli studi, compresa la formazione professionale, consistenti in borse di studio o prestiti per studenti, a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, che non mantengano tale status o loro familiari*".

Lo studente cittadino di uno Stato membro che sia iscritto a corsi universitari in un altro Stato membro ha pertanto diritto a ottenere dallo Stato ospite le stesse borse di studio o gli stessi prestiti per studenti previsti per gli studenti cittadini dello Stato membro ospite solo in due casi:

1. lo studente ha lo *status* di lavoratore subordinato o autonomo o di familiare di un tale soggetto;
2. lo studente ha acquisito il diritto di soggiorno permanente ai sensi degli artt.16 e ss. della dir.

Anche in questa materia è però intervenuta la Corte con la sentenza Bidar (2005). Anche la sentenza Bidar è sembrata ridimensionare la portata dell'art.24, par.2, della dir.2004/38/CE. Gli Stati membri non potrebbero negare a priori il diritto alle borse di studio e ai prestiti agli studenti ai cittadini di altri Stati membri che non rispondano alle restrittive condizioni previste dalla norma stessa ma, per poterlo fare, dovrebbero giustificare la propria scelta in base a considerazioni oggettive, estranee a qualunque intento discriminatorio e, soprattutto, dovrebbero rispettare il principio di proporzionalità. Il rispetto di tale principio sembrerebbe escludere criteri assolutamente rigidi, che impediscano di prendere in considerazione la situazione personale della persona coinvolta.

Anche con riguardo agli studenti, un'attenuazione generalizzata dei requisiti posti dalla giurisprudenza *Bidar* deriva dalla sentenza Commissione c. Paesi Bassi (2016).

4.9. Un'ulteriore eccezione legislativa al principio della parità di trattamento è stata affermata dalla Corte con riguardo ai semplici cittadini c.d. **economicamente inattivi** (che non siano studenti o soggetti in cerca di lavoro). Allo scopo di garantire il rispetto delle condizioni di soggiorno specialmente stabilite a loro carico (art.7, par.1, lett. b) la Corte ha ritenuto che essi possano essere esclusi dalle prestazioni di assistenza o di previdenza sociale non contributive offerte dallo Stato membro ospitante ai suoi cittadini. In sostanza, il beneficio della parità di trattamento dei cittadini europei inattivi rispetto ai cittadini nazionali è subordinato alla condizione del **soggiorno legale dei primi in conformità alla direttiva** (e fino all'acquisizione del diritto di soggiorno permanente).

Tale soluzione è fondata dalla Corte sulla **lettera** dell'art.24, par.1, dir. e sul **sistema** e l'**obiettivo** della dir.2004/38.

Non è chiaro se gli Stati membri siano autorizzati a escludere automaticamente tutti i cittadini inattivi di altri Stati membri che non soddisfano i requisiti dell'art. 7, par. 1, dir. o se debbano procedere ad un esame su base individuale.

Un'eccezione legislativa al principio della parità di trattamento prevista dal reg.1612/68 riguarda i requisiti di conoscenza della lingua nazionale dello Stato membro ospite (**eccezione linguistica**).

Ai sensi del 2° comma del par.1 dell'art.3, il 1° comma (non applicabilità di condizioni di accesso al lavoro discriminatorie) "*non concerne le condizioni linguistiche richieste in relazione alla natura dell'impiego offerto*". La norma consente pertanto agli Stati membri di imporre ai cittadini degli altri Stati membri che intendano svolgere un'attività lavorativa di dimostrare di avere una conoscenza sufficiente della lingua nazionale dello Stato ospite.

L'eccezione linguistica è stata applicata con molta cautela dalla giurisprudenza.

5. Le deroghe alla libera circolazione delle persone.

5.1. Il TFUE prevede due tipi di **deroghe applicabili in materia di libera circolazione dei lavoratori**:

1. la deroga che fa salve "*le limitazioni giustificate da motivi d'ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica*" ai sensi della parte iniziale del par.3 dell'art.45;
2. la deroga prevista dal par.4 dell'art.45, a norma del quale "*le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione*".

Anche **nel campo del diritto di stabilimento sono stabiliti due tipi di deroghe** che, per effetto del richiamo contenuto nell'art.62, sono applicabili anche alla libera prestazione di servizi:

1. la deroga prevista dall'art.52, par.1, a norma del quale "*le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*";
 2. la deroga prevista dall'art.51, 1° comma, a norma del quale "*sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipano, sia pur occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*".
- La deroga contenuta nell'art.45, par.3, e quella contenuta nell'art.52, par.1, rispondono ad una logica comune: quella di consentire agli Stati membri restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori, siano essi subordinati o autonomi, per **ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica**.
 - Altrettanto può dirsi della deroga di cui all'art.45, par.4, da un lato, e quella di cui all'art.51, 1° comma, dall'altro: entrambe le norme mirano a consentire agli Stati membri di riservare ai propri cittadini, escludendone pertanto i cittadini di altri Stati membri, quelle attività lavorative particolarmente delicate, le une perché si tratta di impieghi nella **pubblica amministrazione**, le altre perché comportano, sia pure occasionalmente, l'esercizio di **pubblici poteri**.

In materia di libera circolazione dei cittadini, invece, non è espressamente prevista alcuna deroga, ma l'art.21, par.1, nella sua ultima parte, fa "*salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi*". Il richiamo alle "limitazioni" e alle "condizioni" è stato inteso nel senso che anche il diritto di circolare e soggiornare liberamente negli Stati membri riconosciuto ai semplici cittadini è soggetto alla limitazione stabilita negli artt.45, par.3, e 52, par.1. La libertà di circolazione dei semplici cittadini può pertanto essere ristretta per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica.

In quanto consentono un'eccezione alla libertà fondamentale della libera circolazione, le deroghe descritte devono essere oggetto di un'**interpretazione restrittiva**.

Nella misura in cui anche i datori di lavoro privati sono tenuti a rispettare la libera circolazione dei lavoratori, gli stessi possono anche invocare i motivi di deroga attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica.

5.2. Cominciando dall'esame della deroga per ragioni di **ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica**, va osservato che, per evitare discrepanze nella sua applicazione da parte dei vari Stati, sono stati emanati alcuni importanti **atti legislativi**.

Si ricorderà in particolare la dir.64/221/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. La dir. 64/221/CEE è stata abrogata e sostituita dagli artt.27-33 della dir. 2004/38/CE.

La deroga per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica in esame non può essere invocata "per fini economici" (art.27, par.1).

Dei tre tipi di motivi invocabili per giustificare restrizioni alla libera circolazione, quelli legati all'**ordine pubblico** e alla **pubblica sicurezza** sono di gran lunga i più importanti.

Quanto ai motivi relativi alla **sanità pubblica**, l'art.29, par.1, stabilisce che "le sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante". Occorre inoltre che la malattia si sia manifestata al momento dell'ingresso o in un periodo non superiore a tre mesi da questo momento. Infatti, secondo il par.2, "l'insorgere di malattie posteriormente ad un periodo di tre mesi successivi alla data di arrivo non può giustificare l'allontanamento dal territorio".

Ai sensi dell'art.27, par.2, 1° comma, i provvedimenti basati su motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono:

- rispettare "il principio di proporzionalità".
- essere adottati "esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale sono applicati".

La condizione secondo cui i provvedimenti restrittivi vanno adottati esclusivamente in relazione al **comportamento personale** esclude del tutto la possibilità che provvedimenti del genere riguardino interi gruppi o categorie di cittadini di altri Stati membri. In particolare, sono vietate le **espulsioni collettive**.

Circa il principio di **proporzionalità**, esso va rispettato con riferimento tanto al tipo di provvedimento restrittivo che viene adottato quanto al grado di integrazione della persona che ne è oggetto rispetto allo Stato membro ospite e, in particolare, della durata del suo soggiorno in quello Stato.

Sotto il profilo del **tipo di provvedimento**, il principio di proporzionalità impone che il provvedimento sia revocabile a domanda dell'interessato.

Sotto il profilo della necessità di adeguare il provvedimento al **grado di integrazione** della persona che ne è oggetto rispetto allo Stato membro ospite, va menzionato l'art.28 della dir., in materia di "protezione contro l'allontanamento". Secondo il par.1, nell'adottare un provvedimento del genere, "lo Stato membro ospitante tiene conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e importanza dei suoi legami con il paese d'origine". Inoltre, i cittadini o i loro familiari che abbiano acquisito il diritto di soggiorno permanente non possono essere allontanati "se non per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza". Infine, un provvedimento di allontanamento può essere adottato soltanto per "motivi imperativi di pubblica sicurezza definiti dallo Stato membro" in caso di cittadini che abbiano soggiornato nello Stato ospitante per i precedenti dieci anni o nel caso di minori. Come si vede, all'aumentare della durata del soggiorno corrisponde una parallela restrizione dei motivi che possono giustificare l'espulsione.

Questione delicata è quella riguardante il ruolo del **principio di non-discriminazione** in questo campo. Si tratta di sapere se il comportamento di un cittadino di un altro Stato membro che, se tenuto da un cittadino dello Stato ospite non darebbe luogo a sanzioni, possa essere considerato nondimeno come un comportamento tale da giustificare provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione.

La posizione della Corte è dubbia.

La dir. prescrive infine alcune **garanzie processuali** a favore della persona oggetto di un provvedimento restrittivo.

Queste consistono: a) nella notificazione all'interessato dei provvedimenti a suo carico, comprensiva dell'indicazione dei motivi a sostegno e dei mezzi di ricorso esperibili (art.30); b) nella concessione di un termine minimo di un mese per lasciare il territorio dello Stato membro ospite, salvo casi di urgenza (art.30, par.3, ultima frase); c) nel diritto dell'interessato di "accedere ai mezzi di impugnazione giurisdizionali e, all'occorrenza, amministrativi nello Stato membro ospitante, al fine di presentare ricorso o chiedere la revisione di ogni provvedimento adottato nei suoi confronti per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica" (art.31, par.1), con la garanzia che, da un lato, sia possibile chiedere la sospensione del provvedimento (par.2) e,

dall'altro, che "i mezzi di impugnazione comprendano l'esame della legittimità del provvedimento nonché dei fatti e delle circostanze che ne giustificano l'adozione" (par.3).

Problema estremamente delicato, e molto attuale, è stabilire in che misura l'autorità amministrativa nazionale sia tenuta a comunicare all'interessato i motivi che giustificano un provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale quando siano implicate profili di sicurezza nazionale (**lotta al terrorismo**) e quale sia l'ampiezza delle verifiche consentite al giudice nazionale.

5.3. Il par.4 dell'art.45 prevede un'altra deroga alla libertà di circolazione dei lavoratori con riguardo alla **pubblica amministrazione**, stabilendo che "le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione".

Anche questa disposizione è stata interpretata restrittivamente dalla Corte. In particolare, è stato ritenuto che vi rientrino solo i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche. Non è invece sufficiente che l'accesso a un determinato impiego conferisca al titolare lo status di pubblico dipendente.

In generale, la Corte non ritiene che uno Stato membro possa continuare ad escludere i cittadini di altri Stati membri da interi settori di attività, quali le poste e telecomunicazioni, la distribuzione del gas e dell'elettricità, i trasporti terrestri, la radiodiffusione.

Peraltro, una volta ammesso ad occupare un posto nella pubblica amministrazione, il lavoratore straniero non può subire discriminazioni in materia di retribuzioni o di altre condizioni di lavoro.

5.4. In maniera analoga è stato interpretato l'art.51 in materia di diritto di stabilimento, che, in virtù del richiamo contenuto nell'art.62, risulta applicabile anche in materia di servizi. L'art.51, par.1, recita: "Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipano, sia pur occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri".

La Corte ha ritenuto che l'art. 51 giustifichi l'esclusione dei cittadini di altri Stati membri da determinate professioni, solo qualora l'esclusione sia "limitata a quelle attività che, considerate in sé stesse, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri".

CAPITOLO 4 - IL DIRITTO DI STABILIMENTO E LA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

1. Quadro normativo.

1.1. Si è visto come anche coloro che svolgono o intendono svolgere un'attività di lavoro autonomo beneficiano della libera circolazione delle persone. In particolare, coloro che esercitano attività di questo tipo godono, tanto sotto il profilo del diritto di circolazione e soggiorno quanto sotto quello del principio della parità di trattamento, degli stessi diritti dei lavoratori subordinati ai sensi dell'art.45 TFUE.

