Dottorato in Discipline giuridiche

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE

XXXII CICLO

Curriculum storico-filosofico, internazionale, sovranazionale e comparato

Tesi di Dottorato in
Diritto dell'Unione Europea

"ALLE ORIGINI DEL **MUTUO RICONOSCIMENTO,** DAL MERCATO COMUNE ALLE DECISIONI GIUDIZIARIE"

Dottorando:
Dott. Gabriel Frasca _____

Relatore:
Chiar.mo Prof. Giandonato Caggiano _____

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi _____

Anno accademico: 2018-2019

CAPITOLO PRIMO

IL MERCATO INTERNO

Sommario: **Il mercato interno-*1.* Le origini, gli scopi e le criticità di un mercato interno** – *1.1 Questioni terminologiche - 1.2 la crescita economica europea: il mercato unico - 1.3 L'evoluzione del concetto di mercato unico* **2. Mercato interno ed obiettivi comuni**- *2.1 La codificazione del mercato interno –2.2 L'unione doganale: cenni– 2.3 Il dualismo dell'integrazione nel mercato: integrazione positiva e negativa – 2.4 L'integrazione positiva- 2.5 L'integrazione negativa – 2.6 Le libertà di circolazione–2.7 Il principio di affidamento e di proporzionalità nel mercato interno – 2.8 L'intervento della Corte di giustizia – 2.9 Il giudizio di bilanciamento* **3. Il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca** – *3.1 Cenni storici– 3.2 La pronuncia sul caso Dassonville – 3.3 La pronuncia della Corte di giustizia sul caso* Cassis de Dijon – 3.4 *La giurisprudenza successiva.*

PARAGRAFO PRIMO

Le origini, gli scopi e le criticità di un mercato interno

1.1 Questioni terminologiche

Il mercato interno, oggi disciplinato dall'art. 4, par. 2, lett. a) e dagli artt. 26, 27, 114 e 115 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, prese vita dal Trattato di Roma del 1957 con il quale si iniziò a perseguire l'obiettivo di eliminare le barriere commerciali tra gli Stati membri in favore di prosperità economica e aumento del prodotto interno lordo. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, esso viene indifferentemente chiamato anche "mercato unico" o "mercato comune".

Va però detto che, nonostante il ruolo centrale da esso ricoperto, nessuno dei Trattati istitutivi delle tre Comunità, conteneva una sua definizione. Ciò era spiegato dal fatto che il mercato rappresentava, all'epoca, un obiettivo e non,

piuttosto, una nozione[1]. Un importante passo avanti in tal senso venne spiegato, ancora una volta, dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Schul*[2]*;* la giurisprudenza citata, senza preoccuparsi di "questioni terminologiche", chiariva però che per *mercato interno* dovesse intendersi il mercato tipico dello Stato nazionale, alludendo, quindi, ad una unificazione del territorio europeo. Esso, era, appunto, un obiettivo (in parte, oggi, raggiunto). Secondo parte della dottrina, infatti, l'aggettivo "interno" avrebbe un'accezione territoriale[3]ovvero rappresenterebbe una sorta di riproduzione in larga scala del mercato tipico degli Stati nazionali.

Il suo raggiungimento veniva assicurato da specifici strumenti quali le regole sulla libertà di circolazione[4] e quelle sugli aiuti di Stato e sulla concorrenza; trattandosi di misure limitative della sovranità degli Stati o dell'autonomia delle imprese, tali misure vengono classificate come forme di *integrazione negativa*. Per ovvie ragioni di opportunità ed efficacia, però, a codesti strumenti devono essere aggiunti anche quelli tipici della c.d. *integrazione positiva* come si vedrà più avanti.

Un passo importante per la storia del mercato interno, però, venne compiuto con l'Atto unico europeo del 1986 che ha, non solo formalmente, inserito il mercato comune all'interno del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea[5]. Con l'Atto unico, inoltre, venne inserita l'ulteriore denominazione di "mercato interno" nell'art. 14 T.C.E., ora art. 26 T.F.U.E.[6]

Ciò premesso, lo scopo del presente lavoro è quello di analizzare quel fenomeno giuridico nato dalla scelta degli Stati membri di rinunciare alla propria sovranità al fine di realizzare un mercato europeo[7]. A dire il vero, il termine "mercato

---

[1] Si veda, sul punto, L. DANIELE, Diritto del mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, 2016, Giuffrè, Milano.

[2] Corte di giustizia dell'Unione Europea, sent. del 5 maggio 1982, causa 15/81.

[3] Così, L. DANIELE, op. cit. pag. 10 e ss.

[4] Ci si riferisce alle quattro libertà fondamentali della circolazione di persone, beni, servizi e capitali, baluardo, appunto, del concetto di mercato interno.

[5] Si veda la definizione di mercato comune contenuta nell'Atto unico europeo: "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali".

[6] Per un approfondimento storico sul mercato interno, si veda L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 2016, Giuffrè, Milano.

[7] Sulla definizione di mercato unico europeo si veda L. DANIELE, *op. cit.*, pagg. 8 e ss.

unico" non è presente nei Trattati istitutivi che, piuttosto, prediligono il concetto di "mercato comune".

Con l'introduzione dell'Atto unico europeo del 1986, come detto, al mercato comune venne associato il termine mercato interno, seppur non senza aspetti discordanti. A risolvere la *querelle* interpretativa intervenne il Trattato di Lisbona che, introducendo sistematicamente il termine "mercato interno", risolse ogni dubbio sulla coincidenza degli aggettivi *unico* e *comune*. Nonostante l'intervento chiarificatore del Trattato di Lisbona, nell'uso comune sono spesso utilizzati entrambe le accezioni terminologiche in modo interscambiabile.

1.2 La crescita economica europea: il mercato unico

Il complesso procedimento di integrazione europea iniziò – come risaputo - dalla celeberrima Dichiarazione del ministro francese Robert Schuman del 9 marzo 1950; questi, sulla scia del positivismo creato dalla cooperazione in seno all'O.E.C.E., decise ambiziosamente di puntare sulla liberalizzazione del mercato. Quello che un domani sarebbe diventato – come poi è accaduto – il mercato *unico* europeo. L'obiettivo perseguito dai teorici degli anni '60 era proprio quello di garantire ai cittadini europei un tenore di vita più agiato ed una semplificazione degli scambi tra Paesi membri di un'unica realtà storica, sociologica ed identitaria.

Non si può nascondere, quindi, che il mercato comune nasca – esattamente come la Comunità europea - da un intento squisitamente economico prima che politico. Ciò è confermato dal Trattato di Parigi del 12 aprile 1951 che istituì la CECA, ove era previsto, appunto, il mercato comune del carbone e dell'acciaio. Successivamente, il percorso europeo approdò alla Comunità europea dell'energia atomica e, infine, alla CEE con la quale il concetto di mercato comune si estese a tutti i settori industriali ed agricoli.

Secondo autorevole dottrina "*[…] 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"[8]. Nemmeno l'incredibile incremento delle competenze dell'Unione è riuscito a incrinare la centralità del mercato unico nel sistema europeo. Per esempio, quel complesso di azioni che, nel post-Lisbona, ha preso il nome di Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia è motivato dalla necessità di introdurre misure in grado di supportare il mercato unico. Un simile discorso può farsi per la cittadinanza europea, strettamente collegata alla libertà di circolazione e di soggiorno, che rappresentano – ormai – diritti fondamentali irrinunciabili di ogni cittadino europeo. Ciò dimostra l'interesse dell'Unione per la mobilità del suo popolo all'interno dei confini sovranazionali. In altre parole può certamente dirsi che l'effetto "voragine" del mercato unico ha coinvolto plurimi settori dell'organigramma europeo che si sono dovuti – per forza di cose – adeguare all'incessante crescita del settore economico.

1.3 L'evoluzione del concetto di mercato unico

La liberalizzazione degli scambi all'interno dei confini dell'Unione, così come lo spiccato intento economico-monetario, non può, però, essere considerata l'unico scopo del cammino europeo. Il raggiungimento del mercato interno, come si vedrà, deve confrontarsi con altre esigenze primarie tra cui il progresso sociale, l'occupazione, la tutela ambientale. Ciò è confermato dall'art. 3, par. 3, T.U.E: "*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.*"

Come si potrà facilmente constatare, è assai singolare il fatto che il paragrafo del Trattato dedicato proprio al mercato interno riservi gran parte del proprio

[8] L. DANIELE, op. cit. pag. 3 e ss.

contenuto ad altri obiettivi dell'Unione anche di natura sociale o ambientale. Tali obiettivi ben possono influenzare le libertà di circolazione nelle quali si sostanzia – in pratica – il mercato interno. Ciò è confermato, tra l'altro, dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale: "*la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale"* e, quindi, *"i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE 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"* [9]. Con tale orientamento, i Giudici dell'Unione ammettono sostanzialmente che, nonostante il carattere "fondamentale" del mercato interno, esso può essere limitato e vincolato dal perseguimento di obiettivi ed esigenze di carattere sociale.

[9] Corte di Giustizia UE, sent. C-341/055, *Laval,* punto 105)*;* in senso conforme, causa C-438/05, *Viking, punto 79).*

PARAGRAFO SECONDO

Mercato interno ed obiettivi comuni

2.1 La "codificazione del mercato interno"

Il mercato interno ha ricoperto, fin dagli albori, un ruolo fondamentale per l'Unione[10]; la sua centralità non è stata messa in discussione nemmeno con il notevole allargamento delle competenze dovuto all'introduzione del citato Trattato di Lisbona. E ciò non solo in ambito economico-commerciale ma anche in tanti altri settori come lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, o con riguardo, *ex multis*, alla cittadinanza europea. In sostanza, proprio il mercato comune, può essere considerato il vero *motore dell'integrazione*[11] poiché i grandi passi in avanti della svolta sopranazionale dell'Unione europea non si sarebbero mai verificati senza la sua crescita esponenziale. Si può dire, dunque, che il cammino europeo sia nato con intenti economici per poi mirare, invece, ad obiettivi sociali, in parte raggiunti[12] e in parte ancora no. A riprova di ciò si è addirittura detto che le norme sul mercato interno ricoprano un ruolo costituzionale o, per maggiore precisione, si è affermato che esse rappresentino la *costituzione economica* della Comunità[13] in quanto "è possibile individuare, nella configurazione del mercato interno, la sottotraccia dei limiti che il sistema comunitario imporrebbe all'intervento dei poteri pubblici sul mercato; ovvero, in altre parole, quel rapporto tra Stato e mercato che sottenderebbe al disegno comunitario, appunto, quale costituzione economica della Comunità"[14]. Non a caso la Corte di giustizia, nella sentenza del 13 febbraio 1969[15], *Walt Wilhelm e*

---

[10] Si pensi al mercato comune del carbone e dell'acciaio oggetto della CECA o al mercato comune c.d. settoriale della CEEA con riguardo all'energia atomica.
[11] Cfr. L. DANIELE, op. cit.
[12] Ci si riferisce, ad esempio, all'introduzione, col Trattato di Lisbona, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea equiparata a tutti gli effetti ai Trattati.
[13] V. JORGES C., *The Market without the State?* , EUI Working Papers, 2/996; BARENTS R., *The community and the Unity of the Common Market*, in G.Y.I.L., 1990, p. 9.
[14] Per un interessante approfondimento si veda S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, CEDAM, 2005, pag. 16.
[15] Corte di giustizia UE, Causa 14/68, *Walt Wilhelm* e altri c. *Bundeskartellamt*, punto 4);

altri c. Bundeskartellamt, ha statuito che "l'obiettivo primario del Trattato è […] salvaguardare l'unità del mercato comune". Esso, all'interno delle Fonti primarie della Comunità, è realizzato attraverso l'eliminazione delle discriminazioni sulla base della nazionalità, dell'origine, della destinazione e del luogo di residenza o di stabilimento[16].

Nel contesto giuridico (e politico) dell'epoca, questa norma, rappresentava già di per sé un grande avanzamento verso la libertà di circolazione tra Paesi membri ma, da sola, non sarebbe stata di certo sufficiente a "realizzare la fusione dei mercati nazionali in un mercato omogeneo che abbia le caratteristiche di un mercato interno"[17] ovvero il motore dell'Unione europea odierna. Bisogna però considerare il fatto che l'applicazione del solo principio del "trattamento nazionale"[18] non è, *ex se*, sufficiente ad escludere categoricamente il rischio che il mercato comune, seppur epurato dalle discriminazioni nazionali, rimanga frammentato in tanti compartimenti territoriali, quanti sono gli Stati membri. D'altronde ciò è confermato anche dal Trattato, nella sua prima versione, laddove prevede la soppressione degli ostacoli scaturenti dalla diversità delle legislazioni e l'accentramento delle misure di controllo. Come si vedrà nel prosieguo, lo strumento principale finalizzato al raggiungimento del predetto obiettivo è il ravvicinamento delle legislazioni[19].

2.2. L'Unione doganale: cenni ed inquadramento giuridico

Premessi i cenni che precedono, l'analisi del mercato interno non può prescindere dall'unione doganale e dalla cittadinanza europea, concetti

---

[16]Cfr. Art. 30 TCEE; art. 34, b. 2, TCEE; art. 43, secondo comma, TCEE; art. 60, secondo comma, TCEE. Secondo FORLATI -PICCHIO, *Tecniche giuridiche per il superamento degli ostacoli agli scambi intracomunitari*, in STEFANI (a cura di), *Mercato comune e neo-protezionismo,* Padova, 1987, secondo cui le diverse e specifiche ipotesi appena richiamate sono espressione del più generale principio del divieto di ogni discriminazione effettuata sulla base della nazionalità espresso nell'art. 12 del Trattato CEE, pagg. 131-139.

[17] Sentenza, 5 maggio 1982, causa C – 15/81, *Gaston Schul c. Inspecteur der Invoerrechten*, in Racc., 1982 p. 1409

[18] Cfr. S. NICOLIN, op. cit., pag. 4 e ss.

[19] Art. 3, lett. h) Trattato CEE.

strettamente legati alla sua natura ontologicamente unitaria e ai suoi obiettivi ultrattivi.

La nozione di unione doganale può essere facilmente ricavata dall'art. 28 T.F.U.E., par. 1, secondo cui "*L'Unione comprende un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci [...]*"[20]. È importante, quindi, notare come il Trattato di Lisbona abbia radicalmente modificato il suo ruolo all'interno della Comunità che non si fonda più sull'unione doganale in senso stretto ma, più semplicemente, la ricomprende assieme ad altrettanto importanti sfaccettature. Un passo in avanti di questo tipo rappresenta l'esemplificazione del percorso compiuto dall'Unione europea: da Ente ultra-nazionale con obiettivi esclusivamente di natura economica e commerciale, ad organismo sovranazionale con scopi anche sociali. A completamento di questo quadro di insieme, va sottolineato che sono stati vietati i dazi interni e ogni altra misura equivalente; per i rapporti esterni, invece, è prevista l'applicazione della tariffa doganale comune, stabilita dal Consiglio su proposta della Commissione. Per questi motivi appare corretto affermare che l'unione doganale "*si situi a cavallo tra il mercato unico e le competenze esterne dell'Unione*"[21]. Nello specifico, quindi, essa racchiude in sé un duplice aspetto: interno ed esterno. Il primo riguarda l'abolizione di dazi doganali negli scambi tra territori dell'Unione; il secondo, invece, consiste nell'introduzione di un'unica tariffa doganale per i rapporti tra Stati membri e stati esteri.

Come già anticipato, strettamente interconnesso con il mercato interno, è anche il concetto di cittadinanza europea. La sua introduzione nella Comunità consente di comprendere come l'idea di Unione vada al di là di motivazioni puramente economiche e commerciali ma riguardi – anche – i diritti dei singoli cittadini. I Trattati, infatti, subordinano la titolarità di determinati diritti al possesso della cittadinanza europea. Ai cittadini europei sono riservati molteplici diritti, fortemente collegati con il tema oggetto del presente lavoro, quali la libera circolazione e il libero soggiorno, la libera circolazione dei

[20] Vd. Art. 28, par. 1, T.F.U.E.
[21] Per un approfondimento, L. DANIELE, op. cit. pag. 24 e ss.

lavoratori (tematica assai rilevante nell'attuale conformazione dell'Unione), il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi. La cittadinanza dell'Unione è addizionale (nel senso che si aggiunge alla cittadinanza dello Stato membro) e appartiene *di diritto* a tutti i cittadini di uno Stato membro – che dunque conserva la piena legittimazione a stabilire i requisiti per la concessione o revoca della "cittadinanza interna" – e prevede, ad oggi, solo diritti, nonostante la formulazione ambigua del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea[22] - che lascerebbe intendere il contrario – secondo cui "*I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati"*. L'importanza della cittadinanza europea risiede nel fatto che a essa sono collegati i diritti di libera circolazione dei lavoratori e, quindi, dei fattori produttivi.