Nondimeno, considerata la natura delle attività autonome e l'esistenza negli Stati membri di discipline molto divergenti per quanto riguarda l'accesso a tali attività e il loro esercizio, si è reso necessario prevedere, a livello tanto di diritto primario quanto di diritto secondario, una disciplina specifica e molto articolata.

A livello di diritto primario, anzitutto, sono state previste due distinte modalità di svolgimento delle attività autonome: il **diritto di stabilimento** (artt. da 49 a 55 TFUE) e la **libera prestazione dei servizi** (artt. da 56 a 62 TFUE), a seconda che l'attività venga svolta in uno Stato membro in maniera permanente o temporanea.

I due gruppi di disposizioni presentano un contenuto per molti versi simile. Gli artt.49, per il diritto di stabilimento, e 56, per la libera prestazione di servizi, stabiliscono che sono vietate le restrizioni delle due libertà. Il 2° comma dell'art.49 e il 2° comma dell'art.57 estendono poi ai soggetti che esercitano l'una o l'altra libertà il principio del trattamento nazionale. Gli artt.50 e 53 per il diritto di stabilimento, e l'art.59 per la libera prestazione di servizi, prevedono apposite basi giuridiche che consentono alle istituzioni di adottare direttive volte a realizzare o a facilitare l'esercizio delle due libertà. Gli artt.51 e 52, applicabili anche in materia di libera prestazione grazie al richiamo contenuto nell'art.62, stabiliscono alcune **deroghe** alle due libertà: tali deroghe sono state già esaminate (Cap. III, par.5.1 e ss.).

Infine, l'art.54, anch'esso richiamato dall'art.62 e dunque applicabile tanto al diritto di stabilimento quanto alla libera prestazione, estende entrambe le libertà alle società commerciali.

1.2. Nella versione precedente al Trattato di Amsterdam, gli artt.52, 1° comma, e 59, 1° comma, TCE, corrispondenti agli attuali artt.49 e 56 TFUE, prevedevano che la soppressione delle restrizioni ad entrambe le libertà in esame dovesse avvenire "gradatamente durante il periodo transitorio". Era inoltre previsto che, entro la fine della prima tappa del periodo transitorio, fossero adottati appositi "programmi generali per la soppressione delle restrizioni esistenti all'interno della Comunità".

Come si è visto, la mancata attuazione dei programmi generali e l'insufficienza delle direttive d'attuazione adottate fino ad allora non avevano impedito alla Corte di riconoscere l'efficacia diretta degli artt.49 e 56, in particolare del principio del trattamento nazionale ivi contenuto.

1.3. Sul piano legislativo, il riconoscimento della diretta efficacia dei principi contenuti negli artt.49 e 56 ha reso inutile adottare direttive che si limitassero a ribadire tali principi con riferimento alle varie attività.

Interventi di normazione derivata (c.d. integrazione positiva) hanno invece mantenuto la loro utilità per armonizzare le legislazioni nazionali che disciplinano nei vari Stati membri lo svolgimento delle attività autonome, soprattutto per quelle oggetto di condizioni d'accesso e di esercizio particolarmente dettagliate. È infatti evidente che il godimento effettivo del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in settori del genere richiede un certo coordinamento delle discipline nazionali in materia. Altrimenti l'applicazione della normativa dello Stato membro A a soggetti provenienti dallo Stato membro B che intendono avvalersi degli artt.49 o 56 nello Stato membro A può provocare difficoltà notevoli, se non addirittura insormontabili.

Di tali difficoltà erano coscienti gli stessi redattori dei trattati. Sono state infatti previste due apposite basi giuridiche che permettono l'adozione di direttive di vario tipo: gli artt.50 e 53 TFUE. In particolare, l'art.53, par.1 (applicabile anche in tema di servizi), si riferisce a direttive generali (cioè non limitate a "determinate attività") intese ad "*agevolare l'accesso alle attività non salariate e l'esercizio di queste*". Siffatte direttive sono finalizzate a permettere, da un lato, il "*reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli*" e, dall'altro, il "*coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste*".

Numerose direttive, anche di grande rilevanza, sono state emanate in passato ai sensi dell'art.53 e continuano ad esserlo. Tra di esse, particolare attenzione sarà dedicata alla dir.2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, nota anche come **direttiva servizi**, e alla dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nota anche come **direttiva qualifiche professionali**, modificata dalla dir. 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 2013.

I richiamati atti legislativi hanno solo lo scopo di agevolare l'esercizio di diritti attribuiti agli interessati direttamente dal TFUE. Essi devono pertanto essere interpretati in conformità, in particolare, agli artt.49 e 56 e non possono essere utilizzati per restringere la portata di tali norme.

2. I beneficiari.

2.1. I **soggetti** che rientrano nel campo d'applicazione degli artt.49 e 56 sono **quelli che prestano un'attività autonoma o esercitata senza vincolo di subordinazione rispetto al destinatario della prestazione**. D'altro canto, deve trattarsi di un'**attività economica**: essa deve consistere in prestazioni in cambio delle quali viene percepita una **retribuzione**. Tanto risulta dal 1° comma dell'art.57, che si riferisce a prestazioni di servizi "*fornite normalmente dietro retribuzione*". Benché dettata in materia di servizi, la norma può essere utilizzata anche a proposito del diritto di stabilimento.

Non è detto però che la retribuzione debba essere a carico del destinatario del servizio.

L'**oggetto** dell'attività non si presta ad essere definito con certezza. Al riguardo, ci si deve accontentare dell'elencazione contenuta nel 2° comma dell'art.57, secondo cui i servizi comprendono "*in particolare*" **le attività di carattere industriale o commerciale, le attività artigiane e quelle delle libere professioni**.

Nonostante la genericità e il carattere espressamente non tassativo dell'elencazione, rari sono stati i casi in cui è sorto dubbio circa la possibilità di considerare una determinata attività come rientrante nella nozione di servizi. Tali sono state giudicate, ad esempio, la trasmissione di messaggi televisivi, anche in teledistribuzione; la vendita di viaggi turistici; la distribuzione di film cinematografici; la tenuta di corsi d'insegnamento in istituti privati; la vendita di biglietti di lotteria; la gestione delle scommesse sulle competizioni sportive; l'esercizio commerciale delle macchine per giochi di sorte o d'azzardo; l'attività dei praticanti avvocati; le prestazioni sanitarie anche se fornite in strutture ospedaliere pubbliche. La Corte non ha escluso che attività svolte in favore di una comunità religiosa, remunerate attraverso prestazioni in natura sufficienti al sostentamento degli affiliati, possano rientrare nel campo d'applicazione dell'art.49.

2.2. Tra i beneficiari del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi rientrano anche le **società**. Infatti, ai sensi dell'art.54, applicabile anche alla libera prestazione perché richiamato dall'art.62, "*le società commerciali costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno Stato membro*".

Tale assimilazione amplia notevolmente la portata delle due libertà, dal momento che talune delle attività autonome rilevanti per l'una o per l'altra sono svolte esclusivamente o prevalentemente in forma societaria (es. attività assicurative o bancarie).

In realtà, tuttavia, l'assimilazione non è del tutto completa, almeno per quanto riguarda il diritto di stabilimento.

La Corte ritiene che gli artt.49 e 54 "debbono essere interpretati nel senso che, allo stato attuale del diritto comunitario non conferiscono ad una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro e con sede legale in detto Stato, il diritto di trasferire la sede della direzione in un altro Stato membro".

In conclusione, la Corte ha ritenuto che, allo stato attuale della normativa dell'Unione, le società di cui all'art.54 godono solo del **diritto di stabilimento secondario**, potendo esse aprire senz'altro agenzie, succursali o filiali in uno Stato diverso da quello della sede, ma non potendo trasferire la propria sede legale o reale da uno Stato membro all'altro, se non in quanto ciò sia ammesso dalle legislazioni di entrambi gli Stati interessati.

2.3. Si è visto come possono considerarsi beneficiari della libera prestazione ai sensi dell'art.56 anche i **destinatari di servizi** (sentenza *Luisi*, 1984).

Nella sentenza cit., la Corte ha affermato che rientra nel campo d'applicazione delle norme del TFUE sulla libera prestazione di servizi sia il caso "del prestatore che si reca nello Stato membro in cui il destinatario è stabilito", sia il caso inverso del "destinatario che si reca nello Stato di stabilimento del prestatore". La libera prestazione di servizi comprende pertanto anche "la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni, anche in materia di pagamenti".

Non può essere considerato destinatario di servizi e quindi beneficiare della libera prestazione di servizi il "cittadino di uno Stato membro che stabilisce la sua residenza principale sul territorio di uno Stato membro per beneficiarvi di prestazioni di servizi per una durata indeterminata".

La sentenza si riferisce al caso di un minore, cittadino irlandese, che soggiornava permanentemente nel Regno Unito, usufruendo di servizi di puericultura. La qualificazione del minore come soggetto beneficiario dell'art.49 avrebbe consentito anche alla madre, cittadina di uno Stato terzo, di acquisire un diritto "derivato" di soggiorno permanente.

L'interpretazione secondo cui beneficia dell'art.56 anche chi usufruisce o intende usufruire in futuro (e dunque solo potenzialmente) di servizi in uno Stato membro diverso dal proprio è stata oggetto, in alcuni recenti casi, di una sorta di "bilateralizzazione". La Corte ha perciò accettato di considerare come fattispecie rientranti nel campo d'applicazione dell'art.56 (e non invece come "situazioni puramente interne") anche quelle di soggetti stabiliti nel proprio Stato membro, che, senza spostarsi fisicamente in altri Stati membri per svolgere la propria attività, abbiano tra i propri clienti anche soggetti stabiliti in altri Stati membri.

3. La distinzione tra stabilimento e prestazione di servizi.

3.1. Il TFUE si occupa dei soggetti esercenti un'attività autonoma sotto due profili distinti: il **diritto di stabilimento** (artt. da 49 a 55) e la **libera prestazione dei servizi** (artt. da 56 a 62). In sintesi, può dirsi che:

- col diritto di stabilimento, il TFUE prende in considerazione il caso del soggetto che intende stabilirsi, cioè esercitare stabilmente un'attività autonoma di carattere economico in uno Stato membro nel quale egli non era stabilito precedentemente.
- con la libera prestazione di servizi, il TFUE si riferisce alla possibilità che il soggetto presti la propria attività in uno Stato membro diverso da quello ove è stabilito, senza stabilirsi nello Stato della prestazione.

La ragione di questa duplicità risiede nella constatazione che, con lo sviluppo delle moderne tecniche di comunicazione e di trasporto, la prestazione di attività autonome può essere effettuata senza necessità che il prestatore si stabilisca nello Stato ove la prestazione avviene. Occorre, dunque, disciplinare tanto il caso in cui la prestazione è collegata allo stabilimento del prestatore nello Stato membro ove avviene la prestazione, quanto il caso in cui la prestazione avviene senza che il prestatore debba o voglia stabilirsi nello Stato membro della prestazione.

La medesima esigenza non si è fatta sentire a proposito dei lavoratori salariati, per i quali la prestazione di lavoro presuppone normalmente lo stabilimento nello Stato d'occupazione.

3.2. Seppure le disposizioni del TFUE che disciplinano ciascuna delle due libertà appaiano coincidere (divieto di restrizioni e principio del trattamento nazionale), le **differenze** tra il contenuto dell'una e dell'altra libertà sono molto marcate.

In particolare, l'attività effettuata in regime di stabilimento è assoggettata alla legge dello Stato membro di stabilimento, mentre l'attività effettuata in regime di libera prestazione è in linea di principio assoggettata alla legge dello Stato membro d'origine del prestatore (**home country**) e non a quella dello Stato membro della prestazione (**host country**). Da ciò la

preferenza per i soggetti interessati a qualificare la propria attività come semplice prestazione di servizi, piuttosto che come attività implicante l'onere di un vero e proprio stabilimento.

È dunque necessario precisare in quali circostanze un soggetto può svolgere la propria attività autonoma sottraendosi a questo adempimento.

3.3. Molto si è discusso intorno alle **nozioni** di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e al **criterio distintivo** tra le due.

Per quanto riguarda il diritto di stabilimento, l'**art.49, 2° comma**, dispone che esso *“importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art.48, 2° comma, alle condizioni stabilite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”*.

È una definizione molto generica: essa non permette di comprendere le caratteristiche che l'attività autonoma deve rivestire per rientrare nel campo d'applicazione della disposizione. Essa, tuttavia, acquista significato se la si confronta alla definizione di libera prestazione di servizi.

Secondo l'**art.57, 3° comma**, in base a tale libertà e *“senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini”*.

La differenza tra diritto di stabilimento e libera prestazione di servizi risiede pertanto **non nel contenuto dell'attività svolta**, ma nel **carattere stabile o temporaneo** della stessa (**sentenza Gebhard**).

- Più precisamente, il diritto di stabilimento *“implica la possibilità, per un cittadino comunitario, di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio e di trarne vantaggio”*.
- La libera prestazione di servizi invece riguarda il caso in cui *“il prestatore di servizi si sposti in un altro Stato membro”* e *“vi eserciti la propria attività in via temporanea”*.

3.4. Il carattere stabile o temporaneo dell'attività è a sua volta difficile da determinare nei casi concreti. La giurisprudenza, inoltre, ha contribuito a rendere confusa la distinzione, dando rilievo, di volta in volta, a criteri diversi.

Secondo la Corte, ad es., per decidere se l'attività ha carattere stabile o temporaneo **non possono essere applicati rigidi criteri quantitativi**. In altri termini, un prestatore potrebbe mantenere la propria qualità di libero prestatore e non essere quindi soggetto all'obbligo di stabilirsi anche se la sua attività consiste in una pluralità di prestazioni.

In alcuni casi remoti, la giurisprudenza ha invece utilizzato il **criterio della prevalenza**. Qualora l'attività svolta nello Stato membro ospite sia prevalente rispetto a quella svolta nello Stato membro d'origine, ciò è considerato di per sé sufficiente per escludere che l'attività possa essere svolta in regime di libera prestazione. Secondo la Corte, infatti, l'art.56 non può essere invocato da *“soggetti che operano prevalentemente”* nel territorio di uno Stato membro, *“onde eludere norme professionali cui sarebbero soggetti se risiedessero nello Stato in cui operano”*.

Il criterio della prevalenza ha tuttavia un'utilità limitata e serve solo ad escludere l'applicazione delle norme sulla libera prestazione in casi estremi. Al di fuori di questi, il criterio non è applicabile. Infatti, un'attività svolta nello Stato membro che sia quantitativamente rilevante (anche se non prevalente rispetto all'attività dello stesso tipo svolta nello Stato membro d'origine) non rientra solo per questo nel campo d'applicazione della libera prestazione. Occorrerà invece verificare se, considerata la consistenza dell'attività, il prestatore non vada considerato stabilito, oltre che nello Stato membro d'origine, anche nello Stato membro ospite nella forma di uno stabilimento secondario.

Il criterio della prevalenza non può nemmeno essere sempre utilizzato per distinguere lo stabilimento primario da quello secondario.

Nemmeno possono utilizzarsi come criteri la **durata** o la **frequenza** della presenza del prestatore della prestazione nello Stato membro. Secondo la Corte, infatti, rientrano nel campo di applicazione della libera prestazione ai sensi dell'art.56 anche *“servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni”*, non essendo possibile *“determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può più essere considerata prestazione dei servizi ai sensi del Trattato”*.

La posizione assunta dalla giurisprudenza può essere condivisa nella misura in cui i criteri della durata e della frequenza sono riferiti alla presenza del prestatore nello Stato membro ospite nell'ambito della stessa prestazione o di una serie definita di prestazioni. Criteri del genere finirebbero, infatti, per escludere a priori dal campo d'applicazione dell'art.56 tutte quelle attività che, per loro natura, richiedono un tempo di esecuzione prolungato e frequenti spostamenti del prestatore nello Stato membro ospite.

I criteri della durata e della frequenza sembrano invece rilevanti se riferiti a un numero ampio e non predefinito di prestazioni. Tanto risulta dalla nota **sentenza Gebhard** (1995). La Corte vi afferma che non ricade nella libera prestazione di servizi, ma in quello del diritto di stabilimento, il caso di un "cittadino di uno Stato membro che esercita in maniera stabile e continuativa un'attività professionale in un altro Stato membro da un domicilio professionale in cui offre i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'ultimo Stato membro".

Questione delicata è se la disponibilità da parte del prestatore di una **sede** di attività nello Stato membro ospite implichi di per sé che lo stesso sia da considerarsi stabilito.

Nella sentenza *Gebhard*, la Corte ammette invero che "il carattere di temporaneità della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi ai sensi del Trattato di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura, se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione".

In conclusione, sembrerebbe che la prova del carattere non temporaneo di una determinata attività autonoma, ai fini dell'applicazione dell'art.49 o dell'art.57, sia data dal **tipo** di sede o infrastruttura di cui si dota il prestatore nello Stato membro della prestazione. Per non essere considerata prova di stabilimento, la sede di cui il prestatore dispone deve essere proporzionata ad un'attività di natura temporanea e perciò limitata.

4. Il diritto di stabilimento.

4.1. L'art.49, 1° comma, prevede che "nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursale o filiali da parte di cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro".

Le **forme di stabilimento** consentite da tale norma sono per tanto due:

1. il diritto di stabilimento vero e proprio, che si realizza quando un soggetto stabilisce in uno Stato membro diverso dal proprio il proprio unico centro di attività (art.49, prima frase: c.d. **stabilimento primario**);
2. il diritto di aprire agenzie, succursali o filiali, che si realizza quando un soggetto, che è già stabilito in uno Stato membro, crea un ulteriore centro di attività in un altro Stato membro (art.49, seconda frase: c.d. **stabilimento secondario**).

4.2. Per comprendere la portata del diritto di **stabilimento primario**, è utile richiamare il **2° comma dell'art.49**: "la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art.54, 2° comma, alle condizioni stabilite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

La norma ha un doppio contenuto.

→ In primo luogo, essa conferisce ai cittadini di uno Stato membro il **diritto di accesso e di esercizio** delle attività autonome nel territorio di un altro Stato membro, contemplando anche la possibilità che ciò avvenga attraverso la costituzione e la gestione di imprese o società di cui il soggetto interessato detenga il controllo.
L'acquisizione di una partecipazione azionaria non di controllo costituisce, invece, un'operazione di investimento mobiliare, soggetta alla libera circolazione dei capitali.

→ In secondo luogo, la norma vieta allo Stato membro dello stabilimento di imporre ai cittadini di altri Stati membri che intendono stabilirsi nel proprio territorio condizioni diverse da quelle applicate ai propri cittadini (**principio del trattamento nazionale**).

4.3. Sotto il primo profilo (**diritto di accesso e di esercizio**), l'art.49, 2° comma, vieta anzitutto qualsiasi normativa che impedisca ai cittadini di altri Stati membri di svolgere determinate attività autonome che sono invece consentite ai soli cittadini nazionali (**clausole di nazionalità**).

Ci si è posti il problema di stabilire se costituisca ostacolo al diritto d'accesso garantito dall'art.49 anche la normativa di uno Stato membro che vieti *tout court* lo svolgimento sul proprio territorio di una certa attività o la affidi, in regime di monopolio o di esclusiva, ad un soggetto pubblico o privato nazionale.

In passato, la Corte aveva dato al quesito una risposta negativa. Da alcuni anni, invece, la giurisprudenza relativa all'art.106 TFUE ha affermato che, quando sussistono determinate condizioni, anche una misura del genere può essere considerata come contraria all'art.49.

4.4. Sotto il secondo profilo (**principio del trattamento nazionale**), l'art.49, 2° comma, prescrive che i cittadini di altri Stati membri siano ammessi a svolgere un'attività autonoma alle stesse condizioni applicabili ai cittadini dello Stato dello stabilimento.

Vi è violazione di tale principio anzitutto in presenza di disposizioni che, pur consentendo lo svolgimento di attività autonome da parte di cittadini di altri Stati membri, assoggettano costoro a condizioni diverse e meno favorevoli dei cittadini nazionali (**discriminazione diretta** o palese).

Numerosi casi di violazione del principio in esame sono stati individuati anche in disposizioni che discriminavano i cittadini di altri Stati membri per quanto riguarda l'accesso a beni strumentali o ad attività ricreative.

Nella sentenza *Commissione c. Italia* (1988), ad es., la Commissione contestava la legislazione italiana che riservava ai soli cittadini nazionali l'accesso alla proprietà di alloggi costruiti con finanziamenti pubblici o al mutuo fondiario agevolato, ritenendola contraria all'art.49. La Corte accoglie il ricorso.

Il principio del trattamento nazionale è violato anche qualora la normativa di uno Stato membro, pur applicandosi in base a criteri indipendenti dalla nazionalità, tuttavia discrimini di fatto i cittadini di altri Stati membri, in quanto per questi risulta più difficile soddisfare i criteri d'applicazione della norma che non per i cittadini nazionali (**discriminazione indiretta** o occulta).

Un esempio è dato dalle normative nazionali che subordinano la possibilità di esercitare talune attività o di beneficiare di taluni regimi a requisiti di **residenza** nel territorio nazionale.

Nella sentenza *Commissione c. Regno Unito* (1992), oggetto di contestazione era la legislazione britannica che imponeva come condizione per poter ottenere licenze di pesca che almeno il 75% dei membri degli equipaggi dei pescherecci risiedessero in territorio britannico. La Corte rileva l'esistenza di una violazione dell'art.49: la condizione in esame "esclude indirettamente dal 75% dell'equipaggio di un peschereccio i cittadini di altri Stati membri, per via della loro cittadinanza", dal momento che "i cittadini britannici sono, in gran maggioranza, residenti a terra nel Regno Unito e soddisfano quindi automaticamente tale condizione, mentre i cittadini degli altri Stati membri dovrebbero, nella maggior parte di casi, spostare la loro residenza nel Regno Unito per poter ottemperare alla medesima prescrizione".

Il principio del trattamento nazionale può risultare violato anche in presenza di una norma applicabile tanto ai cittadini nazionali quanto a quelli di altri Stati membri, quando questi ultimi, proprio perché trattati alla stessa stregua dei primi, siano di fatto sfavoriti (**discriminazione materiale**).

4.5. Da tempo la Corte ha giudicato che possono costituire ostacoli al diritto di stabilimento anche **normative nazionali indistintamente applicabili**. L'estensione del campo d'applicazione dell'art.49 anche a normative del genere ha fatto sì che spesso, anche di fronte a normative indirettamente o materialmente discriminatorie, la Corte non si preoccupi di qualificarle come tali ma sceglie di trattarle come indistintamente applicabili.

5. Segue: il diritto di stabilimento secondario.

5.1. Il diritto di **stabilimento secondario** consente al soggetto già stabilito in uno Stato membro di aprire e gestire, in un altro Stato membro, un secondo centro d'attività, senza rinunciare allo stabilimento nel primo Stato.

Il testo dell'art.49, 1° comma, riferendosi a nozioni quali quelle di "agenzie, succursali o filiali", sembrerebbe alludere a centri di attività subalterni rispetto ad un centro principale di attività che sia situato in un altro Stato membro. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, non sempre l'esistenza nello Stato membro d'origine di un centro (stabilimento primario) ove il soggetto interessato svolga effettivamente la propria attività costituisce presupposto necessario per l'esercizio del diritto di stabilimento secondario in un altro Stato membro. La soluzione contraria è stata infatti accolta per quanto riguarda le **società** nella *sentenza Centros* (1999).

5.2. Anche riguardo al diritto di stabilimento secondario può parlarsi di un doppio contenuto.

→ In primo luogo, l'art.49 garantisce ai soggetti già stabiliti in uno Stato membro, ove esercitano una determinata attività autonoma, il diritto di aprire in un altro Stato membro un'agenzia, una succursale, una filiale o un altro centro stabile di attività (**diritto di apertura di una filiale**).

→ In secondo luogo, l'art.49 impone, come per diritto di stabilimento primario, il **principio del trattamento nazionale**.

5.3. Numerosi esempi di ostacoli al **diritto di apertura di una filiale** sono stati rinvenuti nel settore delle professioni libere, settore cui, nonostante il linguaggio dell'art.49 sembri riferirsi ad attività di tipo commerciale ed imprenditoriale, l'istituto dello stabilimento secondario si applica pienamente (*sentenza Klopp*, 1984).

In questa sentenza, la Corte ha giudicato contraria all'art.49 la normativa francese che, imponendo agli avvocati di avere un unico domicilio professionale (compreso nel distretto della giurisdizione presso cui il professionista è abilitato), impediva agli avvocati provenienti da altri Stati membri di mantenere uno studio professionale nel territorio dello Stato membro d'origine.