2.3 Il dualismo dell'integrazione nel mercato: integrazione positiva e negativa

Uno dei problemi più rilevanti nell'ambito del mercato interno è quello afferente alle discrepanze normative tra gli Stati appartenenti all'Unione. Negli anni, quindi, per ovviare a ciò, si è provveduto alla c.d. integrazione, la quale è definita, più nello specifico, come *positiva o negativa* a seconda che si richieda all'Unione di intervenire attivamente o, al contrario, si impongano determinati comportamenti agli Stati membri o ai loro enti. L'integrazione negativa, di più recente introduzione, è costituita dall'abolizione di barriere doganali, restrizioni quantitative e altri ostacoli al commercio mentre la prima è rappresentata dalle azioni finalizzate alla "ricostruzione di un assetto regolativo a livello dell'unità economica più ampia"[23]. La prima, costituisce il punto di partenza dell'unione doganale, rappresentata, all'interno del mercato, dall'abolizione delle barriere doganali, dall'individuazione di una tariffa esterna comune. Come si potrà facilmente intuire, dunque, il ruolo più rilevante nel sistema di attuazione del mercato unico è giocato proprio dall'integrazione negativa la quale può configurarsi sia come *costruzione* del mercato che come *correzione*.

---

[22] Art. 20, comma 2, T.F.U.E.
[23] Così, F. W: SHARPF, La doppia asimmetria dell'integrazione europea, 2009;

In origine, coi Trattati di Roma, si disegnò un'Europa incentrata sull'unione doganale, complice l'eliminazione della regola dell'unanimità in seno al Consiglio. Il sistema, basato sui principi appena enunciati, quindi, si presentava come poco più che una mera unione doganale, ben lontana dagli standard del mercato interno tipici delle moderne accezioni.

2.4 L'integrazione positiva

Il processo di integrazione europea, come già accennato, trova nell'ambito del mercato interno uno dei suoi vivai più fertili; è proprio attraverso di esso che l'Unione europea ha incrementato le proprie competenze partendo da un ambito esclusivamente economico fino ad arrivare, seppur con qualche rallentamento, a ricomprendere anche il settore giudiziale, sia civile che penale di cui si dirà più avanti.

Il punto di partenza è la constatazione della sussistenza di molteplici diversità e discrepanze tra le normative degli Stati membri. L'integrazione positiva, quindi, sfrutta lo strumento del *ravvicinamento delle legislazioni*. In base all'art. 3, lett. H) del Trattato CE, la Comunità era chiamata a ravvicinare le legislazioni nazionali al fine di ottenere un buon funzionamento del mercato interno[24]. Le modalità per il raggiungimento di tale scopo, erano stabilite dal Trattato, sia con disposizioni speciali riguardanti i singoli settori produttivi che con disposizioni generali[25]. Con questa politica, il ravvicinamento veniva perseguito con la prospettazione di una disciplina valida per tutto lo Spazio economico europeo[26]. Ecco perché, il ravvicinamento, deve essere in tal senso considerato come uno strumento di integrazione positiva: esso impone all'Unione un comportamento attivo, lasciando agli Stati membri – e ai loro Enti – un compito passivo.

---

[24] R. MONACO, *Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'acciaio,* in *Commentario,* R. QUADRI – R. MONACO – A. TRABUCCHI (diretto da), Milano, 1965 pagg. 40 e ss.

[25] Ci si riferisce, più precisamente, al Capitolo III del Titolo I del Trattato CE.

[26] K. NICOLAEDIS, Mutual Recognition of regulatory regimes: some lessons and prospect, in, Jean Monnet Working Papers, 7/97, pag. 3.

Il ravvicinamento delle legislazioni, quindi, conduce all'armonizzazione che gli Stati membri non possono derogare né attraverso l'imposizione di standard più severi né invocando le deroghe (esplicite) previste dai Trattati per motivi di interesse generale[27]. Con l'armonizzazione, quindi, le libertà di circolazione sono circoscritte e tutelate direttamente dal legislatore comunitario che uniforma le norme degli Stati membri e individua quali siano le deroghe. Le autorità nazionali, di converso, devono – anche alla luce del notorio principio generale di leale cooperazione – effettuare un bilanciamento tra esigenze di tutela generale e libertà di circolazione ai sensi delle norme sovranazionali. Il sistema così organizzato, tuttavia, continuava a creare notevoli difficoltà; sia per le lungaggini burocratiche necessarie per l'adozione di una norma a livello unionale – normalmente una direttiva di armonizzazione; sia per l'assenza – nel Trattato – di specifiche norme riguardanti tali atti[28].

Il ravvicinamento, quindi, punta a limare le differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali laddove esse possano rappresentare un deficit per la crescita, lo sviluppo e l'organizzazione del mercato interno (e quindi dell'intero sistema UE). Lo strumento principe è rappresentato dalla direttiva che, al contrario del regolamento, permette allo Stato membro di raggiungere l'obiettivo prefissato a livello centrale dal legislatore europeo attraverso l'atto interno ritenuto più opportuno e imponendone, però l'armonizzazione.

La sua definizione è assai sfumata e soggetta a mutevoli interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali mentre il suo obiettivo – al contrario - è cristallino: appianare le disparità normative per raggiungere efficacemente gli

[27] Corte di giustizia, sentenza del 23 maggio 1996, 5/94, *Queen contro Ministry of Agricolture, Fisheries and Food*, I 4035.

[28] In effetti l'armonizzazione c.d. totale comporta: a) regolazione eccessiva che costituisce un fattore di lentezza e di rigidità; b) procedimenti legislativi estremamente lunghi difficoltosi e dall'esito incerto, frutto di compromessi politici tra Stati membri che si concludevano con l'adozione di una disciplina spesso già superata dal progresso tecnologico; c) l'imposizione di una normativa tecnica dettagliata, tale da mettere a rischio l'innovazione; d) papabile conflitto tra istituzioni comunitarie e legislazioni nazionali a causa dell'imperialismo legislativo comunitario; e) ribaltamento del riparto delle competenze stabilito nel trattato dal momento che normative di armonizzazione sono spesso adottate anche in materie non attribuite alla competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie. Essa è contemplata dall'art. 113 TFUE (ex art. 93 TCE), relativamente alla procedura di elaborazione di criteri di armonizzazione in materia finanziaria; l'art. 114 TFUE (ex art. 95 TCE), invece, si occupa proprio del mercato interno, disciplinando le forme di armonizzazione in esso attuabili.

obiettivi dei Trattati. Le norme generali sul ravvicinamento sono contenute nel TFUE, cap. III, titolo VII agli artt. 114 e 115. Il primo ricalca l'art. 95 TCE, aggiunto dall'Atto Unico europeo del 1986; il secondo abilita il Consiglio, con una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento, e del Comitato economico e sociale, ad imporre direttive per il ravvicinamento delle norme nazionali con influenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno.

In seguito a vari interventi della Corte di giustizia, a partire dalla celebre sentenza *Van Gend & Loos*[29], come si è visto precedentemente, nel mercato interno sono state individuate le forme peculiari di integrazione: quella negativa e quella positiva, a seconda della natura, del soggetto e dell'intensità dei vincoli imposti dalla normativa comunitaria. L'integrazione positiva, scaturente direttamente dall'art. 3 lett. h) del Trattato CEE si avvale principalmente del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, operante attraverso la c.d. armonizzazione. Il diritto comunitario, però, complici le motivazioni poc'anzi enucleate, ha perfezionato un ulteriore metodo di eliminazione delle discrepanze normative sussistenti tra gli Stati membri, definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza *integrazione negativa*. Essa si sostanzia in un comportamento omissivo dell'Unione a fronte, invece, di un comportamento *attivo* degli Stati membri e delle Istituzioni con successivo affidamento alla Corte di giustizia di un controllo sul loro operato.

L'integrazione negativa, dunque, vincola gli Stati membri sotto più aspetti: essi, infatti, non possono né introdurre dazi doganali di alcun genere né fornire aiuti di Stato alle imprese in grado di alterare i principi della concorrenza.

[29] Corte di Giustizia CE, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, in "Raccolta", p. 1 e ss., laddove ha chiarito che l'instaurazione del mercato comune, va al di là di un semplice accordo internazionale e, pertanto, attribuisce ai singoli dei diritti soggetti, azionabili da questi ultimi anche in via diretta nei confronti del loro Stato.

2.5 L'integrazione negativa

Alla luce di quanto si vedrà a breve, si può qui anticipare che gli strumenti dell'integrazione positiva non siano, da soli, sufficienti al raggiungimento del mercato interno; per molti anni, difatti, si è cercato di risolvere le eventuali disomogeneità e le discrepanze normative attraverso il ravvicinamento delle legislazioni, sfruttando la tecnica dell'armonizzazione legislativa, con risultati abbastanza scarsi: troppi e troppo diversi i sistemi giuridici degli Stati membri affinché si potesse davvero raggiungere la tanto agognata armonizzazione legislativa. In estrema sintesi, con armonizzazione comunitaria si intende il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, volto ad appianare le differenze normative – in un dato settore –tra essi esistenti. Lo strumento legislativo di attuazione del predetto procedimento è la direttiva che, di norma, rappresenta il mezzo più duttile e confacente all'obiettivo perseguito con il minor grado di invasività. Il ravvicinamento è efficace per l'appianamento della maggior parte delle discrepanze esistenti tra gli Stati membri, ottenendo – a livello sostanziale – una base identitaria similare.

Tra il 1974 e il 1979, però, la Corte di Giustizia dell'Unione europea intervenne con le celebri sentenze *Dassonville* [30] e *Cassis de Dijon* [31] introducendo, per la prima volta[32], istituti alternativi all'armonizzazione in tema di mercato interno: il principio del paese d'origine e quello del mutuo riconoscimento. È sostanzialmente inesatto affermare che esso rappresenti un'originale intuizione dell'ordinamento comunitario o che, piuttosto, derivi integralmente dalla giurisprudenza creativa della Corte di giustizia; d'altro canto, però, non può certo negarsi che il suo sviluppo e la sua applicazione – soprattutto nel settore dello scambio di merci – sia strettamente legato proprio all'organo giudiziario comunitario. Differentemente dall'armonizzazione, ovvero quel processo progressivo orientato a ravvicinare le legislazioni degli

[30] C.G.U.E., sent. Dell'11 luglio 1974 nella causa 8/74 sul rinvio pregiudiziale del Tribunal première instance de Bruxelles – Belgio, altrimenti nota come "Sentenza Dassonville".
[31] C.G.U.E., sent. del 20 febbraio 1979 nella causa 120/78 su rinvio pregiudiziale sollevato dall'Hessisches Finanzgericht – Germania, altrimenti nota come "Sentenza Cassis de Dijon".
[32] Se si esclude la sentenza *Dassonville* del 1974.

Stati membri al fine di rimuovere ogni ostacolo[33] alla libera circolazione, il principio del mutuo riconoscimento opera sulla presunzione di reciproca fiducia – meglio conosciuta con la sua traduzione inglese *mutual trust* - tra Stati che, benché frutto di tradizioni culturali e normative diverse, sono legati dai vincoli di affinità necessari – anche di carattere storico - per l'appartenenza all'Unione. Esso costituisce un mezzo di importanza primaria per la c.d. *integrazione negativa* "[...] cioè di realizzazione del mercato interno attraverso l'applicazione delle disposizioni del Trattato che, in nome della libera circolazione delle merci, impongono la rimozione degli ostacoli al commercio intracomunitario."[34] La pronuncia sul caso *Cassis de Dijon*, per esempio, sancisce chiaramente che lo Stato membro di destinazione non può impedire l'importazione sul proprio territorio di una merce lecitamente e regolarmente fabbricata e commercializzata da un altro Stato membro. Si tratta della prima vera concretizzazione del mutuo riconoscimento, strumento volto all'eliminazione degli ostacoli alla circolazione interna di beni, servizi e persone[35]. La tecnica del mutuo riconoscimento, però, non rappresenta una elaborazione propria della Corte di giustizia susseguente alla citata sentenza Cassis de Dijon[36]. Essa, piuttosto, "si inserisce in un filone ben noto, tanto a livello di diritto internazionale pubblico, quanto a livello di diritto internazionale privato"[37] riguardante il riconoscimento tra Stati diversi di atti e valori giuridici. Nel primo caso si può portare l'esempio del riconoscimento delle norme in materia di cittadinanza e gli atti di nazionalizzazione; nel secondo, invece, rientrano "una serie di ipotesi […] nelle quali norme od atti di un ordinamento vengono assunti come idonei ad esplicare, nell'ambito di altri, i propri effetti tipici, o quantomeno a costituire il

[33] Si tratta sia di ostacoli di natura legislativa che di ostacoli di natura amministrativa o tecnica. Con l'intervento della giurisprudenza sul caso *Cassis de Dijon*, però, e con il Libro bianco sul completamento del mercato interno, si è intervenuti in modo diverso per raggiungere il medesimo obiettivo: alle direttive dettagliate, spesso di difficile recepimento, si è preferito emanare norme di carattere generale definite solamente nei loro principi fondanti.
[34] Così, S. NICOLIN, op. cit., pag. 16
[35] Per un approfondimento, si veda V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, *Athènes,* (Bruxelles), 1999, pag. 107.
[36] R. LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE*, in D.C.I., 1989, p. 183 e ss.
[37] Ivi, p. 186 e ss.

presupposto degli stessi effetti ricollegati in questi altri sistemi ad atti analoghi ad essi appartenenti"[38]. La nozione in esame, d'altronde, nel medesimo sistema comunitario, era già stata richiamata – come si vedrà – sia dall'art. 57 par 1 TCE con riguardo al riconoscimento di diplomi, certificati e titoli, ma anche dall'art. 220 in tema di riconoscimento di società.

Secondo tale principio – che attualmente trova applicazione anche in altri settori – ogni Stato non può limitare né circoscrivere la libertà di circolazione di beni e prodotti legalmente fabbricati e commercializzati da un altro Stato membro dell'Unione apponendo come giustificazione il fatto che essi non rispettino le prescrizioni normative e gli standard (per esempio qualitativi) dello Stato importatore. Il principio, a dire il vero, non può essere considerato come un'elaborazione della Corte di giustizia in quanto era già presente in alcune norme di diritto internazionale e, anche, all'interno del diritto comunitario. Si pensi, come già accennato, alla versione originaria del T.C.E. dove veniva citato dall'art. 57, par. 1 (ma anche dall'art. 47, par 1) che prevedeva l'adozione di "direttive intese al riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati e titoli" nonché dall'art. 220 T.C.E. che prevedeva, invece, l'avvio di negoziati tra gli Stati membri, atti a garantire il "reciproco riconoscimento delle società". Ciò non toglie il fatto che l'intervento dei Giudici di Lussemburgo sia stato ugualmente innovativo in quanto ha portato ad applicare il suddetto principio al contesto della rimozione degli ostacoli alle libertà di circolazione, obiettivo che, secondo il Trattato, sarebbe dovuto essere raggiunto tramite il citato ravvicinamento delle legislazioni nazionali ad opera delle istituzioni europee (con scarsi successi). Secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, il mutuo riconoscimento è frutto del principio generale della *fiducia reciproca* che trova un suo specifico fondamento nel Trattato[39], ovvero in quel principio generale di cooperazione, codificato dall'art. 10 T.C.E. (oggi art. 4 T.U.E.).

[38] Ancora R. LUZZATTO, op. cit., pag. 187

[39] Per approfondire si veda P. MENGOZZI, La seconda direttiva bancaria, il mutuo riconoscimento e la tutela dell'interesse generale degli Stati membri, in R.D.E., 1993, pag. 453.

Si tratta di uno strumento di integrazione supportato dalle istituzioni europee e caratterizzato da un particolare legame con il principio di sussidiarietà[40] in quanto ha dimostrato la non necessaria coincidenza ontologica tra mercato interno e un mercato governato da norme uniformi[41]. Se, certamente, il mutuo riconoscimento è stato applicato principalmente al posto dell'armonizzazione, resasi troppo complicata da raggiungere a livello comunitario - e dimostratasi meno efficace delle aspettative, col passare del tempo, esso è divenuto *complementare* all'armonizzazione. Ciò è confermato dal *Libro bianco* per il completamento del mercato del 1985 con il quale viene inserito nel meccanismo legislativo comunitario[42].

Questi brevi accenni al *libro bianco*, permettono di notare una certa similitudine operativa tra l'integrazione negativa e quella positiva. *In primis* ci si riferisce, per esempio, alla predilezione per l'utilizzo delle direttive (o per la standardizzazione tecnica) piuttosto che l'uso dei regolamenti[43], come già evidenziato in precedenza. Un ulteriore spunto di riflessione sul ruolo cardine del mutuo riconoscimento nel sistema del mercato interno è rappresentato dal rilievo ad esso riconosciuto dalle stesse Istituzioni europee: tornando indietro nel tempo di qualche anno, l'esempio lampante è la Comunicazione del 16 giugno 1999 della Commissione sul reciproco riconoscimento nel contesto del Piano d'azione per i mercato unico[44] dove si legge che "tenuto conto degli impegni presi dalla Commissione di legiferare meno per legiferare meglio, il principio del mutuo riconoscimento ritrova il suo ruolo essenziale per i funzionamento del mercato interno". In quello specifico atto, inoltre, la Commissione dell'epoca individuava precisi aspetti sui quali intervenire – sia a

---

[40] L. S. ROSSI, Il buon funzionamento del mercato comune, Milano, 1990 pag. 55.