Per le **società**, il diritto di stabilimento secondario spetta anche quando la succursale aperta in uno Stato membro diverso da quello della sede rappresenta l'unico (o il principale) centro di attività della società. Pertanto, violano l'art.49 anche quelle legislazioni nazionali che si limitano ad impedire o a scoraggiare l'esercizio del diritto di stabilimento in questa particolare forma.

5.4. Passando ad esaminare il **principio del trattamento nazionale**, va rilevato come, nell'ambito del diritto di stabilimento secondario, spesso il *tertium comparationis* per stabilire se vi sia o meno discriminazione, è costituito dai soggetti che hanno nel territorio dello Stato membro in questione lo stabilimento principale. In altri termini, ai soggetti che nello Stato membro in questione si limitano ad aprire una filiale, deve essere esteso il trattamento che la legislazione locale riserva ai soggetti che nel territorio nazionale hanno lo stabilimento principale.

6. La libera prestazione di servizi.

6.1. Per definire il contenuto della **libera prestazione di servizi** è opportuno rifarsi tanto all'art.56, quanto all'art.57, 3° comma.

- Secondo la prima norma: *"nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione"*.
- L'art.57, terzo comma, stabilisce inoltre che: *"senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini"*.

Come il diritto di stabilimento, così anche la libera prestazione ha un **duplice contenuto**.

- Da un lato, essa attribuisce al prestatore stabilito in uno Stato membro (**home country**) il **diritto di esercizio temporaneo** della propria attività in uno Stato membro diverso (**host country**).
Qualora lo Stato membro dello stabilimento e quello della prestazione coincidessero, si verserebbe in una "situazione puramente interna" e l'art.49 non sarebbe applicabile. Oltre alla situazione tipica del prestatore che si sposta in un diverso Stato membro per effettuare la propria prestazione, rientra nel campo d'applicazione dell'art.49 anche il caso del prestatore che, senza spostarsi dal proprio Stato di stabilimento, fornisce servizi a soggetti stabiliti in altri Stati membri.
- D'altro lato, si definiscono le condizioni alle quali lo Stato della prestazione può subordinare l'esercizio di tale diritto facendo riferimento al **principio del trattamento nazionale**. Le condizioni imposte al libero prestatore devono infatti essere quelle imposte dallo Stato membro della prestazione "ai propri cittadini".

6.2. Sotto il primo profilo (**diritto di esercizio temporaneo**), gli articoli citati comportano il divieto non solo delle **clausole di nazionalità**, ma soprattutto di quelle disposizioni presenti nelle legislazioni nazionali, le quali riservano l'esercizio di una determinata attività ai soggetti residenti o stabiliti sul territorio dello Stato in questione e, per converso, escludono dalla stessa attività i soggetti stabiliti all'estero (c.d. **clausole di residenza o di stabilimento**).

Alle clausole di residenza possono essere assimilate quelle che impongono anche ai soggetti liberi prestatori l'obbligo di iscrizione ad un albo professionale, in quanto spesso presuppongono un obbligo di residenza.

Siffatte disposizioni sono da considerarsi incompatibili con gli artt.56 e 57. Secondo la Corte, l'esigere lo stabilimento nel territorio nazionale per lo svolgimento di una determinata attività costituisce infatti "la negazione stessa" della libera prestazione di servizi (*sentenza Commissione c. Germania*, 1986).

La sentenza *Commissione c. Germania* fa parte di una serie di pronunce emesse in pari data, in cui la Corte ha avuto modo di precisare la portata della libera prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento nel settore delle **attività assicurative**. La Corte aveva, da un lato, riaffermato la piena applicabilità di entrambi gli istituti a tale settore, pur in presenza di un'armonizzazione solo parziale delle legislazioni nazionali in materia, ma aveva ammesso, dall'altro, che lo Stato membro "ospite" potesse imporre limitazioni di un certo rilievo all'attività svolta in regime di mera libera prestazione di servizi da parte di imprese stabilite in altri Stati membri. In particolare, la Corte aveva giudicato che, in assenza di misure d'armonizzazione sufficienti, lo Stato ospite era legittimato ad esigere dalle imprese d'assicurazione non stabilite nel suo territorio l'osservanza delle proprie disposizioni per i seguenti aspetti: a) norme in materia di riserve e di accantonamenti tecnici relativamente alle prestazioni di servizi effettuati nel suo territorio; b) norme che impongono di applicare determinate condizioni di contratto.

Secondo la Corte, per consentire allo Stato ospite di controllare l'osservanza delle citate disposizioni, si doveva ammettere che tale Stato potesse, senza violare l'art.56, subordinare ad autorizzazione preventiva lo svolgimento dell'attività assicurativa da parte di imprese non stabilite nel proprio territorio. Quanto al requisito dello stabilimento, la Corte nega che le esigenze prospettate dal Governo tedesco *"attinenti alla tutela del contraente dell'assicurazione e dell'assicurato rendano indispensabili lo stabilimento dell'assicuratore nel territorio dello Stato destinatario"*.

Come risulta dalla sentenza *Commissione c. Germania*, la Corte sembra ammettere che uno Stato membro possa continuare a richiedere per lo svolgimento nel proprio territorio di una determinata attività il possesso di uno stabilimento, ma "solo qualora sia provato ch'esso costituisce condizione indispensabile per raggiungere" uno scopo d'interesse generale.

In pratica, però, l'eccezione non ha mai trovato applicazione.

In particolare, la Corte ha sempre negato che uno Stato membro potesse imporre al libero prestatore il requisito dello stabilimento per esigenze legate al controllo del rispetto della propria legislazione. D'altra parte, nella sentenza *Commissione c. Belgio* (1992), la Corte è sembrata voler escludere tout court che uno Stato membro, invocando motivi di interesse generale, possa sottrarre un intero settore di attività al principio della libera prestazione.

6.3. Sotto il secondo profilo (principio del trattamento nazionale), gli artt.56 e ss. non impediscono ad uno Stato membro di disciplinare l'esercizio nel proprio territorio delle attività autonome, sottoponendolo, se del caso, a determinate condizioni e restrizioni, quali, ad es., il possesso da parte del prestatore di una particolare qualifica professionale.

La seconda parte dell'art.57, 3° comma, stabilisce solo che le condizioni d'esercizio applicabili al prestatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello della prestazione devono essere le stesse di quelle applicabili nei confronti dei cittadini di quest'ultimo Stato.

Tuttavia, nel campo dei servizi, l'applicazione del principio del trattamento nazionale e del conseguenziale divieto di **discriminazione sulla base della nazionalità** ha conosciuto sviluppi di notevole portata.

- Da un lato, ci si è ben presto resi conto che, anche nell'ambito della libera prestazione, il divieto di discriminazione deve essere esteso alle discriminazioni indirette. Così la Corte, ha affermato che il divieto di discriminazione di cui all'art.57, 3° comma, colpisce "anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, sebbene basata su criteri in apparenza neutri, produca in pratica lo stesso risultato".
- Dall'altro, la giurisprudenza ha preso coscienza del fatto che nemmeno la mera assimilazione del libero prestatore al prestatore stabilito è sufficiente ad assicurare la libertà in esame. Infatti, spesso le condizioni d'esercizio imposte ad ogni prestatore, stabilito o meno, dalla normativa dello Stato membro costituiscono per il prestatore non stabilito un ostacolo insormontabile o estremamente gravoso. Ciò ha condotto la Corte a sganciare del tutto il concetto di "restrizioni alla libera prestazione" di cui all'art.56 da quello di discriminazione, così da considerare vietate persino **norme indistintamente applicabili**.

6.4. In giurisprudenza, sono rari i casi in cui la Corte si è trovata a sanzionare veri e propri casi di discriminazione diretta in base alla nazionalità.

Molto più frequenti sono le pronunce in cui sono stati esaminati casi di **discriminazioni indirette** che, pur non utilizzando il criterio della nazionalità, hanno l'effetto di svantaggiare le attività svolte in regime di libera prestazione.

Vengono in rilievo anzitutto le **discriminazioni in base al luogo di stabilimento del prestatore**. Si tratta di normative nazionali che prevedevano un trattamento diverso e meno favorevole per i liberi prestatori rispetto a quello applicabile ai soggetti stabiliti.

Come esempio può citarsi il caso della norma francese che vietava ai soli medici stabiliti in altri Stati di visitare più di un paziente per un periodo complessivo di due giorni.

Talvolta la Corte ha utilizzato nel campo della libera prestazione anche la nozione di **discriminazione materiale**. Un esempio è costituito dalla sentenza *Laval* (2007), relativa ad una normativa svedese che imponeva alle imprese stabilite in un altro Stato membro che agivano in Svezia in regime di libera prestazione dei servizi, di applicare ai propri lavoratori distaccati in Svezia il contratto collettivo locale, senza tener conto del contratto collettivo dal quale erano vincolati nello Stato di stabilimento. Secondo la Corte "una disciplina nazionale, la quale non tenga conto, indipendentemente dal loro contenuto, dei contratti collettivi ai quali le imprese che distaccano lavoratori in Svezia sono già vincolate nello Stato membro in cui sono stabilite, crea una discriminazione nei confronti di tali imprese, applicando loro il medesimo trattamento riservato alle imprese nazionali che non hanno concluso un contratto collettivo".

In giurisprudenza sono inoltre presenti numerosi casi di normative nazionali che contengono una **discriminazione in base al luogo in cui è effettuata la prestazione**. Si tratta di norme che subordinano la concessione di un determinato trattamento di favore alla condizione che la prestazione di servizi sia avvenuta nello Stato membro che concede il trattamento e non in Stati membri diversi. In genere, norme di questo tipo svantaggiano i soggetti che scelgono di ricevere la prestazione in uno Stato membro diverso dal proprio e solo indirettamente i prestatori non stabiliti rispetto a quelli stabiliti.

Un caso del genere è rappresentato dalla norma belga che riserva la deducibilità fiscale dei premi versati per un'assicurazione sulla vita alle sole polizze stipulate con compagnie stabilite in Belgio.

Non è sempre chiaro se tali forme di discriminazione sono considerate dalla giurisprudenza alla stregua di discriminazioni indirette contrarie al principio del trattamento nazionale e pertanto vietate dall'art.57, 3° comma, oppure come vere e proprie restrizioni alla libera prestazione di servizi vietate dallo stesso art.56.

La circostanza che nella giurisprudenza più recente manchi ogni richiamo all'art.57, 3° comma, fa propendere a ritenere che il divieto di discriminazioni del tipo esaminato sia riconducibile direttamente all'art.56.

Che si tratti o meno di vere e proprie discriminazioni indirette in base alla nazionalità, le discriminazioni in base al luogo di stabilimento del prestatore e quelle in base al luogo di svolgimento della prestazione non sono vietate se è possibile invocare una **giustificazione** basata su considerazioni obiettive estranee alla nazionalità e se viene rispettato il criterio di proporzionalità.

Tra le giustificazioni frequentemente invocate, la Corte ha talvolta ammesso quella basata sulla necessità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale.

7. Ostacoli non discriminatori al diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi.

7.1. Da alcuni anni la Corte ha ammesso che una restrizione al diritto di stabilimento o alla libera prestazione di servizi può derivare anche da normative nazionali applicabili, senza alcuna discriminazione, a tutti coloro che svolgono una determinata attività autonoma (**normative indistintamente applicabili**).

Avendo il descritto orientamento trovato la sua prima applicazione nel campo della libera prestazione dei servizi, l'esame che segue comincerà dalla giurisprudenza relativa all'art.56. Successivamente, si passerà in rassegna la giurisprudenza relativa al diritto di stabilimento e quella relativa alla libera circolazione dei lavoratori.

7.2. Da alcuni anni l'orientamento della Corte consiste nel considerare che una normativa applicabile tanto ai prestatori stabiliti quanto a quelli agenti in regime di libera prestazione, può comportare, in quanto applicata ai secondi, una restrizione alla **libera prestazione dei servizi**, vietata dall'art.56.

Secondo una formula spesso ripetuta dalla Corte, infatti, l'art.56 TFUE *"prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi"*.

Tale orientamento si è manifestato per la prima volta in termini abbastanza chiari nella **sentenza Webb** (1981).

La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con gli artt.56 e 57 della legislazione olandese, in base alla quale un'impresa di fornitura di manodopera, già autorizzata ad esercitare tale attività nel proprio Stato di stabilimento (il Regno Unito) ed intenzionata a svolgere la medesima attività in regime di libera prestazione nei Paesi Bassi, era quivi tenuta, come qualsiasi altra impresa, a munirsi di una nuova autorizzazione.

Nella sua pronuncia, la Corte accoglie una visione particolarmente ristretta del principio del trattamento nazionale di cui all'art.57, 3° comma. Essa afferma infatti che tale principio *"non implica che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di quello Stato (lo Stato della prestazione) e si riferisca normalmente ad un'attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato, possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri"*.

La Corte continua affermando che *"la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può venire limitata solo da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitano la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito"*.

Per quanto riguarda il caso di specie, la Corte riconosce che *"la fornitura di manodopera costituisce un'attività particolarmente delicata dal punto di vista professionale e sociale"* e che pertanto *"per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze"*.

Il pensiero della Corte espresso nella sentenza Webb è per tanto il seguente:

- anche la normativa che disciplina in uno Stato membro l'accesso e l'esercizio di una determinata attività e si applica indistintamente a tutti coloro che intendono svolgere tale attività può costituire un ostacolo alla libera prestazione di servizi;
- un ostacolo del genere sfugge tuttavia al divieto di cui all'art.56 se è giustificato dal pubblico interesse;
- occorre inoltre verificare che il pubblico interesse non sia soddisfatto dalla normativa cui è soggetto il prestatore nello Stato d'origine.

Secondo alcuni, l'estensione della nozione di ostacoli alla libera prestazione di servizi anche alle normative indistintamente applicabili potrebbe spiegarsi in termini di **discriminazione materiale**. I soggetti non stabiliti risulterebbero svantaggiati rispetto a quelli stabiliti in quanto indebitamente assimilati ai secondi per ciò che concerne le condizioni d'accesso e di esercizio dell'attività in questione. Lo svantaggio deriverebbe da un effetto di **doppia imposizione normativa**: lo Stato della prestazione, imponendo ai liberi prestatori il rispetto della propria normativa, non terrebbe conto del fatto che tali soggetti sono già sottoposti al rispetto di analogha normativa nello Stato membro di stabilimento.

7.3. Il descritto orientamento è stato poi confermato da una giurisprudenza oramai consolidata, a partire dalla **sentenza Säger** (1991).

Il caso riguardava la normativa tedesca che riservava ai consulenti in materia di brevetti l'esercizio di alcune attività per conto di terzi connesse al controllo e al rinnovo dei brevetti. La normativa avrebbe impedito l'esercizio di dette attività ad una società stabilita nel Regno Unito e non munita della richiesta qualifica professionale.

La Corte anzitutto rileva che l'art.56 *"prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi"*.

Riprendendo un concetto già esposto nella sentenza Webb, la Corte ricorda poi che *"uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi"*.

Quanto alla normativa tedesca in esame, la Corte constata che essa costituisce una restrizione alla libera prestazione delle attività considerate perché *"impedisce al tempo stesso ad un'impresa con sede all'estero di fornire sul territorio nazionale prestazioni di servizi ai titolari di brevetti e agli stessi titolari di scegliere liberamente le modalità di sorveglianza dei loro brevetti"*.

La Corte si chiede tuttavia se la normativa in questione possa essere considerata come giustificata da "motivi imperativi di pubblico interesse". Pur ammettendo che la normativa tedesca mira effettivamente a tutelare un interesse del genere (la protezione dei destinatari dei servizi di cui trattasi), la Corte conclude che la normativa "esorbita da quanto è necessario per garantire la tutela di questo interesse".

Tuttavia, in alcuni casi relativi a tributi locali applicabili a certe attività, senza distinzione tra prestatori stabiliti e prestatori agenti in libera prestazione, la Corte ha negato che si potesse parlare di restrizione alla libera prestazione ai sensi dell'art.56.

7.4. Nelle sentenze richiamate nel paragrafo precedente, la Corte è andata via via articolando un vero e proprio test (**test Webb**) a cui sottoporre le normative nazionali indistintamente applicabili. Il test prevede 4 diverse condizioni perché la normativa in esame possa essere estesa ai prestatori non stabiliti senza creare una restrizione alla libera prestazione contraria all'art.49. La normativa:

1. deve applicarsi "in modo non discriminatorio";
2. deve essere giustificata "da motivi imperativi di interesse pubblico";
3. deve essere "idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito";
4. non deve andare "oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".

Inoltre, occorre verificare se l'interesse generale in questione "non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito".

Le condizioni c) e d) costituiscono le due componenti del **giudizio di proporzionalità**. La categoria dei motivi imperativi di interesse pubblico è estremamente vasta ed eterogenea.

7.5. Nel tempo, la Corte ha esteso l'orientamento descritto nei paragrafi precedenti anche al **diritto di stabilimento**. Quindi, anche tale libertà può considerarsi ostacolata dall'applicazione ai soggetti che intendono stabilirsi in uno Stato membro di norme indistintamente applicabili a tutti coloro che esercitano una determinata attività in tale Stato membro.

A differenza dell'orientamento corrispondente in materia di libera prestazione dei servizi, l'estensione della nozione di restrizioni al diritto di stabilimento anche alle normative nazionali indistintamente applicabili non può essere spiegato in termini di discriminazione materiale almeno in caso di stabilimento primario. In realtà, nel caso di un prestatore che intenda aprire o trasferire in uno Stato membro il proprio unico stabilimento, egli sarà per ciò stesso assoggettato alla sola legge dello Stato di

stabilimento e cesserà di essere assoggettato a quella dell'eventuale Stato d'origine. Non può perciò dirsi che egli sopporti un doppio onere normativo come invece accade nel caso di soggetto che operi in regime di libera prestazione.

Come uno dei primi esempi di tale approccio, può citarsi la sentenza Gebhard (1995), in cui la Corte ha ritenuto che l'obbligo di iscrizione al competente ordine professionale imposto a tutti gli avvocati potesse costituire un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento, vietato dall'art.49.

Per accertare se ciò si verificasse nella specie, la Corte ha fatto ricorso ad un test (**test Gebhard**) simile al test Webb. Secondo la Corte, per sfuggire al divieto di cui all'art.49 occorre che siano soddisfatte quattro condizioni: le disposizioni in esame devono:

1. "applicarsi in modo non discriminatorio";
2. "essere giustificate da motivi imperiosi di interesse pubblico";
3. "essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito";
4. "non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".

Tra i "motivi imperiosi di interesse generale" ammessi prevalgono quelli attinenti alla protezione di categorie "deboli": i destinatari del servizio, i consumatori, le vittime degli incidenti stradali, i risparmiatori, i lavoratori. Molto invocato è inoltre l'interesse generale alla tutela della salute, mentre di recente stanno diventando frequenti i casi in cui a venire in rilievo è l'interesse generale relativo alla protezione dell'ambiente e del territorio.

Occorre tuttavia avvertire che, in talune sentenze in materie di stabilimento, la Corte sembra richiedere una **condizione aggiuntiva**. In particolare, la Corte ha talvolta giudicato che, perché si possa parlare di restrizione al diritto di stabilimento ai sensi dell'art.49, la normativa indistintamente applicabile deve pregiudicare l'**accesso al mercato** per gli operatori economici di altri Stati membri.

La circostanza che il test utilizzato per valutare normative nazionali indistintamente applicabili sia lo stesso tanto in materia di diritto di stabilimento quanto nel settore della libera prestazione di servizi, comporta che la Corte non ritiene più necessario accertare di volta in volta se il caso in esame riguardi un'ipotesi di restrizione dell'una o dell'altra libertà. Pertanto, numerose delle sentenze citate in questo paragrafo, come anche in quello precedente, si riferiscono cumulativamente agli artt.49 e 56.

La prassi in esame è criticabile. In realtà, sebbene i test Webb e Gebhard siano strutturati in maniera simile, essi andrebbero applicati in maniera differente a seconda che il caso riguardi un operatore stabilito o agente in libera prestazione.

Infatti, nel primo caso la pretesa dello Stato di stabilimento affinché la propria normativa indistintamente applicabile sia rispettata dovrebbe essere ammessa in misura più ampia che nel secondo caso. Il soggetto che si stabilisce in un determinato Stato membro non è infatti sottoposto ad altra disciplina che quello dello Stato in cui sceglie di stabilirsi e non dovrebbe, di norma, esserne esentato.

Il soggetto libero prestatore invece, essendo già tenuto a rispettare la disciplina che regola l'accesso e l'esercizio dell'attività in questione nel suo Stato di stabilimento (home country), non dovrebbe, di norma, essere sottoposto anche alla disciplina dello Stato della prestazione (host country). Sarebbe pertanto giusto che la Corte precisasse di volta in volta in che misura la normativa nazionale in esame costituisca una restrizione alla sola libera prestazione dei servizi o anche al diritto di stabilimento.

7.6. Anche riguardo all'art.45, la giurisprudenza è pervenuta alla conclusione che tale norma vieta anche le disposizioni di uno Stato membro che, pur se "si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati", ostacolano l'esercizio della libera circolazione di tali soggetti.

7.7. Come si è visto, i test utilizzati dalla Corte sono sostanzialmente identici. Essi presentano, inoltre, fortissime analogie con il test applicato dalla Corte per valutare se normative indistintamente applicabili tanto alle merci nazionali quanto a quelle importate costituiscano misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative (test Cassis). Come si vedrà, un test del tutto simile viene praticato dalla giurisprudenza anche in materia di restrizioni alla libera circolazione dei capitali (Cap. V, par.2.4).

È lecito, pertanto, parlare di **approccio globale** utilizzabile per qualificare come ostacoli alle libertà di circolazione in generale quelli derivanti da normative indistintamente applicabili.

La globalità dell'approccio seguito dalla Corte non ha escluso in passato la presenza di varianti di una certa importanza. In particolare, per quanto riguarda la giurisprudenza in materia di libera circolazione delle merci, la Corte ha manifestato la volontà di trovare un atteggiamento più articolato e duttile di quanto non sia avvenuto riguardo alle altre libertà.

Una prima variante ha riguardato il **campo d'applicazione** della nozione stessa di restrizione o ostacolo alla circolazione. La Corte ha infatti ritenuto di dover limitare la portata del test Cassis e della giurisprudenza delle "esigenze imperative" in maniera da escluderne le norme relative alle modalità di vendita dei prodotti. A partire dalla sentenza *Keck* (1993), infatti, la verifica della compatibilità di norme del genere con l'art.34 si effettua in base a criteri speciali e notevolmente diversi rispetto a quelli derivanti dalla giurisprudenza delle c.d. esigenze imperative (**test Keck**).

Con riferimento alle norme relative all'accesso e all'esercizio delle attività autonome e al loro impatto sulla libera prestazione e sul diritto di stabilimento, invece, la Corte applica il test Webb e il test Gebhard senza distinguere a seconda del tipo di norma.

Un'altra differenza si riscontra per quanto riguarda l'atteggiamento relativo alle **normative dello Stato di produzione** rispettivamente della merce e del servizio.

Si ricorderà come la Corte abbia costantemente escluso che il divieto di misure d'effetto equivalente all'esportazione (art.35) potesse estendersi a normative tecniche in vigore nello Stato membro di produzione, purché queste fossero indistintamente applicabili tanto ai prodotti destinati al mercato interno di questo Stato, quanto a quelli destinati all'esportazione in altri Stati membri.

Dalla *sentenza Alpine Investments* (1995) si deduce invece che la normativa in vigore nello Stato di produzione (*rectius* prestazione) del servizio (coincidente nel caso di specie con lo Stato dello stabilimento), benché applicabile senza distinzioni a servizi resi sul mercato interno dello Stato in questione e a servizi resi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, potrebbe costituire una restrizione alla libera prestazione di servizi vietata dall'art.56 qualora impedisca o pregiudichi l'accesso al mercato dei servizi dello Stato del destinatario della prestazione.

8. La "direttiva servizi".

8.1. Occorre occuparci della **dir.2006/ 123/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai servizi nel mercato interno, nota anche come **direttiva servizi**.

In questa sede, è interessante verificare se e in che misura la disciplina contenuta nella direttiva consente di raggiungere un grado di liberalizzazione maggiore rispetto ai risultati conseguiti dalla giurisprudenza in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi descritta nei paragrafi precedenti. L'esame che segue pertanto sarà incentrato soprattutto sulle disposizioni che riguardano più direttamente il diritto di stabilimento (Capo III) e la libera prestazione dei servizi (Capo IV).

La dir. costituisce un esempio ambizioso di **direttiva orizzontale**. Essa è infatti rivolta a disciplinare il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi in maniera orizzontale, prevedendo una disciplina applicabile a tutti i settori di attività, salvo quelli espressamente esclusi dall'art.2.