[41] Ovvero quello tipico del ravvicinamento delle legislazioni. Per un più attento approfondimento sul tema, N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity,* in *Common market law review*, 1996 p. 637.

[42] S. NICOLIN, op. cit.

[43] Per un approfondimento, si veda G. A. BERMANN, Taking subsidiarity seriously: federalism in the E
European Community and in the United States, in C.L.R., 1994, pag. 373.

[44] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Il reciproco riconoscimento nel contesto del seguito del Piano d'azione per il mercato unico*, COM (1999) 299 def., 16 giugno 1999.

livello europeo che a livello nazionale – al fine di ottenere un miglior funzionamento del principio in esame. Si tratta di un vero e proprio segno atto a confermare che, da circa un ventennio, il mutuo riconoscimento è considerato un elemento fondamentale per la crescita e lo sviluppo del mercato interno.

Sulla medesima lunghezza d'onda si posiziona anche la Risoluzione del Consiglio del 28 ottobre dello stesso anno, dove si legge che "occorre una combinazione coerente di armonizzazione legislativa, normalizzazione, strumenti di valutazione della conformità, come l'accreditamento e il reciproco riconoscimento, per garantire il corretto funzionamento del mercato unico"[45]. Nel citato atto, il Consiglio si rivolge sia agli Stati membri che alla Commissione: ai primi chiede un maggiore intervento "[…] per fornire agli operatori economici e ai cittadini un quadro efficiente per il reciproco riconoscimento"; la seconda, invece, viene incentivata a raccogliere informazioni, dati e dettagli – sulla scorta dei risultati elaborati dalle autorità degli Stati membri – volti al raggiungimento di una maggiore cooperazione nell'ambito del mercato interno. La risoluzione si chiude con la richiesta di un aggiornamento biennale che, arriverà, nell'ottobre 2003. Essa si pone come un vero e proprio *vademecum* per gli Stati membri e per gli operatori sul funzionamento del mutuo riconoscimento all'interno del mercato comune[46] laddove non vi sia armonizzazione. Qui si evidenzia un primo grande pregio del mutuo riconoscimento: esso interviene (soprattutto) laddove non vi sia armonizzazione con una maggiore duttilità rispetto al diverso ravvicinamento delle legislazioni.

Emerge, dunque, come il riconoscimento sia una vera e propria cartina al tornasole per comprendere i diversi ruoli ricoperti dagli Stati membri e dalle Istituzioni nell'ambito del mercato interno.

---

[45] Risoluzione del Consiglio della Comunità europea del 28 ottobre 1999.

[46] Comunicazione interpretativa della Commissione, Agevolare l'accesso di prodotti al mercato di un altro Stato membro: applicazione pratica del mutuo riconoscimento, COM, 2003.

2.6 Le libertà di circolazione: cenni introduttivi

Le libertà di circolazione all'interno del mercato, sono disciplinate dal Trattato (artt. 28 e ss. in relazione ai beni; artt. 39 e ss. per i lavoratori; 43 e ss. sulla libertà di stabilimento; artt. 49 e ss. per i servizi; artt. 67 e ss. per i capitali) e, al di là delle evidenti discrepanze dovute alle caratteristiche di ciascun fattore della produzione, possono essere trattate sistematicamente, dopo averle ricondotte ad in modello unitario[47]. Su di esse si discuterà, in maniera dettagliata, nel capitolo secondo del presente lavoro. Esse, possono essere ricondotte alla fattispecie di *integrazione negativa* in quanto non impongono un intervento attivo dell'Unione, bensì limitano la discrezionalità delle restrizioni in capo agli Stati membri. La Corte di giustizia iniziò ad attuare i divieti derivanti dai Trattati attingendo dal principio di non discriminazione, secondo cui uno Stato membro non poteva imporre limiti alla circolazione di fattori produttivi che fossero diversi da quelli previsti per quelli nazionali. In altre parole, applicando il principio di non discriminazione, le autorità nazionali erano autorizzate ad applicare, anche ai prodotti importati da altri Paesi membri, i procedimenti e le normative interne con conseguente duplicazione di procedure e controlli.

Il procedimento dianzi evidenziato, però, aveva dalla sua lo svantaggio di complicare e di allungare le procedure di importazione, lasciando i mercati dei singoli Paesi membri nella loro individualità. Così facendo, nessun mercato comune poteva ottenersi. Si pensi alle esigenze dei commercianti e imprenditori transfrontalieri che si trovavano costretti a sottoporre le proprie merci a continui controlli, diversi (a volte molto) per ogni Stato membro all'interno del quale intendevano commerciare o con il quale intendevano relazionarsi[48]. Oltre alle lungaggini burocratiche appena evidenziate, si aggiungevano anche ulteriori

[47] Per un approfondimento, S. WEATHERILL, Pre-emption, harmonisation and the distribution of competence to regulate the internal market, in BARNARD – SCOTT, The Law of the songle European Court of Justice & the European economic Constitution, Hart, Oxford e Portland, 1998; A. ARMSTRONG KENNETH, Mutual recognition, anch'esso in BARNARD – SCOTT, The Law of the single European Court of Justice & the European economic Constitution, Hart, Oxford e Portland, 1998.

[48] Per un approfondimento, A. BERNEL, Le principe d'equivalence ou de "reconaissance mutuelle" en droite communautaire, Zurigo, 1996, pag. 18 e ss.

costi, spesso insostenibili per imprese di medio-piccole dimensioni che, però, intendevano iniziare un'espansione all'interno della Comunità. L'applicazione del principio del Paese di destinazione, oltre a ciò, esponeva pericolosamente le aziende straniere a discriminazioni occulte, laddove per esse, ottenere le prescritte autorizzazioni, sarebbe stato più difficile e complesso rispetto agli omologhi enti nazionali. In altre parole, una volta eliminate le barriere doganali e le restrizioni quantitative[49] restava il problema di carattere normativo riguardante proprio gli Stati membri e le loro regole sulla produzione/commercializzazione di un bene o un servizio[50]. Secondo autorevole dottrina, infatti, le barriere "costituiscono lo strumento protezionistico più raffinato dei nostri tempi"[51].

Senza soffermarsi, in questa sede, sulle ulteriori fasi storiche e del mercato interno, si deve approfondire il concetto di integrazione negativa in relazione alle libertà di circolazione che, in breve, si concretizza anche nelle norme che vietano gli aiuti di Stato alle imprese. Nel primo caso le limitazioni riguardano la sovranità dello Stato nazionale che, rimanendo l'unico titolare del potere di concessione della cittadinanza, non può impedire la circolazione di beni, persone, capitali e servizi provenienti da altro Paese membro ma, invero, riguarda anche le imprese stesse; nel secondo caso, invece, viene ritenuto illegittimo l'intervento dello Stato membro finalizzato alla concessione degli aiuti di Stato, in grado di violare le norme sulla concorrenza che, come risaputo, rappresenta una delle competenze esclusive dell'Unione. La circolazione all'interno del mercato unico europeo, dunque, si snoda nelle richiamate "quattro libertà": persone, beni, capitali e servizi. Esse – di cui si dirà nel successivo capitolo – sono assicurate direttamente dal T.F.U.E. che conferisce determinati diritti agli interessati e, viceversa, impone una serie di divieti agli

[49] L'art. 3, lett. A) del TCE stabilisce chiaramente "il divieto, tra gli Stati membri, dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente".

[50] Sul punto si veda, A. MATTERA RICIGNANO, La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 1981, pag. 273 e ss.

[51] A. MATTERA RICIGNANO, op. cit., p. 281.

Stati membri[52] proprio a tutela della circolazione. Tali disposizioni, di grande rilievo, contengono norme di natura precisa, dettagliata e incondizionata, producendo, così, effetti diretti negli Stati con conseguenti diritti dei soggetti interessati, direttamente applicabili attraverso l'intervento pretorio – a volte addirittura creativo - dei giudici nazionali.

Alla luce di quanto sinora detto, si comprende l'incredibile crescita portata avanti dall'Unione dal 1957 ad oggi. Quando i sei Stati fondatori crearono la Comunità economica, avevano senza dubbio l'obiettivo di promuovere e incrementare le politiche economiche per "uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano"[53] ma, di certo, non potevano pronosticare un futuro di pura sovranazionalità. L'attuazione del mercato comune, inizialmente, veniva affidata all'eliminazione delle discriminazioni dovute alla nazionalità, all'origine, alla destinazione o al luogo di residenza o stabilimento[54]. All'epoca del Trattato CE, uno strumento di tutela di tal genere, sembrava assolutamente idoneo a proteggere (e incentivare) il mercato interno e, di conseguenza, la crescita della Comunità economica. Ben presto, però, con l'intensificarsi dei commerci, ci si rendeva conto del rischio che il mercato comune fosse ramificato in tanti compartimenti, uno per ogni Stato membro. Ciò si verificava – e in parte si verifica tuttora – a causa della disomogeneità delle legislazioni nazionali in materia di mercato e commercio. Lo strumento positivo di cui si è già parlato è quello del *ravvicinamento* delle legislazioni nazionali, tramite l'armonizzazione. Accanto al sistema positivo poc'anzi delineato, si è sviluppata, in via parallela, un'ulteriore tecnica[55], costituita dall'affidamento alla Corte di Giustizia e ai giudici nazionali del compito di decidere sulla regolarità delle misure arbitrarie poste in essere dagli Stati membri al fine di tutelare le esigenze della libertà di circolazione.

---

[52] Cfr. L. DANIELE op. cit., secondo cui si tratta della c.d. integrazione negativa.
[53] Art. 2 del Trattato CEE antecedentemente al Trattato di Maastricht.
[54] Cfr. TCEE art. 30, art. 34 n. 2, art. 43 secondo comma, art. 60, secondo comma.
[55] S. NICOLIN, op. cit. pag. 5 e ss.

Il suddetto compito, in capo alla Corte di Giustizia, è stato definito "cruciale"[56], riguardando proprio l'organizzazione e il controllo delle misure adottate dagli Stati membri al fine di regolare proprio la circolazione delle persone, dei beni, dei capitali e dei servizi. Il mercato interno, infatti, rappresenta oggi una delle materie di competenza concorrente Unione-Stati membri più importanti.

Ciò premesso, appare necessario soffermarsi brevemente sulla libertà di circolazione delle merci, probabilmente la più rilevante tra tutte. Non a caso, infatti, è la prima ad essere disciplinata dal Trattato. Essa consiste perlopiù in tre aspetti principali: l'unione doganale[57], il divieto di imporre – da parte degli Stati membri – misure fiscali discriminatorie in relazione ai prodotti importati internamente all'UE[58] e, infine, l'abolizione delle restrizioni quantitative degli scambi di merci, nonché qualsiasi misura ad effetto equivalente[59].

Per meglio comprendere le interazioni del mutuo riconoscimento con il sistema composito e complesso del mercato interno, si ritiene necessario approfondire in questa sede il terzo elemento, ovvero l'abolizione delle restrizioni quantitative degli scambi di merci e delle relative misure ad effetto equivalente. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, devono intendersi tali "tutte le misure che impongono una totale o parziale restrizione, secondo le circostanze, alle importazioni, alle esportazioni o al transito dei beni"[60].

Sicuramente più complessa è, invece, la definizione di *misura ad effetto equivalente* che, come la precedente, non è oggetto di definizione all'interno dei Trattati. Una prima ipotesi di definizione è stata introdotta dalla direttiva 70/50/CEE, adottata dalla Commissione in virtù dell'art. 33, par. 7, del TCE – norma ormai da tempo abrogata[61]. Essa individuava tre fattispecie restrittive

---

[56] Cfr. G. CAGGIANO, Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno, in Studi sull'integrazione europea, n. VII (2012), pp. 295 e ss.

[57] Sancita dagli artt. Da 25 a 27 del TCE.

[58] Prevista dall'art. 90 del TCE.

[59] Così come previsto dagli artt. da 28 a 31 del TCE. Sul punto si veda L. DANIELE, *Il diritto materiale della comunità europea,* Milano, 2000, pp. 33-75.

[60] Si veda la sentenza del 12 luglio 1973, causa C 2/73.

[61] L'art. 33, par. 7 TCE sanciva che: "mediante direttive della Commissione sono stabiliti la procedura e il ritmo dell'abolizione tra gli Stati membri delle misure di effetto equivalente a contingentamenti, esistenti alla data di entrata in vigore del presente Trattato".

vietate: le restrizioni formali, quelle materiali e le misure nazionali non discriminatorie ma sproporzionate rispetto ai fini propri di una regolamentazione commerciale. Secondo la predetta direttiva, dunque, sarebbero state legittime le misure indistintamente applicabili purché non sproporzionate a regole commerciali. Più completa, però, è senza dubbio la definizione fornita dalla Corte di giustizia nella la sentenza *Dassonville*[62]. In tale ambito, il merito più rilevante della pronuncia in commento, è da ascriversi all'introduzione del concetto di "ostacolo" come base per l'individuazione della misura equivalente a prescindere dai suoi effetti più o meno discriminatori nei confronti delle merci provenienti da altri Stati membri.

2.7 Il principio di affidamento e di proporzionalità nel mercato interno

Nel mercato interno, assumono valore fondamentale due corollari: il principio di affidamento e quello di proporzionalità. Secondo il primo – come già accennato poc'anzi – ogni membro dell'U.E. deve *fidarsi* degli altri Stati e delle loro legislazioni. Esse, infatti, si presumono sufficientemente adeguate a tutelare i consumatori e i loro diritti fondamentali. Il principio di proporzionalità – i cui canoni spesso vengono accomunati a quelli universalmente riconosciuti del principio di ragionevolezza – impedisce ad uno Stato di adottare misure eccessivamente limitative della libertà di circolazione rispetto agli obiettivi perseguiti. E qui gioca un ruolo fondamentale – e assai delicato - la Corte di Giustizia sotto più profili: *in primis* essa valuterà se una misura nazionale sia o meno limitativa o restrittiva delle libertà di circolazione; successivamente, in caso positivo, stabilirà la legittimità di tali restrizioni sia in virtù di quanto statuito dai Trattati (*deroghe esplicite*) sia dalle esigenze di tutela degli interessi generali (*esigenze imperative*); da ultimo la Corte dovrà adoperarsi per l'attuazione del vero e proprio bilanciamento, ovvero il saggio di proporzionalità, adeguatezza e necessarietà in coerenza con il fine di interesse

[62] Sentenza dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Gustava Dassonville,* in Racc. 1974, p. 837. Si veda cap. I, par. 3 di questo lavoro per un approfondimento.

generale perseguito dallo Stato membro. Le deroghe esplicite hanno a che fare con l'ordine pubblico, la morale, la salute ed altre specifiche ragioni per ogni singola libertà[63].

La giurisprudenza *creativa* della Corte, con il passare degli anni, si è pronunciata più volte anche al fine di individuare le caratteristiche che debbono avere le misure direttamente o indirettamente restrittive delle libertà di circolazione. Sul punto è nota di menzione la sentenza *Gebhard*[64] attraverso la quale i Giudici dell'Unione hanno chiarito che, affinché una misura restrittiva sia lecita, essa: non deve rivestire carattere discriminatorio; deve essere giustificata da motivi imperativi di pubblico interesse; deve essere idonea a garantire il raggiungimento dello scopo perseguito e non deve essere spropositata. Un ruolo fondamentale, inoltre, è ricoperto dai principi di proporzionalità e sussidiarietà nell'attuazione del diritto derivato, canoni fondanti delle materie di competenza concorrente[65]. Più l'obiettivo perseguito dall'Unione o dagli Stati membri è valevole di tutela e più il livello di equivalenza sarà elevato[66]. Viceversa, se l'obiettivo perseguito è di scarsa rilevanza generale, la misura adottata sarà illegittima qualora limiti le libertà di circolazione, corollario del mercato interno-comune. Discorso a parte va fatto, invece, per le materie in cui vi sia stata armonizzazione legislativa: in consimili casi, gli Stati membri non potranno eccepire né le deroghe esplicite né gli interessi generali per giustificare l'adozione di misure limitative delle libertà di circolazione. Resta salvo il fatto che, come noto, più l'armonizzazione sia stata omogenea e dettagliata, minore sarà la discrezionalità in sede di bilanciamento da parte della Corte e dei giudici nazionali[67]. Nei settori di minore armonizzazione, invece, come quello relativo alla previdenza sociale, gli Stati membri dovranno intervenire legislativamente

---

[63] Per le merci, ad esempio, l'art. 36 del TFUE prevede quali deroghe (esplicite): moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute etc.

[64] Sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 30 novembre 1995, Causa C-55/94, *Gebhard*.

[65] Il mercato interno, infatti, *ex* art. 4, par. 2, lett. a del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, è una delle competenze concorrenti.

[66] Si pensi alla salute pubblica.

[67] Si veda, ad esempio, l'armonizzazione nel settore dei lavoratori migranti: Regolamento CEE 1612/68 del Consiglio, 15 ottobre 1968; Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004 ed altre.

laddove non l'ha fatto l'Unione; in tali casi, però, essi non sono liberi di agire a loro piena discrezione ma devono rispettare il diritto dell'Unione come, ad esempio, le disposizioni sulla libera circolazione[68]. Come già evidenziato, inoltre, le quattro libertà di circolazione (persone, beni, capitali e servizi) godono spesso di tutele differenziate proprio in vista dei delicati equilibri che, rispettivamente, vanno ad intaccare.

2.8 L'intervento della Corte di giustizia

L'operazione di bilanciamento posta in essere dalla Corte di giustizia può avere come parametro non solo gli interessi generali ma anche i diritti fondamentali, sia quelli previsti dalla Carta di Nizza sia, in via residuale, quelli sanciti dalla C.E.D.U. oltre che, da ultimo, quelli contenuti nelle costituzioni degli Stati membri. Essi, in sostanza, possono giustificare la limitazione delle libertà di circolazione in virtù di una (più o meno) estesa tutela di un diritto fondamentale, anche di natura sociale. E ciò purché il suddetto diritto sia meritevole di protezione a livello europeo. Sul punto la Corte di giustizia si è espressa più volte – come nelle note sentenze *Wachauf* e *ERT*. Nella prima, ad esempio, la Corte ha rilevato che i diritti fondamentali non godono di una natura assoluta ma devono essere rapportati agli interessi generali tutelati e garantiti dai Trattati. La sentenza *ERT*, invece, ha statuito l'illegittimità di una misura restrittiva delle libertà di circolazione che non sia conforme ad un diritto fondamentale, nel caso di specie rappresentato dal diritto di proprietà. In sintesi, il concetto di bilanciamento finora tracciato può definirsi così: "sono legittime le misure nazionali restrittive che perseguano obiettivi di interesse generale nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità e non ledano la sostanza stessa dei diritti fondamentali"[69].

Le deroghe esplicite, che come già detto sono, tra le altre, *ordine pubblico, morale, salute* possono essere azionate soltanto sotto lo stretto controllo

[68] Sentenza della C.G.U.E. del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*; sentenza della C.G.U.E. del 18 marzo 2004, causa C-8/02, *Leichtle*.
[69] Vd. G. CAGGIANO, op. cit. p. 308.

dell'Unione e, soprattutto, debbono rispettare i principi generali, tra cui quello di certezza del diritto. L'ordine pubblico, a titolo esemplificativo, può essere eccepito solo per minacce gravi ed effettive agli interessi generali della collettività e non certo a discrezione dello Stato membro che avrebbe, al contrario, la possibilità di eludere gli impegni intrapresi con la sottoscrizione dei Trattati. La sua nozione, per forza di cose, varia di Stato in Stato ed è, perciò, sottoposta al vaglio della Corte di giustizia [70]. Altre deroghe *esplicite* riconosciute sono state: tutela della vita degli animali, purché ciò non rappresenti un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione al commercio tra Stati membri; la tutela della salute rappresenta una deroga esplicita nell'ambito della libertà di circolazione delle merci (art. 36 TFUE), mentre è ascrivibile alle esigenze imperative atte a giustificare una restrizione della libertà di circolazione dei servizi (art. 56 TFUE). Come si è avuto modo di vedere, quindi, v'è una differenziazione tra le due libertà in parola con particolare riguardo alla tutela della salute. Sarebbe, pertanto, impreciso affermare che la tutela della salute sia – sempre – una deroga esplicita in quanto sarà necessario, attraverso un approccio *case by case,* valutare la sua applicabilità in base alla libertà di circolazione limitata. Sempre in materia di tutela della salute, nel settore delle merci, invece, si assiste ad una certa discrezionalità dello Stato membro sul quale, però, ricade l'*onus probandi* che, secondo le comuni linee guida della scienza medica internazionale, il prodotto possa essere concretamente rischioso per la salute umana[71]. L'esempio di tale applicazione è il commercio di tabacchi. La fissazione, a livello comunitario, delle imposte sulla somministrazione di tabacchi non impedisce che uno Stato membro adotti, invece, misure atte a restringere la consumazione di dette sostanze da parte dei propri cittadini. La tutela della salute, come è comprensibile, è stata oggetto di copiosa giurisprudenza; a mero titolo esemplificativo è stata ritenuta sproporzionata la misura volta a vietare la vendita *online* di lenti a contatto al fine di tutelare la

[70] La nozione di "ordine pubblico" non deve essere quella propria degli Stati membri, ma quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria: cfr. sent. C-369 e 376/1996 del 23 novembre 1999.
[71] Si veda, *ex multis*, sent. *Commissione c/ Germania*, nella Causa C-319/2005.

salute dei consumatori, così come è stata ritenuta incompatibile con l'obiettivo perseguito la misura volta a vietare in modo assoluto la circolazione di sangue prelevato previa compensazione pecuniaria dei donatori in quanto il suddetto obiettivo sarebbe potuto essere perseguito (e raggiunto) anche con misure alternative e meno limitative della libertà di circolazione[72].

Anche in questa materia, particolarmente spinosa proprio a causa della delicatezza degli interessi trattati, assume un ruolo apicale il giudizio di bilanciamento operato dalla Corte di giustizia e finalizzato a valutare la legittimità delle operazioni poste in essere dagli Stati membri che talvolta possono celare restrizioni illecite della libertà di circolazione. In tale ambito, viene riconosciuta direttamente dal Trattato[73], tra l'altro, una particolare ed estesa flessibilità alle imprese esercenti *servizi di interesse economico generale* in virtù della loro acclarata importanza all'interno degli Stati membri. In materia sanitaria, un particolare esempio può essere ricondotto al servizio medico-ospedaliero che nutre di particolari deroghe proprio grazie alla sua natura generale *ex* art. 106, comma secondo, T.F.U.E.

Un discorso a parte va intrapreso per la tutela dell'ambiente. Si tratta di un vero e proprio *tertium genus* tra deroghe esplicite e deroghe implicite, di origine pretoria. La sua natura ibrida ha messo in crisi anche la suddetta divisione, rendendone i contorni certamente più sfocati[74]. Secondo alcuni, la natura piuttosto ibrida di tale tutela sarebbe dovuta al ruolo primario che ha assunto l'ambiente in stretta correlazione col diritto, costituzionalmente garantito, alla salute umana[75]. A ciò si aggiunga la notevole crescita dello sviluppo scientifico

---

[72] Ci si riferisce alle sentenze *Ker-Optika*, C-108/2009, pubblicata in Raccolta I-2010 12213 con riguardo alla commercializzazione di lenti a contatto e *Humanplasma,* C-421/2009, pubblicata in Raccolta I-2010 12869 per ciò che concerne, invece, la circolazione del sangue donato previa compensazione pecuniaria dei donatori.

[73] Ci si riferisce all'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea cit. laddove, al II comma, statuisce che: "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione*".

[74] Si veda, sul punto, *ex multis*, sent. Causa C-388/01 del 16 gennaio 2003, *Commissione c/ Italia*; causa C-153/08 *Commissione c/ Spagna*.

[75] Cfr. G. CAGGIANO, op. cit., pg. 315 e ss.

che è stato in grado di creare maggiore consapevolezza sia nei cittadini dell'Unione che nei loro governanti. Ovviamente con tutte le conseguenze del caso come le note discrepanze e differenziazioni, dovute, in particolar modo, alla diversa sensibilizzazione dell'opinione pubblica. La suddetta caratterizzazione ha portato a giustificare il mantenimento temporaneo di misure nazionali nonostante l'intervento di una fonte armonizzatrice, grazie ad una norma contenuta dapprima nell'Atto unico del 1986 e, successivamente, confermata dai Trattati[76]. A prescindere dalla sua natura ibrida, la tutela ambientale deve comunque sottostare al giudizio di bilanciamento, finalizzato alla valutazione della proporzionalità della misura in riferimento all'obiettivo perseguito. Va qui detto che la Corte ha, finora, adottato un approccio restrittivo rispetto all'uso diffuso di codesta deroga, forse a causa delle carenze probatorie degli Stati membri.

La tecnica del mutuo riconoscimento, come si ha avuto modo di constatare, costituisce, tuttora, uno strumento notevole di integrazione negativa, cioè di attuazione del mercato interno per il tramite delle disposizioni dei Trattati a tutela della libertà di circolazione. A differenza dell'armonizzazione, si è avuto, così, modo di proteggere le varie tradizioni culturali e legislative degli Stati membri. Il principio antesignano del *mutual trust* – ancora molto diffuso soprattutto negli scambi di prestazioni di servizi – è il principio del Paese d'origine. Tra i predetti principi – di cui per una certa dottrina il secondo consisterebbe in una forma rafforzata del primo – sussiste una rilevante differenza: per il principio del Paese d'origine, la legislazione statale si inserisce nell'ordinamento ricevente senza filtri; attraverso il mutuo riconoscimento, invece, tale permeazione avviene tramite la sovrapposizione tra le norme dello Stato di provenienza e quelle dello Stato di destinazione che, di fatto, come si è visto, può eccepire la sussistenza di motivi di interesse generale. In questo caso, lo Stato di destinazione potrà verificare, secondo il citato approccio *case by case*,

[76] In particolare si veda l'art. 114, par. 4, TFUE.

che le garanzie vantate dallo Stato di provenienza siano altrettanto valide ed efficaci rispetto alle proprie.

A quasi 40 anni dalla sentenza *Cassis de Dijon*, dunque, si può definitivamente affermare che il mutuo riconoscimento è senz'altro uno strumento efficace per eliminare le barriere non tariffarie, in grado di produrre un incremento dei prodotti a disposizione dei consumatori europei. Non solo ma esso riesce anche a limitare sensibilmente il processo di omologazione dei prodotti europei, tipico neo dell'omogeneizzazione delle normative per la produzione di beni e la circolazione di servizi che, viceversa, causerebbe un impoverimento delle varietà produttive, fiore all'occhiello del sistema economico europeo.

2.9 Il giudizio di bilanciamento

Il giudizio di bilanciamento venne inaugurato dalla Corte di giustizia con la nota sentenza *Cassis de Dijon* del 1979. Essa individuò una serie di misure ad effetto equivalente indistintamente applicabili. In seguito la giurisprudenza ha enucleato ulteriori esigenze imperative: spetta, però, secondo il citato approccio *case by case*, allo Stato membro di riferimento dimostrare la validità e la legittimità di dette misure con le libertà di circolazione. Le esigenze imperative consentite dal Diritto dell'Unione – e quindi dalla Corte di giustizia – sono state negli anni tante e assai variegate. In questa sede basterà accennare al fatto che, in linea generale, sono state ritenute illecite tutte quelle misure, limitative delle libertà di circolazione, di natura protezionistica mentre, al contrario, sono state considerate pienamente valide quelle finalizzate al perseguimento di politiche sociali poiché ritenute in linea con i principi fondanti delle libertà citate. Ne deriva che le motivazioni prettamente economiche non possono rappresentare esigenze imperative, salvo, com'è ovvio, situazioni peculiari oggetto di valutazione puntuale della Corte di giustizia. Essa, dunque, dopo aver accertato che la misura posta in essere dallo Stato membro costituisca un vero e proprio ostacolo alla circolazione, e dopo essersi assicurata che le esigenze imperative eccepite siano meritevoli di tutela secondo il diritto dell'Unione, si occupa della

rule of reason, ovvero della valutazione sulla proporzionalità della misura adottata in riferimento – secondo un criterio teleologico – all'obiettivo perseguito[77]. Esso deve essere raggiunto attraverso misure che rispettino i criteri dell'unità e della coerenza[78]. L'*onus probandi*, come già accennato, risulta in capo allo Stato membro il quale dovrà dimostrare l'inesistenza di altre misure di minore invasività ugualmente soddisfacenti[79]. Va, infine, ricordato che nel suddetto giudizio di bilanciamento, ricoprono un ruolo apicale anche i Giudici nazionali i quali, come noto, sono tenuti al rispetto del diritto dell'Unione nell'attuazione-applicazione delle leggi nazionali con l'obiettivo di preservarne l'unità e l'organicità anche ricorrendo a strumenti come quello del *rinvio pregiudiziale*. Agli Stati membri, infatti, è permesso, per motivi di interesse pubblico, istituire dei requisiti per l'accesso ad una determinata attività[80]. La Corte, anche in tale ambito, interviene con costanza, dovendo decidere sulla proporzionalità dei requisiti istituiti a livello nazionale attraverso quattro condizioni: *in primis* valuterà se la medesima limitazione è stata intrapresa da altro Stato membro: in caso affermativo, essa sarà illegittima proprio in virtù della citata fiducia reciproca su cui si basa il mutuo riconoscimento[81].

La seconda condizione è quella della oggettività, trasparenza e non discriminazione dell'autorizzazione richiesta, in modo che la procedura sia ben comprensibile agli operatori economici e altrettanto facilmente perseguibile senza discriminazioni ingiustificate; la terza, invece, prevede la necessità che ogni eventuale diniego di autorizzazione possa essere impugnato in sede giudiziale, al fine di contrastare ogni arbitrarietà della pubblica amministrazione statale.

---

[77] Secondo G. CAGGIANO, op. cit., pag. 320, la restrizione, affinché sia considerata proporzionale, deve essere *idonea, necessaria e strettamente pertinente al conseguimento dello scopo perseguito.*

[78] Si veda, sul punto, quanto affermato dall'Avv. generale Poiares Maduro secondo cui quanto appena detto rappresenta un *requisito a tutela dell'integrità dell'iter legislativo e regolamentare e della responsabilità politica vera e propria* degli Stati membri: così, POIARES MADURO, conclusioni del 30 settembre 2009, sent. *Blanco Pèrez e Chao Gòmez*.

[79] Sul punto, sent. *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-297/05.

[80] Si tratta anche in questo caso di una misura limitativa delle libertà di circolazione.

[81] Criterio della *duplicazione*, cfr. sent. Corte di giustizia, 27 giugno 1996, causa C-293/94, *Brandsma*; sent. del 17 settembre 1998, causa C-400/96, *Harpegnies*.

L'ultima, cruciale, condizione riguarda la necessità dell'introduzione dell'autorizzazione: in sostanza la Corte di giustizia dovrà valutare se l'obiettivo perseguito sarebbe potuto essere raggiunto attraverso misure meno afflittive. I suddetti criteri, come è logico, possono essere applicati in maniera (più o meno) elastica a seconda del tipo di libertà di circolazione.

La tecnica adoperata dalla Corte di giustizia, tirando le fila del discorso, si basa sul raffronto tra le libertà di circolazione previste e tutelate dal diritto dell'Unione europea e gli interessi – di natura generale – perseguiti e protetti dagli Stati membri. Tale approccio avviene tramite il *filtro* del giudizio di "meritevolezza" nel diritto dell'Unione[82]; ovvero le misure limitative poste in essere a livello nazionale, oltre che basate su di un interesse di natura generale, dovranno essere degne di tutela sia a livello nazionale - e ciò non causa problemi trattandosi di azioni poste in essere proprio dagli Stati membri – ma, soprattutto, a livello europeo: dovranno, quindi, rispettare il diritto dell'Unione complessivamente considerato – compreso il principio del primato – e i principi generali contenuti nei Trattati definibili, anche, come norme costituzionali europee. Un approccio così delineato, è il sintomo del processo federativo in corso, dove la Corte di giustizia assume, tra le tante funzioni, anche quella *costituzionale*. Appare, altresì, evidente che il richiamato approccio *case by case* dei giudici dell'Unione, porti con sé anche un minimo di incertezza del diritto, contrastata, però dall'utilizzo sempre più fiorente del diritto derivato, atto a ridurre il più possibile – ovviamente nei limiti delle competenze - la discrezionalità degli Stati membri. L'integrazione nel settore del mercato comune, in conclusione, spazia dall'incertezza dell'azione pretoria della Corte di giustizia, all'organicità dell'armonizzazione la quale, senza dubbio, facilita l'attuazione dei principi e del diritto dell'Unione e, altrettanto certamente, limita i poteri discrezionali delle autorità nazionali.

[82] Cfr. G. CAGGIANO, op. cit.

PARAGRAFO TERZO

Il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca nel mercato interno

3.1 Cenni storici

Il mutuo riconoscimento, istituto basato sulla fiducia reciproca tra stati, è divenuto ormai un elemento fondamentale nel contesto dell'Unione europea. Secondo tale principio, i livelli di protezione dei Paesi "stranieri"[83] devono essere considerati come equivalenti anche dagli altri Stati membri, in virtù della fiducia reciproca che deve sussistere tra gli appartenenti all'Unione. Essa si spiega con la condivisione di valori ed obiettivi comuni tra Stati che viene confermata dall'aderenza delle norme interne agli obblighi forniti dai Trattati[84]. In tale occasione, il rapporto tra mutuo riconoscimento e fiducia reciproca si esternalizza in un necessario bilanciamento tra gli interessi dell'Unione europea e quegli degli Stati membri[85].