Si tratta inoltre di una **direttiva di codificazione**, in quanto riprende e sviluppa molti dei principi già affermati in materia dalla giurisprudenza. Il suo obiettivo però è molto ampio e tocca aspetti che non sono mai stati oggetto di pronunce della Corte. Secondo l'art.1, par.1, infatti la dir., oltre a stabilire "*le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi*", mira anche ad assicurare "*un elevato livello di qualità dei servizi stessi*". Per assicurare questo obiettivo, la dir. intro duce norme che impongono agli Stati membri di effettuare un completo riordino delle disposizioni nazionali che riguardano l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi.

8.2. Il Capo III è dedicato alla "Libertà di stabilimento dei prestatori" ed è rivolto a facilitare l'esercizio del **diritto di stabilimento** ai sensi dell'art.49.

In realtà le norme contenute nel Capo III si occupano solo di due profili:

1. i **regimi di autorizzazione** (Sezione I), intesi come "*qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio*";
2. i **requisiti** (Sezione II), intesi come "*qualsiasi obbligo, divieto o condizione*" imposto da qualsiasi fonte a chiunque voglia accedere o esercitare una determinata attività di servizi.

La dir. pone dei limiti molto gravosi al potere degli Stati membri di prevedere regimi o imporre requisiti del genere. Per valutarne l'importanza occorre però distinguere tra:

- a) prestatori che intendono stabilirsi in uno Stato membro diverso dal proprio, esercitando così la libertà prevista dall'art.49 TFUE;
- b) prestatori che intendono accedere e esercitare un'attività di servizi nel proprio Stato membro d'origine.

Per quanto riguarda i soggetti rientranti nella prima categoria, i limiti che la dir. prevede in materia di regimi di autorizzazioni e di requisiti potevano già dedursi dallo stesso art.49 e dalla giurisprudenza della Corte. Per tali soggetti, quindi, il valore aggiunto delle prescrizioni della dir. consiste solo nell'aver tradotto in norme scritte e nell'aver

dettagliato principi che, proprio per essersi affermati attraverso singole pronunce giurisprudenziali, difettavano di conoscibilità e di sistematicità.

Occorre però riconoscere che alcune prescrizioni contenute nel Capo III anticipano sviluppi ai quali la giurisprudenza non era ancora pervenuta all'epoca della adozione della dir. Come esempio si può citare l'art.14, par.5, che riguarda le attività per le quali l'accesso e l'esercizio sono subordinati ad una preventiva valutazione circa l'esistenza di un bisogno economico o una domanda di mercato. In virtù dell'art.14, par.5, valutazioni del genere costituiscono "requisiti vietati" salvo che si tratti di "requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici ma che sono dettati da motivi imperativi di interesse generale".

Un altro progresso risulta dalla sentenza *Rina Service* (2015). In tale occasione la Corte chiarisce che i "Requisiti vietati" di cui all'art.14 (in particolare quelli discriminatori, in quanto "fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale") sono vietati in termini assoluti e gli Stati membri, per mantenere o introdurre requisiti del genere nella propria legislazione, non possono invocare i motivi di cui all'art.52 TFUE. Prima della direttiva, invece tali motivi potevano essere invocati anche rispetto a misure discriminatorie.

L'importanza delle norme del Capo III potrebbe essere invece ben maggiore per i soggetti che siano già stabiliti nello Stato membro in causa e che quindi, secondo l'impostazione seguita dalla Corte, non esercitano il diritto di stabilimento ai sensi dell'art.49, ma ricadono in **situazioni puramente interne**. Le norme del Capo III sembrano infatti essere redatte in modo da applicarsi a chiunque intenda accedere o esercitare un'attività di servizi.

Ne consegue che anche soggetti che intendono accedere e esercitare nel proprio Stato membro d'origine un'attività di servizi che in tale Stato sia subordinata ad un regime di autorizzazione o a requisiti potrebbero avvalersi della dir. per sostenere che il regime d'autorizzazione nel suo insieme, oppure la limitazione temporale della durata di validità dell'autorizzazione o ancora i requisiti previsti dalla legislazione del proprio Stato membro non sono giustificati da un motivo imperativo di interesse generale o sono sproporzionati.

Proprio in ragione della portata generale delle sue norme in materia di diritto di stabilimento, potrebbe dirsi che la dir. ha un effetto di forte **liberalizzazione nel settore dei servizi**.

Il punto però non è ancora stato chiarito dalla giurisprudenza.

8.3. Il Capo IV è dedicato alla "*libera prestazione di servizi e deroghe relative*". Esso si apre con la Sezione I, rubricata "*Libera prestazione di servizi*", che disciplina l'istituto nella prospettiva del prestatore, mentre la Sezione II ha ad oggetto i "*Diritti dei destinatari di servizi*".

A differenza della maggior parte delle disposizioni del Capo III sul diritto di stabilimento, gli articoli della dir. concernenti la libera prestazione di servizi non hanno per loro stessa natura portata generale ma si riferiscono solo a **situazioni transfrontaliere** in cui il prestatore o il destinatario sono stabiliti in uno Stato membro diverso da quello della prestazione. Da tali norme, pertanto, non discende un effetto di liberalizzazione del settore dei servizi in generale, ma solo limitatamente alle situazioni che implicano un movimento del prestatore o del destinatario del servizio.

In questo ambito ristretto, tuttavia, la dir. contiene disposizioni che hanno un contenuto innovativo rispetto ai risultati finora raggiunti dalla giurisprudenza.

In particolare, l'attenzione va richiamata sull'art.16, par.1, che costituisce una norma chiave nell'economia dell'intera dir. I commi 1° e 2° sembrano limitarsi a ribadire obblighi a carico degli Stati membri già contenuti nello stesso art.56 TFUE: l'obbligo di rispettare il diritto dei soggetti stabiliti in un altro Stato membro di esercitare sul proprio territorio attività di servizi e l'obbligo di permettere il libero accesso e esercizio a tali attività sul proprio territorio da parte di tali soggetti.

Invece, la norma corrispondente della proposta della Commissione stabiliva che "*gli Stati membri provvedono affinché i prestatori di servizi siano soggetti solo alle disposizioni nazionali dello Stato membro d'origine applicato nell'ambito regolamentato*". Veniva così eretto a regola generale il principio della sottoposizione del prestatore di servizi alle legge dell'**home country**, secondo una filosofia presente in giurisprudenza a partire dalla sentenza *Webb*, ma mai affermata in termini così espliciti e generali.

Il principio della legge dell'**home country** è stato poi abbandonato soprattutto per volontà del Parlamento europeo nel corso dei lavori per l'approvazione della dir.

Un grande passo in avanti è invece contenuto nel **3° comma dell'art.16**. La norma ammette che gli Stati membri possano subordinare l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi a requisiti, purché siano rispettate le seguenti condizioni:

- a) non discriminazione;
- b) necessità;
- c) proporzionalità.

La novità sta nella seconda condizione: “i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela di salute pubblica”.

Come si vede, rispetto a altre norme della dir. in materia di diritto di stabilimento e alla stessa giurisprudenza della Corte, che ammettono limitazioni giustificate genericamente da motivi imperativi di ordine generale, l'art 16, par.1, 3° comma, è molto più restrittivo. Esso ammette solo quattro ragioni, nominativamente elencate, in grado di giustificare l'imposizione al libero prestatore di norme dello Stato membro della prestazione (*host country*): l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la salute pubblica e la tutela dell'ambiente.

Circa i **destinatari di servizi**, che beneficiano anch'essi della libera prestazione dei servizi, vanno ricordati gli artt.19 e 20, entrambi ispirati al principio di non-discriminazione.

- L'art.19 riguarda la protezione del destinatario da ostacoli discriminatori eretti dal suo Stato di stabilimento del destinatario che voglia utilizzare un servizio fornito in un altro Stato membro. Al primo Stato è vietato imporre norme che richiedano in questi casi un'autorizzazione delle autorità competenti e quelle che impongono limiti discriminatori alla concessione di aiuti finanziari in relazione al luogo di stabilimento del prestatore.
- L'art.20 invece ha ad oggetto la protezione del destinatario del servizio dalle discriminazioni che potrebbe subire da parte dello Stato membro della prestazione. Sono perciò vietati i “requisiti discriminatori fondati sulla nazionalità o sul luogo di residenza” così come le “condizioni generali di accesso a un servizio” disponibile al “grande pubblico” che prevedano “condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario”, salvo, in questo secondo caso, che la differenza di condizioni d'accesso siano “direttamente giustificate da criteri oggettivi”.

9. Il riconoscimento delle qualifiche professionali.

9.1. Ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi ma anche della libertà di circolazione dei lavoratori subordinati, è essenziale che le qualifiche professionali possedute da un soggetto possano valere in tutti gli Stati membri. Se ciò non fosse, la possibilità di esercitare una determinata attività indipendente o di lavoro subordinato sarebbe inevitabilmente limitata al territorio dello Stato membro ove il soggetto ha acquisito le proprie qualifiche.

L'**art.53, par.1, TFUE** prevede pertanto che le istituzioni adottino, secondo la procedura legislativa ordinaria, direttive aventi per oggetto il “**reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli**”.

9.2. Il ritardo con cui tali direttive sono state adottate e la incompletezza della loro portata ha spinto la Corte ad interrogarsi sul se il riconoscimento delle qualifiche professionali non costituisca l'oggetto di un **obbligo derivante direttamente dal TFUE** e, in particolare, dalle norme che prescrivono l'eliminazione delle restrizioni e degli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi. Se così fosse, infatti, gli interessati potrebbero pretendere il riconoscimento da parte degli Stati membri in cui intendono esercitare la libera circolazione, avvalendosi della diretta efficacia degli artt.45, 49 e 56.

Una prima risposta affermativa alla questione del se esista un obbligo di **riconoscimento in mancanza di direttive applicabili** è venuta da alcune sentenze risalenti nel tempo. Secondo queste prime pronunce, gli Stati membri, pur in mancanza di direttive applicabili al caso di specie, sono tenuti a concedere ai cittadini di altri Stati membri, che intendano esercitare, ad es., il diritto di stabilimento, il riconoscimento dei diplomi acquisiti in altri Stati membri, tutte le volte che ciò risulti possibile in applicazione di norme nazionali: le norme nazionali in materia di riconoscimento di diplomi stranieri, infatti, dovevano essere interpretate ed applicate dalle autorità nazionali in conformità con gli obiettivi del TFUE, in ossequio all'obbligo di cooperazione di cui all'art.4, par.3, TUE [sentenze *Thieffry (1977)* e *Patrick (1977)*].

La Corte afferma che “la libertà di stabilimento, nel rispetto delle norme professionali giustificate dal pubblico interesse, fa parte delle finalità del trattato” e che “nel caso in cui lo stesso trattato non vi abbia già provveduto espressamente, le finalità di cui sopra possono essere conseguite mediante provvedimenti emanati dagli Stati membri” in forza dell'obbligo di cooperazione. Di conseguenza, “se la libertà di stabilimento contemplata dall'art.49 TFUE può venir garantita in uno Stato membro in forza vuoi delle disposizioni legislative e regolamentari vigenti, vuoi della prassi dell'amministrazione pubblica e delle organizzazioni di categoria, non si può impedire il godimento effettivo di tale libertà a chi rientra nella sfera d'applicazione del diritto comunitario per il solo fatto che, per una determinata professione, non sono state ancora adottate le direttive contemplate dall'art.53 del trattato”.

La portata di questa prima risposta era tuttavia incerta, dal momento che essa sembrava far dipendere l'esistenza in capo agli Stati membri di un obbligo di riconoscimento dalla presenza di norme nazionali che consentano un tale risultato.

9.3. Successivamente, la Corte ha assunto una posizione meno cauta e ha chiarito che l'obbligo di riconoscimento in mancanza di direttive discende direttamente dal TFUE, articolando in maniera molto dettagliata gli adempimenti che tale obbligo comporta per gli Stati membri.

In particolare, nella **sentenza Vlassopoulou** (1991) si afferma che uno Stato membro, il quale subordini l'accesso ad una determinata attività al possesso di un diploma o di una qualifica professionale, è tenuto, in forza del solo art.49, a "prendere in considerazione i diplomi, i certificati e gli altri titoli che l'interessato ha acquisito ai fini dell'esercizio della medesima professione in un altro Stato membro, procedendo ad un raffronto tra le competenze attestate da questi diplomi e le conoscenze e qualifiche richieste dalle norme nazionali" (punto 16).

La Corte ricorda i precedenti delle sentenze Thieffry e Patrick e dice: "Si deve constatare che requisiti nazionali di qualificazione, anche se applicati senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, possono produrre l'effetto di frapporre ostacoli all'esercizio, da parte di cittadini di altri Stati membri, del diritto di stabilimento loro garantito dall'art.52 del Trattato (ora art.49 TFUE). Tale potrebbe essere il caso se le norme nazionali considerate facessero astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dal l'interessato in un altro Stato membro. Ne consegue che spetta allo Stato membro, al quale è stata presentata la domanda di autorizzazione all'esercizio di una professione il cui accesso è, secondo la normativa nazionale, subordinato al possesso di un diploma o di una qualifica professionale, prendere in considerazione i diplomi, i certificati e gli altri titoli che l'interessato ha acquisito ai fini dell'esercizio della medesima professione in un altro Stato membro procedendo ad un raffronto tra le competenze attestate da questi diplomi e le conoscenze e qualifiche richieste dalle norme nazionali. Questa procedura di valutazione deve consentire alle autorità dello Stato membro ospitante di assicurarsi obiettivamente che il diploma straniero attesti da parte del suo titolare il possesso di conoscenze e di qualifiche, se non identiche, quantomeno equivalenti a quelle attestate dal diploma nazionale".

La descritta giurisprudenza mantiene il suo valore ancora oggi, nonostante che sia ormai da tempo in vigore un complesso sistema di direttive in materia di riconoscimento. Sopravvivono infatti ancora **casi non disciplinati da alcuna direttiva**, nei quali il riconoscimento può avvenire solo invocando l'art.49 o le altre norme in materia di libera circolazione.

Un'ipotesi del genere si pone per le **professioni non regolamentate**, cioè per le professioni il cui accesso ed esercizio in uno Stato membro non siano disciplinati da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che li riservino alle persone in possesso di determinate qualifiche professionali. Infatti, solo le professioni regolamentate rientrano nel campo d'applicazione delle direttive adottate ai sensi dell'art.53.

9.4. Nel corso degli anni, sono state emanate numerose direttive per il riconoscimento. Al giorno d'oggi l'intera disciplina della materia è racchiusa nella dir.2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, **relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali**, nota anche come **direttiva qualifiche professionali**, modificata dalla dir.2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tra le novità di maggior rilievo introdotte dalla dir.2013/55, va menzionata la **tessera professionale europea**: si tratta di "un certificato elettronico attestante o che il professionista ha soddisfatto tutte le condizioni necessarie per fornire servizi, su base temporanea e occasionale, in uno Stato membro ospitante o il riconoscimento delle qualifiche professionali ai fini dello stabilimento in uno Stato membro ospitante". Essa serve per facilitare l'esercizio dell'attività professionale a titolo di liberà di prestazione di servizi o a titolo di stabilimento.

Un'altra novità è costituita dalla possibilità di ottenere il **riconoscimento di un tirocinio professionale** svolto presso uno Stato diverso dal proprio, quando sia necessario per l'accesso ad una professione.

La dir. distingue i casi in cui la persona in possesso di una qualifica professionale ottenuta in uno Stato membro intenda avvalersi di tale qualifica per operare in un altro Stato membro in regime di libera prestazione di servizi da quelli in cui una tale persona intenda stabilirsi in un altro Stato membro.

In caso di semplice **libera prestazione di servizi**, la dir., innovando rispetto al passato, non richiede più un vero e proprio riconoscimento. La regola generale è infatti che "gli Stati membri non possono limitare, per ragioni attinenti alle qualifiche professionali, la libera prestazione di servizi in un altro Stato membro se il prestatore è legalmente stabilito in uno Stato membro per esercitare la stessa professione".

Il libero prestatore, tuttavia, deve inviare alle competenti autorità dello Stato membro in cui intende esercitare una dichiarazione preventiva, con allegati i documenti che comprovano il suo diritto. Dopo la presentazione l'attività può senz'altro essere iniziata, salvo che sia previ sto diversamente.

9.5. Per il caso in cui la persona interessata intenda invece esercitare la **libertà di stabilimento** in un altro Stato membro come lavoratore subordinato o autonomo, la dir. prevede tre diversi **regimi di riconoscimento** (Titolo III):

- il regime generale (Capo I);
- il riconoscimento dell'esperienza professionale (Capo II);
- il riconoscimento in base al coordinamento delle condizioni minime di formazione (Capo III).

Il **primo regime (regime generale di riconoscimento)** ha, appunto, portata generale: si applica a tutti i diplomi per i quali non sia applicabile un altro sistema di riconoscimento disciplinato dalla direttiva.

Il regime generale però è quello di più recente introduzione nella legislazione dell'Unione.

L'idea su cui il regime generale si fonda è che, anche laddove non siano ancora intervenute direttive d'armonizzazione specifiche, il livello e la durata della formazione alla quale è subordinato l'accesso alle professioni e il loro esercizio sono sostanzialmente equivalenti nei vari Stati membri. Di conseguenza, e salvo le eccezioni che la direttiva stessa disciplina, lo Stato membro che subordina l'accesso ad una determinata professione al possesso di determinate qualifiche professionali (**professione regolamentata**), deve permettere l'accesso e l'esercizio di tale professione al cittadino di un altro Stato membro, quando questi sia titolare dell'attestato di competenza o del titolo di formazione prescritto da un altro Stato membro per accedere alla medesima professione e per esercitarla sul suo territorio.

Si tratta di un **riconoscimento non automatico**, in quanto subordinato ad una verifica da parte delle autorità dello Stato ospitante.

La verifica mira ad accertare che l'attestato di competenza o le qualifiche professionali siano state rilasciate dalle autorità competenti di uno Stato membro e che il livello di qualifica conseguito sia equivalente ad almeno il livello immediatamente anteriore rispetto a quello richiesto nello Stato ospitante in base alla classificazione dei livelli di qualifica professionale di cui all'art.11 (basati essenzialmente sulla durata).

La verifica può servire anche a disporre **provvedimenti di compensazione**, quando, considerata le differenze tra le qualifiche possedute e quelle richieste nello Stato ospitante, è necessario imporre delle condizioni finalizzate a colmare tali differenze. Per casi del genere, è prevista la possibilità di un **accesso parziale**, cioè solo ad alcune delle attività che, secondo lo Stato ospitante, rientrerebbero nella qualifica professionale.

9.6. Il secondo regime è definito come **riconoscimento dell'esperienza professionale**. Esso riguarda le attività di carattere, per lo più, industriale, commerciale e artigianale, che figurano in tre elenchi contenuti nell'Allegato IV. Si tratta di attività il cui accesso o esercizio è subordinato, in uno Stato membro, al "*possesso di conoscenze e competenze generali, commerciali o professionali*". In questi casi lo Stato membro "*riconosce come prova sufficiente di tali conoscenze e competenze l'aver esercitato l'attività considerata in un altro Stato membro*". Il riconoscimento ha ad oggetto, pertanto, più che la qualifica in quanto titolo, l'esperienza maturata nell'esercizio dell'attività in un altro Stato.

La durata dell'esperienza richiesta e le altre condizioni variano a seconda dell'elenco in cui la professione figura e sono specificate negli artt.17-19.

9.7. Il terzo e ultimo regime è il **riconoscimento in base al coordinamento delle condizioni minime di formazione**. Il regime è applicabile ad un numero ristretto di professioni, prevalentemente di natura sanitaria: medici, infermieri responsabili dell'assistenza generale, dentisti, veterinari, ostetriche, farmacisti e, solo caso di professione non sanitaria, architetti.

In relazione a ciascuna di tali professioni in passato erano state emanate delle **direttive settoriali**. Le direttive si occupavano anzitutto di armonizzare le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in vigore nei vari Stati in merito all'accesso e all'esercizio della professione in questione, in particolare per quanto riguarda i contenuti minimi che il percorso formativo doveva avere. Sul presupposto di tale armonizzazione, le direttive avevano potuto prevedere l'obbligo per gli Stati membri di concedere il riconoscimento automatico delle qualifiche conseguite in un altro Stato membro.

Ai sensi dell'art.21, "*ogni Stato membro riconosce i titoli di formazione che danno accesso*" alle professioni di cui sopra che siano "*conformi alle condizioni minime di formazione*" specificate negli articoli seguenti e "*attribuisce loro, ai fini dell'accesso alle attività professionali, e del loro esercizio, gli stessi effetti sul suo territorio che hanno i titoli di formazione che esso rilascia*".

A differenza del regime generale di riconoscimento, il regime in esame non richiede la verifica della corrispondenza dei titoli e delle qualifiche, ma prevede il **riconoscimento automatico** degli stessi.

9.8. Quale che sia il regime di riconoscimento applicabile, la persona interessata ad esercitare la libertà di stabilimento deve sottoporsi ad una **procedura di riconoscimento** delle proprie qualifiche professionali. La dir. prevede in proposito solo alcune regole comuni.

In particolare, l'art. 51 prevede delle **garanzie procedurali** a favore del richiedente.

L'autorità competente deve accusare ricevuta della documentazione depositata entro un mese dal ricevimento e completare la procedura di riconoscimento entro tre mesi. È previsto il diritto a proporre un ricorso giurisdizionale contro la decisione dell'autorità competente o contro la mancata adozione di una tale decisione.

Il titolare di una qualifica professionale che sia stata oggetto di riconoscimento ha il diritto di usare il medesimo **titolo professionale** che viene utilizzato nello Stato membro di stabilimento (art.52).

L'art.53 ha ad oggetto la delicata questione dei **requisiti linguistici**: *"I professionisti che beneficiano del riconoscimento delle qualifiche professionali possiedono la conoscenza delle lingue necessaria all'esercizio della professione nello Stato membro ospitante"*.

Dubbio è se l'articolo possa applicarsi anche in caso di semplice prestazione di servizi. Essendo collocato nel Titolo IV, l'art.53, come anche l'art.54, dovrebbe valere tanto in caso di stabilimento quanto in caso di libera prestazione. Tuttavia, il testo, riferendosi a *"i beneficiari del riconoscimento delle qualifiche professionali"*, sembrerebbe volersi applicare solo in caso di libertà di stabilimento, non essendo il riconoscimento necessario per il prestatore non stabilito.

9.9. Sofferamoci sul caso del riconoscimento delle qualifiche professionali degli **avvocati**. Si tratta infatti di un settore in cui si sono incontrate difficoltà notevoli, che hanno giustificato soluzioni specifiche.

Per il riconoscimento del titolo di avvocato sono previste due diverse strade.

1. La prima consiste nel seguire il **regime generale di riconoscimento** previsto dalla dir.2005/36/CE. La professione di avvocato non rientra infatti tra quelle regolate dai Capi II o III del Titolo II. Il riconoscimento delle relative qualifiche può avvenire pertanto solo secondo il regime generale.

Considerato il contenuto della formazione per accedere alla professione di avvocato, è inevitabile che, in questi casi, trovi applicazione l'art.14, par.3. Per le *"professioni il cui esercizio richiede una conoscenza precisa del diritto nazionale e nelle quali la prestazione di consulenza e/o assistenza in materia di diritto nazionale costituisce un elemento essenziale e costante dell'attività professionale"*, l'art. cit. prevede che la scelta tra il tirocinio di adattamento o il superamento di una prova attitudinale sia riservata, non all'interessato, ma allo Stato membro del riconoscimento.

2. In alternativa, c'è una seconda strada per ottenere il riconoscimento. Secondo la dir.98/5/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, *volta a facilitare l'esercizio per manente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica*, l'avvocato che intende esercitare in uno Stato membro diverso da quello nel quale ha acquisito la qualifica professionale può farlo stabilmente, facendo tuttavia uso del proprio titolo professionale di origine espresso nella lingua o in una delle lingue ufficiali dello Stato membro d'origine.

Dopo un periodo di tre anni, in cui dà prova di aver esercitato un'attività effettiva e permanente riguardante il diritto dello Stato membro ospitante, il professionista acquisisce il diritto ad esercitare nello Stato membro ospitante con il titolo di quello stesso Stato. L'aspetto più interessante di questa seconda strada è che, in questo caso, non è necessario superare la prova attitudinale prevista dalla dir.2005/36/CE.

CAPITOLO 5 - LA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI CAPITALI E DEI PAGAMENTI

1. Quadro normativo.

1.1. Alla **libertà di circolazione dei capitali e dei pagamenti** il TFUE dedica il Capo 4, del Titolo IV, della Parte III, composto dagli **artt. da 63 a 66**.

Il Capo 4 presenta una struttura abbastanza semplice. In apertura figura la disposizione più importante, l'**art.63**, diviso in due paragrafi:

1. *"Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo, sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi."*
2. *Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi"*.