Secondo autorevole dottrina[86], attraverso questa prospettiva si è in grado di affrontare "[…] the tension between regulation and deregulation, between integration and disintegration, and between unity and diversity present in EU law on a very general level"[87]. Il mutuo riconoscimento, infatti, è un istituto poliedrico ove l'armonizzazione, la proporzionalità e le azioni degli Stati membri si riuniscono in un disegno unitario. Esattamente come accade per le fonti normative nazionali, anche il mutuo riconoscimento ha un lineamento

---

[83] Ci si riferisce ovviamente agli Stati membri dell'Unione e non agli Stati esteri.

[84] Interessante il parere della Corte di giustizia n. 2/13 del 18 dicembre 2014 in occasione dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, citato da T.M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, 2018, Cacucci editore, Bari.

[85] Sul punto si veda l'interessante approfondimento di X. GROUSSOT, G. T. PETURSSON, H. WENANDER, *Regulatory Trust in EU Free Movement Law: Adopting the Level of Protection of the Other*, in *European Papers*, n. 3/2016 pp. 865-892 secondo cui il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca possono rappresentare l'elemento scatenante dell'integrazione europea.

[86] Cfr. X. GROUSSOT, G. T. PETURSSON, H. WENANDER, *Regulatory Trust in EU Free Movement Law: Adopting the Level of Protection of the Other*, in *European Papers*, n. 3/2016 pp. 865-892.

[87] Così, X. GROUSSOT, G. T. PETURSSON, H. WENANDER, *op. cit.*

costituzionale proprio: in primo luogo va evidenziato che una delle regole fondanti il diritto internazionale è la volontà degli Stati nazionali di aderire o meno ad un trattato o ad un ente sovranazionale. Come noto, nell'Unione europea – più volte definita come un'Organizzazione internazionale *à la carte*[88]- gli Stati sono completamente liberi di accedere o meno ad un sistema di cooperazione e di cessione della sovranità via via più invasivo. Si pensi, ad esempio, all'introduzione della moneta unica, accettata solo da un numero più ristretto di Stati, ovvero quelli appartenenti al c.d. *eurogruppo*.

In quest'ottica, nell'attuale sistema unionale, gli Stati membri possono decidere in totale autonomia il grado di protezione richiesto per la produzione di prodotti, per l'organizzazione degli albi professionali, delle licenze, dei diplomi ma, anche, le procedure di salvaguardia nel sistema processuale penale laddove, ovviamente, non vi sia armonizzazione. Il mutuo riconoscimento non modifica tutto ciò ma, *semplicemente*, lo rafforza: il riferimento costituzionale della fiducia reciproca, nel panorama normativo dell'Unione, infatti, può essere ricavato nel principio di *leale cooperazione*, disciplinato dall'art. 4, par. 3 del T.U.E. secondo cui gli Stati membri non possono adottare atti, seppur in materie di loro competenza, che ledano o mettano in pericolo il raggiungimento di obiettivi perseguiti dall'Unione. In un'ottica di cooperazione così particolareggiata, gioca un ruolo apicale la Corte di giustizia che, come si vedrà, ha il compito, secondo un approccio *case by case*, di valutare la correttezza dell'operato degli Stati membri.

Ne consegue che il mutuo riconoscimento, nell'ottica di crescita dianzi evidenziata, ha riguardato *in primis* le vicende relative al mercato, per poi estendere la propria applicazione ad altri ambiti, successivamente al modulare trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione[89].

---

[88] Si veda, sul punto, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 2018, Cacucci Editore, Bari.

[89] Per un interessante approfondimento sul tema, si veda E. BROWER – D. GERARD (Eds), *Mapping Mutual Trust. Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, in EUI Working Papers, 2016 n. 1; C. JANNES, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law,* Oxford, 2013; V. NICOLAÏDIS, *Trusting the Poles? Constructing Europe Through Mutual Recognition,* in, *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 683 e ss.; P. GRASSI, *Il principio del mutuo*

Ciò non comporta, però, una sua applicazione automatica in quanto è sempre necessario un accertamento di equivalenza c.d. funzionale tra lo Stato di origine e quello di destinazione. Ciascun membro, difatti, può negare l'applicazione del mutuo riconoscimento: ma solo qualora esista "un divario troppo grande nei livelli di protezione garantiti dalle rispettive legislazioni o laddove occorrano forme di abuso di diritto nell'aggirare l'applicazione di normative nazionali che prevedano livelli di protezione più onerosi per gli operatori economici che esercitano il diritto alla libera circolazione"[90].

Nel caso in cui, però, l'obbligo del mutuo riconoscimento derivi da atti secondari dell'Unione, volti al ravvicinamento delle normative nazionali[91]gli Stati membri hanno un margine discrezionale sensibilmente inferiore. È stato notato, infatti, che il legislatore europeo, ha introdotto un concetto di mutuo riconoscimento che può essere definito modulare, in grado di variare da forme più blande – che quindi concedono maggiore discrezionalità allo Stato membro – a forme più invasive che riducono, quindi, in maniera drastica, l'intervento del Paese membro[92].

L'obbligo di mutuo riconoscimento, deriva direttamente, come detto, dai principi che ne codificano il suo funzionamento: esso è stato definito quale declinazione del principio di sussidiarietà, laddove consente il permanere di una dimensione nazionale all'interno di un contesto composito ed esemplificazione della fiducia reciproca, necessaria per l'attuazione del processo di integrazione europea[93]. Di essa, si è discusso a livello giurisprudenziale solo di recente con alcune pronunce della Corte di giustizia riguardanti lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la cooperazione giudiziaria in materia penale. La Corte

---

riconoscimento delle legislazioni nazionali nel diritto comunitario, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'unione*, 2006.

[90] T. M. MOSCHETTA, op. cit.; per approfondimenti sul concetto di abuso di diritto si veda anche F. MUNARI, *Il divieto di abuso del diritto nell'unione europea,* in *Diritto e pratica tributaria*, 2015 pag. 519; A. ADINOLFI, *La nozione di abuso di diritto nell'ordinamento dell'Unione europea,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 329.

[91] Ovvero misure di armonizzazione.

[92] M. MOST, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law review*, 2010, pag. 413 e ss.

[93] N. CAMBIEN, *Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market in European Papers*, 2017, pag. 15 e ss.

ha infatti sancito che l'applicazione del diritto UE "implica necessariamente che esista una reciproca fiducia degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse"[94].

Anche se, come si è detto, il mutuo riconoscimento si basa sulla fiducia reciproca che deve intercorrere tra Stati appartenenti all'Unione, all'interno dei Trattati, essa non viene mai esplicitamente menzionata[95]. Si fa riferimento, piuttosto, all'art. 81 e all'art. 82 T.F.U.E. che si occupano del riconoscimento reciproco in materia di cooperazione giudiziaria, rispettivamente in ambito civile e in ambito penale[96]. Un organigramma così delineato dimostra che il principio del riconoscimento reciproco ha valenza primaria e che per disattenderlo sarebbe necessario addirittura modificare i Trattati; ma, ancor più, dimostra anche che tutti gli atti dell'Unione debbano – a pena di invalidità – rispettarlo.

Nemmeno gli atti del Consiglio europeo di Tampere del 1999, noto per l'introduzione del mutuo riconoscimento nella cooperazione giudiziaria, sia penale che civile, accennano al principio della fiducia reciproca[97]. Analogamente, si parla solo di mutuo riconoscimento nel Piano d'azione di Amsterdam e nella decisione-quadro del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo[98]. Può desumersi, quindi, che "[…] il mutuo riconoscimento costituisce un modello operativo suscettibile di essere declinato in meccanismi specifici a

---

[94] Corte di giustizia UE, sent. 11 dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, Raccolta, p. I – 09425, *punto 37*; in dottrina si veda S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, 2017, p. 15 e ss.; con riferimento allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si veda, invece, *ex multis*, B. NASCIMBENE, *Riflessioni sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'Integrazione europea*, 2017, pag. 515 e ss.; N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno Spazio penale europeo. IN tema di riconsocimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurati*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pag. 33 e ss.

[95] Il mutuo riconoscimento viene citato dal T.F.U.E. all'art. 53 in riferimento ad atti amministrativi, ovvero ai diplomi, certificati e altri titoli mentre agli artt. 67,70,81,82 con riguardo allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

[96] Della cooperazione ci si occuperà nel capitolo finale del presente lavoro.

[97] Cfr. Conclusioni del Consiglio europeo del 1999 a Tampere, par. 31.

[98] Si tratta della decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GUCE L 190 del 18 luglio 2002.

mezzo del diritto secondario, essendo così giustificato il suo rango primario; la mutua fiducia è un principio immanente e identitario che ispira quel modello operativo, ma con esso non coincide"[99]. In un primo momento si è affermato che il mandato d'arresto europeo si fonda sul mutuo riconoscimento che, a sua volta, si fonda sulla fiducia reciproca[100] dovuta al fatto che tutti gli Stati membri hanno ordinamenti costituzionali similari, aderiscono alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e sono vincolati, dall'art. 6 del T.U.E. alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[101]. In altre parole, stante l'unitarietà dei principi fondanti gli Stati membri, è stato sancito che non v'era alcun pericolo per la violazione di diritti fondamentali in caso di reciproco riconoscimento di provvedimenti giudiziali emessi da altro Stato membro.

Ciò premesso, la fiducia reciproca mostra agli occhi del diritto comunitario la sua spiccata natura bifasica: *in primis* quale tassello del mosaico dell'integrazione normativa in ambiti assai delicati per gli Stati membri; *in secundis* quale corollario per il riconoscimento delle legislazioni nazionali tra Stati appartenenti all'Unione. Una qualificazione di tal genere, non trova, però, esatta corrispondenza nel mercato interno dove è rimasta legata, più volte, esclusivamente alle pronunce giurisprudenziali. Non può negarsi, dunque, che la sua essenza sia da ricondurre proprio al diffuso convincimento sull'equivalenza delle normative interne adottate dai vari Stati membri[102].

Anche se la fiducia reciproca è alla base del mutuo riconoscimento, va qui precisato che quest'ultimo è "un modello operativo suscettibile di essere declinato in meccanismi specifici a mezzo del diritto secondario, essendo così giustificato il suo rango primario; [mentre] la mutua fiducia è un principio

[99] E. PISTOIA, Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'unione secondo la giurisprudenza della corte di giustizia. Quale è l'intruso?, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, 2017, n. 2 pag. 8.
[100] Si veda per un interessante spunto di riflessione, Corte di Giustizia U.E. C-404/15 *Aranyosi*, par. 77 e, più risalente nel tempo, Corte di Giustizia, sentenza delm30 maggio 2013, *Jeremy c. Premier ministre*, causa C-168/13, par. 50.
[101] Per un approfondimento, oltre alle sentenze citate nella nota che precede, si veda, in tema di riconoscimento ed esecuzione di una decisione giudiziaria in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, *Aguirre Zarraga*, causa C-491/10, par. 70.
[102] Sul punto si veda N. CAMBIEN, op. cit.

immanente e identitario che ispira quel modello operativo, ma con esso non coincide"[103]. L'autonomia dei due principi appare cristallizzata da successivi atti così come interpretati dalla giurisprudenza; nell'ambito della cooperazione giudiziaria, per esempio, la necessità di incrementare la fiducia tra Stati viene, tuttora, giustificata dal perfezionamento del *mutual recognition*. Operazione che non dovrebbe essere così complessa se si tiene conto che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la tutela dei diritti fondamentali è assicurata dalla Carta di Nizza, equiparata ai Trattati.

La portata del mutuo riconoscimento è ancor più evidente nel settore delle merci, lo stesso che ha dato vita ai noti casi giurisprudenziali *Dassonville* e *Cassis de Dijon* cui si è già accennato.

3.2 La pronuncia sul Caso Dassonville

Anche se la fama della celeberrima sentenza *Cassis de Dijon*, per la sua importanza storica e giuridica, non ha quasi rivali – se non forse la sentenza Costa c/ Enel del 1964 – merita un approfondimento accurato anche la sentenza *Dassonville*[104]del 1974 che ha esteso il divieto di introdurre dazi doganali alle misure quantitative e a quelle equivalenti alle restrizioni quantitative nell'ambito degli scambi commerciali. La Corte, in altre parole, ha sancito che per misura equivalente all'introduzione dei dazi doganali deve intendersi "*ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente*[105] *o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari".* Tale giurisprudenza, che ha spianato la strada alla già più volte richiamata sentenza *Cassis de Dijon*, ha sostanzialmente chiarito che imporre delle limitazioni all'importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri tramite l'introduzione di norme tecniche del Paese di destinazione rappresenta una vera

[103] E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'unione secondo la giurisprudenza della corte di giustizia. Quale è l'intruso?*, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, 2017, n. 2.
[104] Corte di giustizia UE, sentenza 11 luglio 1974, C- 8/74.
[105] Sent. *Dassonville* cit.

e propria misura equivalente all'apposizione di dazi doganali, in grado di penalizzare la libera circolazione delle merci e quindi vietata. Secondo i predetti giudici, inoltre, la carenza di armonizzazione in una determinata materia non può giustificare, *ex se*, l'atteggiamento ostativo agli scambi commerciali all'interno del mercato comune.

La vicenda trae origine dall'importazione in Belgio del whisky "Johnnie Walker" da parte del signor Dassonville che, a sua volta, lo aveva acquistato da un fornitore francese. Secondo le autorità belghe, egli aveva posto in essere una violazione delle norme che vietavano l'importazione di liquori senza la prescritta documentazione amministrativa prevista dallo stato importatore; il signor Dassonville, invece, era certo della legittimità del proprio operato in quanto il bene aveva fatto ingresso nello Stato "importatore" attraverso altro Stato membro (nello specifico la Francia) e, pertanto, la sua circolazione doveva ritenersi libera e priva di vincoli in tutta la Comunità. Oltre a ciò veniva evidenziato un contrasto tra le norme che imponevano restrizioni alla circolazione e il Trattato di Roma. Come già anticipato, la Corte di giustizia non solo sposò le tesi del signor Dassonville ma andò anche oltre: secondo i Giudici dell'Unione ogni norma che, direttamente o indirettamente, provocasse una restrizione al commercio doveva essere considerata illecita; la Corte, però, già nel 1974 individuava specifici casi che, al contrario, legittimavano tali politiche in conformità all'art. 36 del Trattato di Roma. Come già detto, esse sono – tuttora – costituite dalla moralità pubblica, sicurezza pubblica, salute umana etc., ovvero le cc.dd. deleghe esplicite.

Ciò premesso, non era altrettanto chiaro quale giudice fosse competente a valutare, caso dopo caso, la prevalenza degli interessi derivanti dall'interpretazione dell'art. 36 citato o, viceversa, quelli attinenti alla libertà di circolazione. Un importante passo in avanti – nella crescita del mercato interno – fu compiuto, solo qualche anno dopo, con la sentenza *Cassis de Dijon*.

3.3 La pronuncia della Corte di giustizia sul caso Cassis de Dijon

I meriti della sentenza in oggetto, all'interno del composito scenario unionale, non furono solo quelli di aver esteso l'applicabilità del mutuo riconoscimento anche alle libertà di circolazione ma, anche, di aver definito le (poche) eccezioni in virtù del richiamato art. 36 del Trattato.

Il mutuo riconoscimento non può essere certamente definito quale fattispecie unitaria all'interno dell'ordinamento dell'Unione. Come già si è avuto modo di accennare, esso è stato introdotto dalla nota sentenza *Cassis*[106] anche se il principio era già stato pronunciato in precedenza dalla sentenza *van Wesemael*[107], solo di due settimane più datata ma non altrettanto fortunata per ciò che concerne la fama. Va qui precisato, però, che né nel corpo della sentenza né nella successiva relazione della Commissione, sono presenti i termini "riconoscimento reciproco" o "principio". La predetta circostanza non può certo essere ignorata anche se, nonostante tale omissione, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la sentenza sulla questione *Cassis* abbia dato i natali al principio del mutuo riconoscimento. Con la sua introduzione pretoria si è riusciti ad ottenere l'effetto di bilanciare gli interessi dell'Unione europea – ovvero la libertà di movimento e la cooperazione – con le esigenze degli Stati membri, tra cui la protezione e la sicurezza all'interno dei confini nazionali. Alla base c'è la concezione secondo cui non possono essere discriminati prodotti, beni, servizi provenienti da altri Stati. In un'ottica sistematica, invece, il principio può essere considerato complementare all'armonizzazione, laddove essa – che consiste nel ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri – non sia concretamente realizzabile a causa delle accentuate divergenze normative. Ciò non toglie, però, come si vedrà a breve, che l'obbligo del mutuo riconoscimento non produca effetti automatici, illimitati e incondizionati ma che, piuttosto, debba sempre essere supportato da un bilanciamento tra i diversi standard esistenti fra paesi

[106] Sentenza *Cassis de Dijon* cit.
[107] Corte di Giustizia UE, 18 gennaio 1979, C-110/78 e C-111/78, *van Wesemael.*

d'origine e paesi di destinazione. Nella sua applicazione, inoltre, devono sempre essere rispettate le norme primarie dell'Unione.