Seguono gli artt. da 64 a 66, ciascuno dei quali prevede alcune possibilità di deroga rispetto al divieto dell'art.63. Di queste, la più importante è quella contenuta nell'**art.65**, che è l'unica a riguardare la circolazione di capitali e pagamenti tra Stati membri oltre che quelli tra Stati membri e Paesi terzi. Gli **artt.64 e 66**, invece, hanno un campo di applicazione più ristretto: si applicano solo ai movimenti di capitali tra Stati membri e Paesi terzi.

Tutti e tre gli articoli prevedono basi giuridiche che consentono alle istituzioni di adottare atti legislativi o misure di natura non legislativa nel quadro del regime derogatorio da esse stabilito.

1.2. La Corte ha affermato che il divieto di restrizioni al movimento dei capitali tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi, previsto dall'art.63, par. 1, nonostante le possibilità di deroga previste dagli artt.64 e 65, "può essere invocato dinanzi al giudice nazionale e determinare l'inapplicabilità delle norme nazionali in contrasto con esso". Si tratta quindi di una norma dotata di **efficacia diretta**.

2. Il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali e ai pagamenti.

2.1. Come si è visto, l'art.63 stabilisce un divieto di ogni restrizione ai movimenti di capitali e pagamenti non solo tra Stati membri, ma anche tra Stati membri e Paesi terzi. La norma si riferisce tanto ai "**movimenti di capitali**" quanto ai "**pagamenti**". La distinzione tra le due categorie, rilevante in passato, in ragione della differente disciplina, ha perso ora importanza, posto che ogni differenza è venuta meno e che, per entrambi gli aspetti, il divieto di restrizioni costituisce una norma direttamente efficace.

Va comunque ricordato che in passato la Corte aveva definito i **pagamenti** come "*trasferimenti di valuta che costituiscono una controprestazione nell'ambito di un negozio sottostante*" e i **movimenti di capitali** come "*operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento di cui trattasi e non il corrispettivo di una prestazione*".

2.2. Per quanto riguarda in particolare la **nozione di movimenti di capitali**, un utile riferimento è dato dalla nomenclatura contenuta nell'**allegato I alla dir.88/361**. Benché tale nomenclatura sia stata adottata prima dell'entrata in vigore dell'attuale art.63 e abbia valore puramente indicativo, la Corte vi ha fatto riferimento anche successivamente.

Secondo la giurisprudenza, costituiscono movimenti di capitali, ad es., l'investimento diretto effettuato da un soggetto residente in uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, l'investimento in azioni di società di capitali aventi sede in Stati membri diversi dal proprio, la cessione di quote di società con sede in uno Stato membro da parte di un socio non residente in quello Stato ad un soggetto ivi residente, l'acquisto di titoli obbligazionari emessi all'estero, gli investimenti immobiliari, in particolare l'acquisto di proprietà immobiliari, nel territorio di un altro Stato membro, l'iscrizione di un'ipoteca su un bene immobile sito in uno Stato membro a garanzia di un mutuo acceso in un altro Stato membro, ecc.

A proposito dell'acquisizione di partecipazioni azionarie in società, la giurisprudenza riconduce al campo d'applicazione dell'art.63 sia gli **investimenti diretti** "*sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consente di partecipare effettivamente alla sua gestione*", sia i c.d. **investimenti di portafoglio**, intesi come "*acquisto dei titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario senza intenzione di incidere sulla gestione e sul controllo dell'impresa*".

2.3. Per quanto riguarda la **nozione di restrizione** ai movimenti di capitali, la Corte non ha mai fornito una definizione in termini generali di cosa sia una "restrizione". Pertanto, in materia di capitali, non esiste nulla di analogo alla formula *Dassonville*. La Corte si è invece limitata a decidere caso per caso se sussistesse o meno una restrizione.

Inizialmente la Corte si è trovata a sanzionare come contrarie all'art.63 **normative** nazionali considerate restrittive in quanto **discriminatorie**.

Si tratta di normative che vietano del tutto (o subordinano a condizioni restrittive) determinate operazioni allorché siano presenti elementi di **transnazionalità**, mentre le medesime operazioni, se puramente interne allo Stato membro in questione, sono permesse o sono sottoposte a condizioni meno restrittive o più favorevoli. Talora la discriminazione è legata alla circostanza che l'operazione è effettuata da soggetti non residenti (**discriminazioni ai danni di investitori non residenti**). Altre volte la discriminazione dipende dal fatto che l'investimento avviene in territorio straniero o a favore di soggetti non residenti (**discriminazioni ai danni di investimenti in altri Stati membri**).

1. Come casi del primo tipo possono citarsi il divieto di acquisto di residenze secondarie da parte di cittadini di altri Stati membri previsto dalla legislazione austriaca; la necessità di ottenere un'autorizzazione preventiva perché soggetti residenti in altri Stati membri possano effettuare investimenti diretti nel territorio nazionale.
2. Come casi di discriminazione a danno degli investimenti in altri Stati membri possono citarsi: il divieto per i soggetti residenti di acquistare obbligazioni emesse all'estero; la sottoposizione a tassazione diretta dei dividendi percepiti per partecipazioni azionarie in società di altri Stati membri, mentre i dividendi da partecipazioni in società nazionali sono esenti; la concessione di un abbattimento del reddito imponibile a persone fisiche per l'acquisto di azioni o di quote societarie rappresentative di conferimenti di denaro in società di capitali soltanto se aventi sede nel territorio nazionale; ecc.

Talora la Corte ha utilizzato nel contesto della libera circolazione dei capitali anche la nozione di **discriminazione indiretta**. Anche nel campo della libera circolazione dei capitali, le discriminazioni indirette non sono vietate in assoluto, ma solo se non possono essere giustificate da motivi obiettivi di interesse generale e non discriminatori.

2.4. Recentemente, la Corte ha avuto occasione di interrogarsi sul se normative nazionali che sottopongono a condizioni limitative determinate forme di investimento possano essere considerate come restrizioni ai movimenti di capitali, nonostante che si applichino a qualunque investitore, senza distinzioni legate alla nazionalità o alla residenza. Si trattava perciò di stabilire se il divieto di cui all'art.63 si estende anche alle **normative indistintamente applicabili** (c.d. **approccio globale**).

La Corte ha affermato che "*l'art. 63 TFUE vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri. Tale divieto va oltre l'eliminazione di una disparità di trattamento tra gli operatori sui mercati finanziari in base alla loro cittadinanza*".

Anche nel campo della libera circolazione dei capitali e conformemente all'approccio globale seguito per le altre libertà di circolazione, la Corte ha tuttavia ritenuto che le restrizioni derivanti da normative indistintamente applicabili possono sfuggire al divieto di cui all'art.63 se giustificate da **ragioni imperative di interesse pubblico** e sempre che sia rispettato il **principio di proporzionalità**.

Nella sentenza Commissione c. Portogallo (2002), la Corte ha infatti affermato che *"la libera circolazione dei capitali, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata da una normativa nazionale solo se quest'ultima sia giustificata da motivi previsti all'art.65, par.1, TFUE o da ragioni imperative di interesse pubblico e che si applichino ad ogni persona o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato membro ospitante. Inoltre, per essere così giustificata, la normativa nazionale deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo, al fine di soddisfare il criterio di proporzionalità"*.

Il **test** applicato dalla Corte per verificare se una normativa che introduca condizioni o limiti per l'effettuazione di taluni investimenti e sia applicabile tanto agli investitori residenti quanto a quelli non residenti, è il seguente. Perché la normativa sfugga al divieto di restrizioni ai sensi dell'art.63, par.1, essa deve:

1. essere indistintamente applicabile;
2. essere giustificata dai motivi previsti dall'art.65, par.1, o da ragioni imperative di interesse generale;
3. essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito;
4. non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo.

Le analogie con i test Cassis, Webb e Gebhard sono fortissime. Nel corso di alcune delle cause cit., è stata sostenuta la tesi secondo cui la legislazione nazionale contestata di volta in volta dalla Commissione, in quanto indistintamente applicabile, sarebbe stata da equiparare alle normative nazionali relative alle modalità di vendita dei prodotti, normative che la Corte, nella sentenza Keck, aveva considerato come non suscettibili di creare ostacoli alla libera circolazione. La tesi è stata respinta dalla Corte. La Corte argomenta così: *"nel caso di specie, se è vero che le restrizioni in questione riguardanti le operazioni di investimento sono indistintamente applicabili sia ai residenti sia ai non residenti, tuttavia si deve constatare che esse incidono sulla situazione dell'acquirente di una quota sociale in quanto tale e sono quindi idonee a dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare simili investimenti e, pertanto, condizionare l'accesso al mercato"* (punto 61). Si conferma così che una normativa nazionale indistintamente applicabile che tuttavia impedisca o ostacoli l'accesso al mercato non può godere della presunzione di liceità enunciata nella sentenza Keck.

Non è stata considerata come **restrizione alla libertà dei pagamenti**, l'art.633 del c.p.c. italiano, nel testo allora in vigore, che non permetteva l'emanazione di un decreto ingiuntivo (destinato ad ottenere pagamento di merci fornite in altro Stato membro) qualora la notificazione dello stesso dovesse avvenire fuori del territorio italiano. La Corte ha ritenuto che l'art.64, par.2, *"non è applicabile alle modalità procedurali alle quali è soggetta l'azione di un creditore diretta ad ottenere da un debitore renitente il pagamento di una somma di denaro"*.

3. Le deroghe alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti.

3.1. L'art.65, par.1, prevede alcune **deroghe** applicabili nei rapporti tanto tra Stati membri quanto tra Stati membri e Paesi terzi.

La prima (lett. a) riguarda le **disposizioni di carattere tributario** *"in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale"*.

Nell'interpretare tale deroga la Corte applica un test simile a quello già visto a proposito delle normative indistintamente applicabili. Essa esige, da un lato, che la misura sia *"applicabile a situazioni non obiettivamente comparabili"* ovvero sia *"obiettivamente giustificata da un motivo imperativo di interesse generale"*, dall'altro che sia rispettato il principio di proporzionalità.

Un'ulteriore serie di deroghe è prevista dalla lett. b. Questa fa salvo il diritto di ciascuno Stato membro di *"prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza"*.

La prima parte della norma autorizza misure per assicurare il rispetto della legislazione fiscale e prudenziale.

L'ultima parte della norma consente *"misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza"* quali le normative anticiclaggio.

È altresì previsto (par.2) che le disposizioni in tema di capitali non pregiudicano la possibilità di applicare le restrizioni al diritto di stabilimento compatibili con il Trattato.

Secondo il par.3, infine, in nessun caso le deroghe possono "costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento di capitali e dei pagamenti di cui all'art.56".

3.2. Per quanto riguarda i movimenti di capitali e i pagamenti tra **Stati membri e Paesi terzi**, l'art.64, par.1, consente di continuare ad applicare le restrizioni previste dalla legislazione di uno Stato membro o dalle disposizioni dell'Unione in vigore alla data del 31 dicembre 1993 ai movimenti che "*implichino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori immobiliari nei mercati finanziari*".

La Corte ha escluso l'applicabilità dell'art.64, par.1, a misure riguardanti l'esportazione di biglietti di banca verso Stati terzi, giudicando che "*l'esportazione materiale di mezzi di pagamento non può essere di per sé considerata un movimento di capitali che implichi investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari*".

In forza del par.2, possono essere adottate misure più liberali secondo la procedura legislativa ordinaria. Per misure più restrittive è invece prescritta una procedura legislativa speciale, con delibera del Consiglio all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo.

Sempre riguardo ai rapporti tra Stati membri e Paesi terzi, va ricordato l'art.66, il quale consente l'adozione di misure di salvaguardia per un periodo non superiore a sei mesi "*qualora, in circostanze eccezionali, i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti causino o minaccino di causare difficoltà gravi per il funzionamento dell'Unione economica e monetaria*".

Infine, si segnala l'art.60. Vi si prevede che, in circostanze eccezionali, possano essere adottate misure di salvaguardia nei confronti di Paesi terzi, qualora i movimenti di capitali provenienti da tali Paesi o ad essi diretti "*causino o minaccino di causare difficoltà gravi per il funzionamento dell'Unione economica e monetaria*".

Analoghe misure possono essere adottate in attuazione di decisioni assunte nell'ambito della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) ai sensi dell'art.215 TFUE. Si ricordi anche l'art.75 TFUE, che consente di adottare misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità non statuali.