La Corte di giustizia, nel caso *Cassis*, si è quindi pronunciata su di una controversia insorta tra la Germania e la Francia, avente ad oggetto la commercializzazione di un liquore, il *Cassis de Dijon*. La competente Autorità della Germania dell'Ovest, dunque, si era pronunciata sancendo la non commerciabilità del noto liquore francese poiché esso era composto da una percentuale di alcol troppo bassa rispetto a liquori tedeschi (15-20% contro il 32% dei liquori germanici). Successivamente, venne sollevata la questione dinanzi alla Corte di giustizia la quale statuì che eventuali ostacoli da parte degli Stati membri alla libera circolazione potevano essere giustificati esclusivamente da esigenze imperative o interessi generali come la salute pubblica. Secondo la Corte, però, le limitazioni imposte dalla Germania non potevano essere azionate sulla base di una presunta lesione del diritto alla salute pubblica in quanto, tra l'altro, la quantità di alcol contenuta dal liquore francese era sensibilmente inferiore a quella dei liquori tedeschi. I medesimi giudici, inoltre, tennero in considerazione il fatto che il *Cassis de Dijon* veniva prodotto e commercializzato in conformità alle norme di altro Stato membro, ovvero la Francia e, pertanto, in piena aderenza con i principi generali (fondamentali) dell'Unione.

Una delle innovazioni più rilevanti di questa pronuncia è rappresentata dall'estensione del principio di proporzionalità anche all'applicazione di misure restrittive da parte degli Stati membri: "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 ad 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"[108]. Successivamente, proprio grazie alla sentenza in commento, il

[108] Sent. *Cassis de Dijon* cit., par. 8.

principio di proporzionalità ha iniziato a ricoprire un ruolo apicale nel panorama comunitario; non solo nel rapporto tra libera circolazione delle merci e interessi restrittivi, ma, con un effetto a cascata, anche riguardo alle altre libertà. Il principio di proporzionalità, difatti, è certamente uno dei corollari del sistema euro-unitario[109] ma, per l'oggetto della presente ricerca, va qui analizzato nella sua veste *giudiziaria*[110]: esso è in grado di garantire sia l'integrazione del mercato, sia di tutelare la diversità come ulteriore elemento di arricchimento dell'Unione, il cui motto, come noto, è "uniti nella diversità"[111]. L'analisi della proporzionalità e la valutazione della sua intensità ricopre, probabilmente, un ruolo chiave nello stabilire il livello di protezione appropriato per gli Stati membri, addirittura più importante di quello ricoperto dal mutuo riconoscimento[112].

Lo snodo cardine della pronuncia in commento è racchiuso, senza dubbio, al punto 8: "In mancanza di una normativa comune in materia di produzione e commercializzazione dell'alcol [...] spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione ed il commercio dell'alcol e delle bevande alcoliche; gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparita delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti in particolare, all'efficaci dei controlli fiscali, alla protezione della

[109] Il principio di proporzionalità costituisce uno dei corollari del Diritto comunitario, introdotto dall'art. 5, par. 3, T.C.E.; esso stabilisce che l'azione della Comunità (oggi dell'Unione) non deve andare oltre quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi indicati nei Trattati. Il principio assume caratteristiche peculiari rispetto al parallelo principio di stampo internazionale. Nel panorama dell'Unione, infatti, esso ha una duplice natura: *in primis* esige un accertamento del nesso proporzionale fra l'uso dei mezzi utilizzati e gli obiettivi da realizzare, tale da considerare sproporzionate e dunque illegittime le misure del tutto inadeguate o eccessive rispetto allo scopo prefissato (cfr. Corte di Giustizia, sent. 12 novembre 1996, C-84/94, in *Raccolta della giurisprudenza,* p. I-5755 e ss, punto 54 e ss); *in secundis* impone di verificare se tra i mezzi alternativi utilizzabili proficuamente per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, non ne esista uno in grado di causare conseguenze meno negative-invasive (sul punto, Corte di giustizia CE, sent. 11 luglio 1989, C-265/87, *Schrader*, pag. 2237 e ss., punto 21.

[110] X. GROUSSOT, G. T. PETURSSON, H. WENANDER, *Regulatory Trust in EU free Movement Law: Adopting the Level of Protection of the Other?*, in European Papers, 2016, vol. 1, n. 3, pp. 865-892.

[111] U. VILLANI, op. cit.

[112] X. GROUSSOT, G. T. PETURSSON, H. WENANDER, op. cit.

salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori"[113]. In buona sostanza, la Corte di giustizia, ha il merito di aver introdotto, con la sentenza *de qua*, uno strumento di verifica delle esigenze imperative. È vero che laddove non vi sia armonizzazione, lo Stato membro ha discrezione nel disciplinare il commercio e la produzione di merci ma, le eventuali misure restrittive, dovranno essere necessariamente giustificate da esigenze imperative che, poi, dovranno passare il vaglio della Corte di giustizia[114].

3.4 La giurisprudenza successiva

Il merito della giurisprudenza successiva alla sentenza *Dassonville* e *Cassis de Dijon*, è senza dubbio quello di aver ulteriormente chiarito e delineato le caratteristiche fondanti il principio del mutuo riconoscimento, non solo all'interno del mercato comune. La Corte, in tema di libertà di circolazione delle merci, ad esempio, ha ribadito il concetto secondo cui lo Stato importatore, non può imporre prescrizioni ulteriori laddove il prodotto sia conforme a quelle dello Stato membro esportante[115]. E fin qui nulla di nuovo rispetto alla *Cassis de Dijon*, nonostante la Corte abbia specificato tali limiti anche in un settore estremamente delicato come quello inerente agli alimenti umani. In tale prospettiva, i giudici dell'Unione, hanno definitivamente sorpassato il concetto di *trattamento nazionale non discriminatorio*, in favore del principio del paese

---

[113] Così, sentenza *Cassis de Dijon*, cit., par. 8.

[114] In altre parole, uno Stato membro non può impedire l'ingresso e la commercializzazione di un bene legalmente prodotto e/o fabbricato all'interno di altro Stato membro. Il divieto di misure di effetto equivalente, inoltre, non si applica solo a merci prodotte all'interno della Comunità ma anche a quelle ivi regolarmente commercializzate. Godono, infatti, del principio del mutuo riconoscimento anche i prodotti provenienti da uno Stato terzo ed immessi in libera pratica in uno Stato membro; sul punto si richiama la sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administracion General del Estado, Racc. 2002,* p. I-607, punto 37*: "*secondo una ben consolidata giurisprudenza, un prodotto legalmente posto in commercio in uno Stato membro deve poter essere posto in commercio, in linea di principi, in qualsiasi altro Stato membro senza essere soggetto a controlli supplementari, fatte salve le deroghe previste o ammesse dal diritto comunitario".

[115] Interessanti, in tal senso, le pronunce della Corte di giustizia UE, sentenza del 2 dicembre 2000, causa C – 448/98, *Guimont*, par. 27 e Corte di giustizia UE, sentenza del 5 aprile 2001, causa C – 123/00, *Bellamy*, par. 12.

d'origine sancendo come restrizione delle libertà garantite dal Trattato, qualsiasi misura nazionale imposta allo stato importatore.

La giurisprudenza, dunque, inizia ad applicare il principio del mutuo riconoscimento non come metro di giudizio dell'operato di una determinata istituzione nazionale bensì come strumento *automatico* in grado di incentivare e incrementare la circolazione di fattori produttivi all'interno dei confini dell'Unione. L'applicazione di tale principio è dunque diretta, dando per equivalenti le misure introdotte da uno Stato membro, rispetto a quelle richieste da altro Paese intracomunitario.

La presunzione di uguaglianza, però, non è certo universale: gli Stati membri detengono l'*onus probandi* relativamente alla necessarietà delle ulteriori imposizioni interne per esigenze imperative, proporzionate, però, allo scopo perseguito; oltre a ciò spetta sempre allo Stato membro dimostrare che gli obiettivi perseguiti attraverso l'imposizione di ulteriori ostacoli alla circolazione non possa essere raggiunto con metodi alternativi, meno lesivi delle libertà di circolazione. Anche se l'imposizione di condizioni nazionali può essere *giustificata* da interessi generali e da ragioni imperative, gli Stati membri hanno "la facoltà di sottoporre ad un nuovo procedimento d'esame e di autorizzazione un prodotto come quello di cui trattasi, già autorizzato in un altro Stato membro, essendo le loro autorità [...] tenute a contribuire allo snellimento dei controlli nel commercio intracomunitario [...] non possono esigere senza necessità analisi tecniche o chimiche né prove di laboratorio nel caso in cui le stesse analisi e le stesse prove siano già state effettuate in un altro Stato membro ed i relativi risultati siano a loro disposizione o possano, a loro richiesta, essere messi a loro disposizione" [116]. In estrema sintesi, dunque, non v'è un riconoscimento automatico a tutti gli effetti di quanto già effettuato presso lo stato di esportazione ma, più semplicemente, sussiste un divieto dello stato importatore di costringere il primo a duplicare controlli e verifiche già compiute.

[116] Sentenza della Corte di giustizia CE, 11 maggio 1989, C – 25/88, *Wurmer, ved. Bouchara* e sentenza Corte di giustizia CE, 28 gennaio 1986, C – 188/84, *Repubblica Francese*.

3.5 Mutuo riconoscimento e libertà di circolazione: cenni introduttivi

Le libertà di circolazione all'interno del mercato, sono disciplinate dal Trattato (artt. 28 e ss. in relazione ai beni; artt. 39 e ss. per i lavoratori; 43 e ss. sulla libertà di stabilimento; artt. 49 e ss. per i servizi; artt. 67 e ss. per i capitali) e, al di là delle evidenti discrepanze dovute alle caratteristiche di ciascun fattore della produzione, possono essere trattate sistematicamente, dopo averle ricondotte a un modello unitario[117]. Su di esse si discuterà, in maniera dettagliata, nel capitolo secondo del presente lavoro. Le medesime possono essere ricondotte alla fattispecie di *integrazione negativa* in quanto non impongono un intervento attivo dell'Unione, bensì limitano la discrezionalità delle restrizioni in capo agli Stati membri. La Corte di giustizia iniziò ad attuare i divieti derivanti dai Trattati attingendo dal principio di non discriminazione, secondo cui uno Stato membro non poteva imporre limiti alla circolazione di fattori produttivi che fossero diversi da quelli previsti per quelli nazionali. In altre parole, applicando il principio di non discriminazione, le autorità nazionali erano autorizzate ad applicare, anche ai prodotti importati da altri Paesi membri, i procedimenti e le normative interne con conseguente duplicazione di procedure e controlli.

Il meccanismo dianzi richiamato, però, aveva dalla sua lo svantaggio di complicare e di allungare le procedure di importazione, lasciando i mercati dei singoli Paesi membri nella loro individualità. Così facendo, nessun mercato comune poteva ottenersi. Si pensi alle esigenze dei commercianti e imprenditori transfrontalieri che si trovavano costretti a sottoporre le proprie merci a continui controlli, diversi (a volte molto) per ogni Stato membro all'interno del quale intendevano commerciare o con il quale intendevano relazionarsi[118]. Oltre alle

[117] Per un approfondimento, S. WEATHERILL, Pre-emption, harmonisation and the distribution of competence to regulate the internal market, in BARNARD – SCOTT, The Law of the single European Court of Justice & the European economic Constitution, Hart, Oxford e Portland, 1998; A. ARMSTRONG KENNETH, Mutual recognition, anch'esso in BARNARD – SCOTT, The Law of the single European Court of Justice & the European economic Constitution, Hart, Oxford e Portland, 1998.

[118] Per un approfondimento, A. BERNEL, Le principe d'equivalence ou de "reconaissance mutuelle" en droite communautaire, Zurigo, 1996, pag. 18 e ss.

lungaggini burocratiche appena evidenziate, si aggiungevano anche ulteriori costi, spesso insostenibili per imprese di medio-piccole dimensioni che, però, intendevano iniziare un'espansione all'interno della Comunità. L'applicazione del principio del Paese di destinazione, oltre a ciò, esponeva pericolosamente le aziende straniere a discriminazioni occulte, laddove per esse, ottenere le prescritte autorizzazioni, sarebbe stato più difficile e complesso rispetto agli omologhi enti nazionali. In altre parole, una volta eliminate le barriere doganali e le restrizioni quantitative[119] restava un problema di carattere normativo riguardante proprio gli Stati membri e le loro regole sulla produzione/commercializzazione di un bene o un servizio[120]. Secondo autorevole dottrina, infatti, le barriere "costituiscono lo strumento protezionistico più raffinato dei nostri tempi"[121].

Alla luce di quanto sinora premesso, pare necessario approfondire il concetto di integrazione negativa in relazione alle libertà di circolazione che, in breve, si concretizza anche nelle norme che vietano gli aiuti di Stato alle imprese. Nel primo caso le limitazioni riguardano la sovranità dello Stato nazionale che, rimanendo l'unico titolare del potere di concessione della cittadinanza, non può impedire la circolazione di beni, persone, capitali e servizi provenienti da altro Paese membro ma, in realtà, riguarda anche le imprese stesse; nel secondo caso, invece, viene ritenuto illegittimo l'intervento dello Stato membro finalizzato alla concessione degli aiuti di Stato, in grado di violare le norme sulla concorrenza che, come risaputo, è una delle competenze esclusive dell'Unione. La circolazione all'interno del mercato unico europeo, dunque, si snoda nelle richiamate "quattro libertà": persone, beni, capitali e servizi. Esse – di cui si dirà nel successivo capitolo - sono assicurate direttamente dal T.F.U.E. che conferisce determinati diritti agli interessati e, viceversa, impone una serie di

[119] L'art. 3, lett. A) del TCE stabilisce chiaramente "il divieto, tra gli Stati membri, dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente".
[120] Sul punto si veda, A. MATTERA RICIGNANO, La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 1981, pag. 273 e ss.
[121] A. MATTERA RICIGNANO, op. cit., p. 281.

divieti agli Stati membri[122] proprio a tutela della circolazione. Tali disposizioni, di grande rilievo, contengono norme di natura precisa, dettagliata e incondizionata, producendo, così, effetti diretti negli Stati con conseguenti diritti dei soggetti interessati, direttamente applicabili attraverso l'intervento pretorio – a volte addirittura creativo - dei giudici nazionali.

Ciò premesso, si comprende l'incredibile crescita portata avanti dall'Unione dal 1957 ad oggi. Quando i sei Stati fondatori crearono la Comunità economica, avevano senza dubbio l'obiettivo di promuovere e incrementare le politiche economiche per "uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano"[123] ma, di certo, non potevano pronosticare un futuro di pura sovranazionalità. L'attuazione del mercato comune, inizialmente, veniva affidata all'eliminazione delle discriminazioni dovute alla nazionalità, all'origine, alla destinazione o al luogo di residenza o stabilimento[124]. All'epoca del Trattato CE, uno strumento di tutela di tal genere, sembrava assolutamente idoneo a proteggere (e incentivare) il mercato interno e, di conseguenza, la crescita della Comunità economica. Ben presto, però, con l'intensificarsi dei commerci, ci si rendeva conto del rischio che il mercato comune fosse ramificato in tanti compartimenti, uno per ogni Stato membro. Ciò si verificava – e in parte si verifica tuttora – a causa della disomogeneità delle legislazioni nazionali in materia di mercato e commercio. Lo strumento positivo di cui si è già parlato fu quello del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, tramite l'armonizzazione. Accanto al sistema positivo poc'anzi delineato, si è sviluppata, in via parallela, un'ulteriore tecnica[125], costituita dall'affidamento alla Corte di Giustizia e ai giudici nazionali del compito di decidere sulla regolarità delle misure arbitrarie poste in essere dagli Stati membri al fine di tutelare le esigenze della libertà di circolazione.

---

[122] Cfr. L. DANIELE op. cit., secondo cui si tratta della c.d. integrazione negativa.
[123] Art. 2 del Trattato CEE antecedentemente al Trattato di Maastricht.
[124] Cfr. TCEE art. 30, art. 34 n. 2, art. 43 secondo comma, art. 60, secondo comma.
[125] S. NICOLIN, op. cit. pag. 5 e ss.

Il suddetto compito, in capo alla Corte di Giustizia, è stato definito "cruciale"[126], riguardando proprio l'organizzazione e il controllo delle misure adottate dagli Stati membri al fine di regolare proprio la circolazione delle persone, dei beni, dei capitali e dei servizi. Il mercato interno, infatti, rappresenta oggi una delle materie di competenza concorrente Unione-Stati membri più importanti.

Ciò premesso, appare necessario soffermarsi brevemente sulla libertà di circolazione delle merci, probabilmente la più rilevante tra tutte. Non a caso, infatti, è la prima ad essere disciplinata dal Trattato. Essa è fondamentalmente composta da tre aspetti principali: l'unione doganale[127], il divieto di imporre – da parte degli Stati membri – misure fiscali discriminatorie in relazione ai prodotti importati internamente all'UE[128] e, infine, l'abolizione delle restrizioni quantitative degli scambi di merci, nonché qualsiasi misura ad effetto equivalente[129].

Per meglio comprendere le interazioni del mutuo riconoscimento con il sistema composito e complesso del mercato interno, si ritiene necessario approfondire in questa sede il terzo elemento, ovvero l'abolizione delle restrizioni quantitative degli scambi di merci e delle relative misure ad effetto equivalente. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, devono intendersi tali "tutte le misure che impongono una totale o parziale restrizione, secondo le circostanze, alle importazioni, alle esportazioni o al transito dei beni"[130].

Sicuramente più complessa è, invece, la definizione di *misura ad effetto equivalente* che, come la precedente, non è oggetto di definizione all'interno dei Trattati. Una prima ipotesi di definizione è stata introdotta dalla direttiva 70/50/CEE, adottata dalla Commissione in virtù dell'art. 33, par. 7, del TCE –

[126] Cfr. G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. VII (2012), pp. 295 e ss.
[127] Sancita dagli artt. Da 25 a 27 del TCE.
[128] Prevista dall'art. 90 del TCE.
[129] Così come previsto dagli artt. da 28 a 31 del TCE. Sul punto si veda L. DANIELE, *Il diritto materiale della comunità europea,* Milano, 2000, pp. 33-75.
[130] Si veda la sentenza del 12 luglio 1973, causa C 2/73.

norma ormai da tempo abrogata[131]. Essa individuava tre fattispecie restrittive vietate: le restrizioni formali, quelle materiali e le misure nazionali non discriminatorie ma sproporzionate rispetto ai fini propri di una regolamentazione commerciale. Secondo la predetta direttiva, dunque, sarebbero state legittime le misure indistintamente applicabili purché non sproporzionate a regole commerciali. Più completa, però, è senza dubbio la definizione fornita dalla Corte di giustizia con la sentenza *Dassonville*[132]. In tale ambito, il merito più rilevante della pronuncia in commento, è da ascriversi all'introduzione del concetto di "ostacolo" come base per l'individuazione della misura equivalente a prescindere dai suoi effetti più o meno discriminatori nei confronti delle merci provenienti da altri Stati membri.

3.6 Gli ostacoli al mutuo riconoscimento

L'applicazione del mutuo riconoscimento, a partire dalla sentenza appena oggetto di commento, è stata straordinaria per il progresso dell'Unione. Non va dimenticato, però, che diversi ostacoli ne hanno limitato la diffusione: *in primis* ci si riferisce all'ignoranza dell'esistenza del principio da parte di imprese e autorità nazionali. Altro ostacolo è (l'eccessiva?) tutela dei consumatori che comporta – conseguentemente – controlli spesso non essenziali presso gli Stati di destinazione. Ciò ha implicato che spesso la commercializzazione di fattori della produzione è stata conformata a questi ultimi o, addirittura, è stata sospesa relativamente a determinati Paesi proprio a causa delle riportate difficoltà. Secondo la Commissione, infatti, "in assenza di un'armonizzazione comunitaria le norme tecniche nazionali determinano spesso ostacoli tecnici alla libera circolazione di prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro. Questi ostacoli sono tuttora comuni: si calcola che nel 2000 essi abbiano ridotto

[131] L'art. 33, par. 7 TCE sanciva che: "mediante direttive della Commissione sono stabiliti la procedura e il ritmo dell'abolizione tra gli Stati membri delle misure di effetto equivalente a contingentamenti, esistenti alla data di entrata in vigore del presente Trattato".
[132] Sentenza dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Gustava Dassonville,* in Racc. 1974, p. 837. Si veda cap. I, par. 3 di questo lavoro per un approfondimento.

del 10%, ovvero di 150 miliardi di euro, il commercio di beni nel mercato interno"[133].

Una prima soluzione fu paventata dalla Commissione nel 2003, attraverso una Comunicazione [134] interpretativa, destinata a far meglio comprendere l'attuazione del mutuo riconoscimento. Tutto quanto premesso, però, nonostante gli interventi delle Istituzioni europee, la presenza degli artt. 28 e 30 del TCE, la sentenza *Cassis de Dijon*, la commercializzazione di alcuni prodotti all'interno del mercato si presentava (e in parte si presenta tuttora) intrappolata nell'atteggiamento ostico di alcuni Stati membri i quali, dinanzi ad un prodotto "estero" - con caratteristiche non del tutto conformi ai propri standard – ne limitavano l'accesso o, al più, lo ritardavano. Pertanto, nella Comunicazione si affrontano tali problematiche, partendo dalla constatazione che il mutuo riconoscimento – troppo spesso – non viene applicato automaticamente in quanto sottoposto ad un "diritto di scrutinio"[135]. Secondo la Commissione, dunque, solo l'apposizione di norme tecniche chiare e incontrovertibili potrebbe evitare l'eccessiva espansione della discrezionalità statale.

Lo Stato di destinazione, quindi, in virtù della citata Comunicazione, può limitare la circolazione all'interno dei propri confini solo con decisione motivata e con l'introduzione di regole tecniche proporzionate agli obiettivi di interesse generali perseguiti. Il diritto di scrutinio, però, non può essere in nessun caso di natura preventiva, bensì solo successivo attraverso ispezioni e verifiche tecniche. Nonostante l'intervento del 2003, però, la situazione pareva ancora densa di difficoltà tanto che il legislatore comunitario ha pensato bene di emanare ben altro strumento, il Regolamento n. 764 del 2008[136].

---

[133] Documento allegato alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate norme tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro e che abroga la decisione n. 3052/95/CE, p. 2.

[134] Comunicazione interpretativa della Commissione 2003/C/265/02, volta a facilitare l'accesso di prodotti all'interno del mercato attraverso il mutuo riconoscimento.

[135] Per un interessante approfondimento sul diritto di scrutinio nell'ambito del mercato interno, si veda F. CAVAZZONI, *Il mutuo riconoscimento e la sua applicazione a livello comunitario (2003-2008)*, Istituto Bruno Leoni, 10 aprile 2010, p. 5 e ss., Torino.

[136] Regolamento CE n. 764/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008 il quale introduce le procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro e che abroga la decisione n. 3052/95/CE.

La differenza dei mezzi utilizzati è evidente: mentre la Comunicazione del 2003 si presentava come una sorta di *vademecum* pratico, il Regolamento del 2008 – essendo di portata generale, vincolante in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile – produce delle conseguenze differenti. Esso si inserisce automaticamente all'interno dei sistemi legislativi degli Stati membri, rappresentando uno strumento più incisivo e deciso. In buona sostanza, "gli organi comunitari, constatata l'insufficienza da un punto di vista pratico della Comunicazione del 2003, sono in tal modo tornati sulle stesse questioni per affermare definitivamente, con un altro strumento più penetrante e meno discrezionale, come debbano essere svolte le procedure per l'applicazione di una regola tecnica, quali informazioni debba fornire l'operatore economico all'autorità competente dello Stato di destinazione che vigila sui livelli di garanzia del prodotto e, come già era stato fatto per la comunicazione, stabilire come debba essere trasmessa la decisione motivata e quali informazioni debba contenere" [137].

In altre parole, l'obiettivo del Regolamento citato è il medesimo della Comunicazione di qualche anno prima, ovvero ridurre al minimo la discrezionalità degli Stati membri sulla applicazione di regole tecniche tali da limitare il funzionamento del mutuo riconoscimento e – di conseguenza – capaci di congelare le libertà di circolazione all'interno del mercato comune.

3.7 Gli ausili normativi al mutuo riconoscimento

Da quanto sinora detto, appare ormai chiaro che nei settori nei quali non vi sia armonizzazione, gli Stati membri possono decidere come autoregolamentarsi. Nell'ambito delle libertà di circolazione, però, qualora si tratti di fattori di produzione provenienti da altro Paese membro, i Trattati dispongono che per poter applicare la normativa nazionale (più stringente) gli Stati debbano dimostrare la necessità della restrizione per i già richiamati

[137] Così, F. CAVAZZONI, op. cit., pag. 6.

interessi di ordine pubblico generale. Le normative interne, a prescindere, non dovranno essere sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti. È evidente, quindi, che l'integrazione attraverso il mutuo riconoscimento sia alternativa all'armonizzazione nell'ottica di un concreto raggiungimento degli obiettivi del mercato interno. Sulla scorta della rivoluzionaria pronuncia sul caso *Cassis de Dijon,* gli Stati membri iniziarono a sollecitare un maggiore sviluppo del mutuo riconoscimento nell'ambito del mercato interno come vera e propria alternativa all'armonizzazione. Ciò è dimostrato dall'introduzione nel Trattato CE degli articoli 100 A) e 100 B) ad opera dell'Atto Unico del 1986, ovvero solo pochi anni successivo alla predetta pronuncia.

Il primo incentra il proprio contenuto sul ravvicinamento degli ordinamenti nazionali come strumento utile per il mercato interno. L'art. 100 B), invece, insisteva sul mutuo riconoscimento quale mezzo sistematico da utilizzare per gli obiettivi del mercato interno. Anche se il Trattato di Amsterdam ha abrogato il richiamato articolo 100 B), il suo contenuto è certamente utile per comprendere l'essenza della fiducia reciproca nel sistema del mercato interno, considerata quale terza strada percorribile oltre alla diretta applicazione delle norme dei Trattati e oltre al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali [138]. Tale disposizione, dunque, prevedeva la realizzazione di un sistema attraverso cui il Consiglio, "deliberando secondo le disposizioni dell'art. 100 A)" poteva "decidere che talune disposizioni in vigore in uno Stato membro" sarebbero dovute "essere riconosciute come equivalenti a quelle applicate da un altro Stato membro".

È noto che l'articolo in commento, però, non abbia riscosso particolare fortuna, così come il procedimento ivi indicato, tenuto conto – esemplificativamente – del fatto che durante la sua vigenza non è stato adottato alcun atto secondo la citata procedura[139]. La situazione, a dire il vero, non deve

[138] Così, M. GARDENES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancí y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, pp. 959-962.
[139] R. CAFARI PANICO, *Il principio di sussidiarietà e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali*, in Jus, 1994, p. 388 e ss.

stupire se si pensa che la norma *de quo* è stata incastonata tra l'art. 30 CE, sul mutuo riconoscimento e l'art. 100 A), destinato a completare il sistema delle libertà di circolazione in tutti quei casi in cui, a causa delle disparità di trattamento, si vedeva necessario operare un ravvicinamento delle legislazioni. Oltre alle ipotesi di cui all'art. 100 B), nei settori non armonizzati, le possibilità di circolazione intra-comunitaria dei beni risultavano affidate all'art. 28 CE[140]. Per esigenze di coerenza e trasparenza, il legislatore comunitario – vista la delicatezza della vicenda – intervenne per rendere maggiormente efficace il controllo sulle misure statali in grado di costituire un potenziale ostacolo all'importazione di beni provenienti da altri Stati. Due gli strumenti: la direttiva 83/189/CEE, poi sostituita dalla direttiva 98/34/CE [141] e la decisione 3052/95/CE[142]. Tramite esse, venne introdotto un concreto ausilio all'adozione del mutuo riconoscimento volto all'eliminazione degli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci.

La direttiva 98/34/C del 22 giugno 1998 [143], inserì delle procedure d'informazione "preventive" nell'ambito delle norme e delle regolamentazioni tecniche[144]. Nonostante la sua recente abrogazione, la portata della direttiva in commento è senza dubbio notevole. Essa ha introdotto il concetto di regola e norma tecnica. La prima è definita come una specificazione tecnica o altro requisito la cui osservanza sia obbligatoria di fatto e di diritto per la commercializzazione o l'utilizzazione in uno Stato membro; le norme tecniche sono, sempre secondo la citata direttiva, le disposizioni dei paesi membri atte a vietare la fabbricazione o comunque l'utilizzazione di un determinato prodotto commerciale[145].

---

[140] Oggi divenuto l'art. 34 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.
[141] Sostituita ed abrogata dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015 n. 1535/15.
[142] Sostituita ed abrogata dal Regolamento UE n. 764/2008, del 9 luglio 2008.
[143] In GUCE n. L 204 del 21 luglio 1998, pp. 37-48.
[144] S. WEATHERILL, *Compulsory Notification of Draft Technical, Regulations: The Contribution of Directive 83/189 to the Management of the Internal Market*, in *YearBook of European Law*, Vol. 16, 1996, pp. 129-204.
[145] La nozione di regola tecnica è stata varie volte interpretata in senso restrittivo dalla Corte di giustizia che l'ha fatta coincidere con la fissazione di caratteristiche dei prodotti e non invece con le condizioni generali di fabbricazione o commercializzazione (sul punto, V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'equivalence et de reconmaissance mutuelle dans la libre prestation*

La direttiva in commento consta di due procedure distinte: la prima riguarda le regole tecniche ed opera tra Stati membri e Commissione; la seconda, invece, si occupa della divulgazione delle informazioni tra organismi nazionali e comunitari. In questa sede approfondiremo più il primo aspetto. Il punto cruciale dell'atto vincolante è rappresentato, a parere di chi scrive, dall'art. 8, il quale obbliga gli Stati membri a comunicare "immediatamente alla Commissione europea ogni progetto di regola tecnica, salvo che si tratti del recepimento integrale di una norma internazionale e europea". Successivamente, la Commissione trasmette "senza indugio" agli altri Stati il progetto di regola tecnica; una volta comunicato il progetto alla Commissione, il Paese deve sospendere l'attuazione della regolamentazione nell'attesa di un riscontro – chiamato parere – della Commissione stessa o di altro Stato membro. Esso deve avere ad oggetto i motivi per i quali i provvedimenti di natura tecnica creerebbero un ostacolo alla libera circolazione dei fattori produttivi. Oltre a ciò, va specificato che lo Stato membro adottante deve altresì sospendere l'attuazione delle norme tecniche laddove la Commissione, notifichi, nei tre mesi successivi, la volontà di proporre (o adottare) un atto vincolante.

In altre parole, con l'introduzione della direttiva in commento, è stato realizzato un sistema tale da costringere gli Stati a sospendere l'applicazione di nuove tecniche senza il previo assenso (implicito o esplicito) della Commissione. La *ratio* è evidente, ovvero evitare che improvvisamente uno Stato membro possa realizzare qualche intervento di natura tecnico tale da minare la libertà di circolazione dei fattori produttivi. Il dato interessante del procedimento sta nel fatto che sia la Commissione sia gli stessi Stati membri possono inviare osservazioni e deduzioni al fine di evitare l'introduzione di normative tecniche lesive agli interessi della Comunità.

---

de services, 1999; si veda anche il più recente V. HATZOPOULOS, *Mutual Recognition in the Field of Services*, in I LIanos ad O Odudu (eds), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration,* in *Cambridge University Press*, 2012, pp. 59-98.

La prevenzione della realizzazione di ostacoli alle libertà fondamentali è stata assai efficace, proprio grazie alla direttiva 83/189/CEE[146], tanto che sono intervenuti ben seimila emendamenti alle proposte degli Stati membri. Tale successo, con tutta evidenza, deve ricollegarsi a due motivi principali: il primo riguarda il fatto che, pur non potendo né la Commissione né i Paesi membri, impedire forzosamente l'adozione di una norma tecnica, possono, però, emanare pareri ed osservazioni ancora prima dell'entrata in vigore di quest'ultima e, quindi, eventuali modifiche sono certamente più snelle e semplici da portare avanti.

La seconda ragione consiste nell'obbligo di trasparenza cui sono inderogabilmente sottoposti gli Stati membri: essa fa sì che le Istituzioni dell'Unione, così come gli altri membri, possano individuare preventivamente eventuali lesioni agli artt. 28 e 30 TCE e segnalarle prontamente alla Corte di giustizia. Un ruolo apicale è svolto anche dal principio di sussidiarietà, secondo cui agli Stati è consentito legiferare pur guardando gli atti realizzandi da una prospettiva comunitaria[147]. Sul punto giova ricordare anche l'intervento della Corte di giustizia che con la sentenza CIA *Security International* del 1996 ha sancito chiaramente la inoppugnabilità delle norme tecniche adottate dagli Stati membri senza il rispetto della preventiva notifica di cui alla direttiva poc'anzi analizzata[148]. La sentenza in commento, quindi, rappresenta un *input* indirizzato agli Stati affinché essi rispettino gli obblighi di comunicazione preventiva[149],

---

[146] Cfr. V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, pag. 374; per un approfondimento sulla introduzione della nuova procedura di comunicazione alla Commissione di progetti di natura tecnica, si veda invece E. GIPPINI – FOURNER, M. S. LA PERGOLA, *La nouvelle procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe du libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté*, in *R.M.U.E.*, n. 4, 1996, p. 172-182.

[147] Interessante il commento di A. MATTERA, *Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditiones et des diversités nationales, régionales et locales*, in R.M.U.E., 1998, n. 2, p. 13.

[148] Corte di giustizia CE, sentenza del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International SA c. Signalson SA Securitel SPRL*, in *Racc.*, 1996, p. I-2206.

[149] Il principio è stato confermato anche da altra giurisprudenza tra cui sent. del 4 giugno 1998, causa C-226/97, *Johannes Martinus Lemmens*, in Racc., 19998, p. I-3711; interessanti gli spunti forniti da S. WHEATHERILL, *A Case Study in Judicial Activism in the 1990s: the Status before National Courts of Measures Wrongfully Un-Notified to the Commission,* in O'KEEFEE D. e BAVASSO A, F. (a cusa di), *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, in *The Hague/London/Boston: Kluwer Law International*, volume 1, 2000.

necessari per il raggiungimento del mercato interno nei settori non armonizzati. Le direttive 83/189/CEE e 98/34/CE hanno dato il via a una prassi tecnica a cui può darsi il pregio speciale di aver introdotto esplicitamente le clausole del mutuo riconoscimento. Esse, fin da allora, hanno avuto il compito di escludere il potere normativo dello Stato membro di importazione laddove il prodotto fosse proveniente da altro Stato in maniera legale.

Oltre alla citata direttiva 98/34/CE, la Commissione, nel 1995 ha varato la decisione 3052/95/CE[150] – in vigore dal 1° gennaio 1997 – con l'intento di formalizzare un procedimento di informazione congiunta sugli strumenti nazionali in deroga ai principi di libera circolazione. Con l'introduzione di tale atto normativo venne imposto agli Stati membri di comunicare preventivamente alla Commissione l'attuazione di norme con possibile compromissione delle libertà di circolazione. Interessante è l'analisi delle modalità di comunicazione: va rilevato che la procedura in oggetto deve essere azionata per qualsiasi misura adottata dalle autorità nazionali, eccezion fatta per quelle giudiziarie. L'obbligo sussiste per le misure che producano il divieto generale o il diniego dell'autorizzazione all'immissione in commercio ma anche per tutti quegli atti che causino una modifica del modello o del tipo di prodotto o, da ultimo, il ritiro dal commercio del medesimo. Tale procedura, ovviamente, non si applica in casi di armonizzazione comunitaria né in caso di misure attuate al solo fine di tutela dell'ordine pubblico e della morale. E su questo punto potrebbe aprirsi un discorso a sé stante, tenuto conto del fatto che – ad avviso di chi scrive – sarebbe del tutto facile eludere gli obblighi indicati attraverso la scusante della tutela dell'ordine pubblico e della morale. Va però detto che, anche laddove siano invocate tali scusanti, lo Stato membro sarebbe soggetto ugualmente alla verifica da parte della Corte di giustizia secondo i noti e già richiamati principi di bilanciamento. L'efficacia attuativa della citata decisione ricalca similmente l'art. 28 TCE pur distinguendosi da esso sotto alcuni punti di vista: ad esempio le misure "ad effetto equivalente" non sempre richiedono la preventiva notifica

[150] Decisione 3052/95/CE del Parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 1995, entrata in vigore il 1 gennaio 1997.

se emesse dall'autorità giudiziaria nazionale o se frutto di tutela di ordine pubblico e/o morale.

Successivamente alla notifica, però, non è previsto alcun potere della Commissione di sospendere l'esecuzione della misura restrittiva né – tantomeno – di ordinarne la revoca. Vanno ora analizzate le conseguenze della mancata notifica: sicuramente potrà essere attuata una procedura di infrazione nei confronti dello Stato inadempiente, anche se, normalmente, la Commissione utilizza tale strumento solo laddove l'omissione rappresenti anche una violazione di norme sostanziali contenute nei Trattati. Interessante anche il caso degli effetti nei confronti dei terzi-cittadini delle omissioni degli Stati membri. Sul punto la dottrina maggioritaria tende ad escludere che il mancato invio della documentazione per via dei poteri di controllo della Commissione possa comportare un'assenza di responsabilità da parte dello Stato membro nei confronti dei terzi danneggiati; inopponibilità, invece, esclusa nel caso in cui la norma europea preveda esclusivamente un dovere di semplice informazione e non anche di controllo. In tale ultimo caso, però, una pronuncia giudiziale del giudice nazionale può ribaltare la situazione.

In alternativa, l'inadempimento dello Stato membro può portare alla sua condanna al risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario. Utile precisare, a questo punto, il contenuto della scheda informativa che gli Stati membri devono notificare alla Commissione. Esso è individuato dall'allegato alla citata decisione in cui si precisa che la scheda debba contenere "i motivi di interesse generale a giustificazione delle misure adottate" ed indicare "su quali punti le norme nazionali o le condizioni conformemente alle quali è fabbricato o commercializzato il prodotto in questione non garantiscono una protezione equivalente dell'interesse generale".

Da tali disposizioni si evince chiaramente che all'interno dell'Unione – già dalla fine degli anni '90 – vigeva una sorta di presunzione generale sulla legalità delle importazioni di fattori produttivi derivanti da altri Stati membri, anche se non oggetto di armonizzazione. Si tratta di un'inversione dell'*onus probandi* a carico dello Stato di importazione che ha l'onere di dimostrare per quali ragioni il

prodotto importato non sarebbe in grado di garantire gli interessi generali e morali di cui lo Stato si fa portatore.

Gli atti comunitari in commento, seppur datati, furono introdotti proprio per facilitare la circolazione intracomunitaria. Oltre a ciò, però, le istituzioni europee non hanno messo in secondo piano la sicurezza dei prodotti oggetto di circolazione, per esempio grazie all'introduzione della direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti[151]. Essa impone agli Stati membri, anche in assenza di armonizzazione, di attuare nei propri ordinamenti interni tutte le norme necessarie a garantire la sicurezza dei fattori produttivi oggetto di circolazione intracomunitaria.

Estremamente rilevante è il contenuto dell'art. 13 della citata direttiva 2001/95/CE laddove prevede che se la Commissione dovesse verificare che "determinati prodotto presentano un rischio grave per la salute e la sicurezza dei consumatori in diversi Stati membri" può imporre agli Stati membri oggetto di accertamento di adottare provvedimenti, anche d'urgenza, volti ad evitare la circolazione di detti prodotti all'interno degli spazi comunitari; ciò assume particolare rilevanza se si tiene in considerazione il fatto che trattasi di materie non armonizzate[152]. La particolare procedura in commento non si applica, però, ai generi alimentari e ai mangimi, oggetto – a loro volta di altra disciplina regolamentare, visti gli interessi in ballo[153].

---

[151] Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *G.U.C.E.*, L 11 del 15 gennaio 2002, pp. 4-17.

[152] L'art. 13 della direttiva 2001/95/CE ha il suo precursore nell'art. 9 della direttiva 92/59/CEE in relazione al quale va segnalata la pronuncia della Corte di giustizia nella sentenza del 9 agosto 1994, causa C-352/92, *Germania c. Consiglio*, in *Racc.*, 1994, p. I-3681 dove viene precisato che il potere conferito alla Commissione di imposizione nei confronti degli Stati membri è volto all'attuazione di provvedimenti a tutela della sicurezza e incolumità pubbliche. Va chiarito, però, nei quattro anni della sua vigenza, la procedura in oggetto è stata azionata solo una volta.

[153] Per un approfondimento sul tema degli alimenti si veda F. ALBISINNI, *La sicurezza alimentare nell'Unione europea* (commento al reg. 178/2002) a cura dell'IDAIC, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003.

3.8 Il mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria

Il mutuo riconoscimento è, come detto nella parte introduttiva, un istituto poliedrico, in grado di applicarsi a vari segmenti del diritto comunitario e non solo, quindi, al mercato interno. Un settore in cui esso ricopre un ruolo non soltanto fondamentale ma anche strategico, è quello della cooperazione giudiziaria. Essa è stata inserita come "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht del 1992 per poi divenire parte integrante con i Trattati di Amsterdam e Nizza. Si tratta, in altre parole, di una stretta collaborazione tra le Autorità giudiziarie degli Stati membri volta ad appianare le differenze esistenti tra sistemi giudiziari. In ambito penale, la predetta collaborazione ha condotto alla creazione di uno Spazio giudiziario europeo unificato; ciò è stato possibile proprio grazie all'applicazione dei corollari del mutuo riconoscimento.
Tale principio è stato affermato per la prima volta nel 1999 durante il noto Consiglio europeo di Tampere, ove è stato affermato che la reciproca fiducia sarebbe dovuta essere la pietra angolare della cooperazione giudiziaria sia in materia civile che penale.

Questo spirito emerge già dai primi anni '90 del secolo scorso anche se, come detto, sarà necessario attendere il predetto Consiglio di Tampere del 1999 per assistere, concretamente, ai natali del mutuo riconoscimento, destinato, ormai, a "sostituire […] l'assistenza reciproca anche rafforzata creata dall'accordo di Schengen".[154] A Tampere, inoltre, si programmò una strategia operativa definita doppio binario, espressione che permette di individuare cumulativamente i due strumenti necessari al miglioramento dei rapporti di cooperazione fra Stati membri: il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie[155] e l'armonizzazione dei sistemi legislativi nazionali (di cui si è già parlato in termini generali).

---

[154] Così P. BALBO, *Il mandato d'arresto europeo tra mutuo riconoscimento penale virtuale e reale*, in Relazione al Convegno dal titolo 'L'integrazione europea e la cooperazione giudiziaria in materia penale', Roma, 17 giugno 2005.
[155] Tale principio non è stato evocato solo a Tampere ma ha costituito l'oggetto del Consiglio europeo di Cardiff del giugno 1998 ed è stato incluso nel piano di azione del Consiglio per dare attuazione al Trattato di Amsterdam del dicembre 1998.

La realizzazione di uno spazio giuridico comune si presenta, però, come tendenziale, ovvero necessita di un macchinoso processo di avvicinamento per gradi[156] che, tra l'altro, nemmeno assicura il raggiungimento dell'obiettivo, data la difficoltà di omogeneizzazione di sistemi giuridici spesso assai diversi. Il mutuo riconoscimento è sembrato, dunque, il mezzo più intuitivo e più efficace per raggiungere la tanto bramata omogeneizzazione normativa all'interno della Comunità.

Nel corso del terzo capitolo si analizzerà il ruolo del mutuo riconoscimento nello Spazio di sicurezza, libertà e giustizia e la sua applicabilità in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Un tipico esempio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria è rappresentato dal mandato d'arresto europeo che, difatti, si presenta come "il frutto di un delicato sistema a tre fra i principi fissati dalla direttiva-quadro, la normativa di recepimento approvata dal nostro parlamento e l'interpretazione che di tali due fonti sta fornendo il giudice di legittimità"[157] oltre che, com'è ovvio, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Secondo buona parte della dottrina[158], il mutuo riconoscimento rappresenta l'unica vera strada da percorrere sul fronte del potenziamento operativo di strumenti di cooperazione in materia penale. Esso assurge a ruolo di presupposto per il riconoscimento automatico di decisioni giudiziarie emesse da altri Stati membri e si presenta come lo strumento più adeguato per aggirare il problema delle discrepanze legislative. Attraverso questo meccanismo, infatti, non è più necessario, ai fini della cooperazione giudiziaria in materia penale, che vi sia uniformità dei precetti normativi nazionali poiché basterà che venga assicurata una "mera corrispondenza delle garanzie procedurali e dei principi cardine propri dei diversi sistemi repressivi statali, nel cui rispetto le decisioni da riconoscere sono adottate"[159]. Da ciò emerge la duplice veste del mutuo

---

[156] Per una analisi approfondita si rinvia a: DELLA MONICA, *Il mandato d'arresto europeo,* 2012, Giappichelli

[157] Così A. PAGLIANO in op. cit.

[158] Così F. CAPRIOLI, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia, in AA.VV., L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio tra priorità repressione ed esigenze di garanzie*, a cura di T. Rafarci, 2007, Milano

[159] Così F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2010

riconoscimento: esso è sia il presupposto, che il fine di questo processo di trasformazione.

Dopo quasi vent'anni dal Consiglio di Tampere, possiamo affermare apertamente che, mentre l'armonizzazione dei sistemi legislativi è stata assai difficile a causa delle resistenze di alcuni Paesi a cedere parte della loro sovranità in un ambito molto delicato come quello del diritto penale, lo stesso non può dirsi per il mutuo riconoscimento: è divenuto uno strumento assai diffuso non solo in campo penalistico ma anche in quello civilistico, amministrativistico, commercialistico. In buona sostanza, esso, può essere definito come uno dei corollari della crescita dell'Unione europea negli ultimi anni. Questa massiccia diffusione è dovuta alla reciproca fiducia tra Stati membri che permette un rapido riconoscimento di atti giuridici di varia natura, emanati da un qualsiasi Stato membro, in tutto il territorio dell'Unione senza dover ricorrere a lunghe procedure burocratiche[160].

L'inizio del XXI secolo ha portato un forte impulso allo sviluppo del mutuo riconoscimento: l'11 settembre 2001 la notizia del tragico attentato suicida alle *Twin Towers* di New York convince il mondo intero che è necessario, soprattutto per la lotta al terrorismo internazionale, uno strutturato sistema di tutele in grado di preservare l'intero territorio dell'Unione da ulteriori atti di quel tipo[161].

In ambito giudiziario, come accennato, vi è il principio secondo cui ciascuno Stato membro riconosce la piena validità dei provvedimenti giudiziari di natura cautelare e degli ordini di esecuzione emessi da altri stati membri senza che ciò richieda un vaglio squisitamente politico. Il sistema è ancorato, inoltre, alla banca dati SIS che gioca un ruolo apicale nel sistema cooperazionistico in materia penale[162]. Quest'ultima, altro non è che una sofisticata banca dati nella quale confluiscono le segnalazioni provenienti dagli Stati membri con varie

---

[160] M. TIBERI, *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 855

[161] Negli stessi anni si sono verificati altri gravi attentati terroristici tra cui ricordiamo quello di Parigi (4 dicembre 1996) e quello di Londra (7 luglio 2005).

[162] Acronimo di *Sistema Informativo Schengen*, viene istituito con l'accordo si Schengen del 14 luglio 1985 al fine di mantenere un livello di sicurezza soddisfacente. Nel 2006, con il Regolamento (CE) n. 1987/2006, viene creata la seconda versione del sistema SIS, quella tuttora vigente.

finalità, tutte inerenti ala sicurezza e alla tutela dell'incolumità dei cittadini europei.

Grazie all'attuazione del principio del mutuo riconoscimento, nelle richiamate procedure viene meno il ruolo discrezionale dell'autorità politica che si limita a ricoprire una funzione meramente amministrativa. Ciò si basa quasi esclusivamente sull'alto grado di fiducia intercorrente – necessariamente – tra gli Stati "senza dover rinunciare a salvaguardare quelle garanzie peculiari alle diverse Costituzioni, simboli delle più avvertite e sedimentate tradizioni giuridiche di ciascun popolo"[163]. Le divergenze tra i vari ordinamenti penali legittimano il disconoscimento delle decisioni derivanti dagli altri Stati membri solo se le stesse risultano adottate in violazione dei diritti fondamentali come quelli riconosciuti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.[164] E qui si snoda la questione senza dubbio più delicata dell'intero processo di armonizzazione penale, di cui discuteremo ampiamente nel capitolo terzo, ovvero la questione sul bilanciamento tra esigenze di politica cooperativa in ambito giudiziario, finalizzata alla costruzione di uno spazio europeo di sicurezza e libertà, e tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla maggior parte delle costituzioni dei paesi dell'Unione. Vedremo come i legislatori degli Stati membri, e le loro corti supreme, abbiano affrontato, in parte risolvendoli, tali conflitti[165].

---

[163] Così A. PAGLIANO, *op. cit., p. 348.*

[164] Dello stesso avviso è M. MENNA, *Il mandato d'arresto europeo tra conflitti di sistemi normativi e valutazioni casistiche*, in *Dir. Pen. e processo*, 2010, p. 250.

[165] Ved. M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003; per un approfondimento vd. anche il capitolo III della presente opera.

CAPITOLO SECONDO

LE LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE

Sommario: **Le libertà di circolazione-** ***1.*** **Le libertà di circolazione nel mercato interno** – *1.1 Cenni introduttivi - 1.2 Il concetto di discriminazione - 1.3 L'applicazione del mutuo riconoscimento nel mercato interno* **2. La circolazione delle merci** – *2.1 cenni introduttivi – 2.2 Unione doganale e circolazione delle merci 2.3 Quadro storico e giurisprudenziale in materia di libera circolazione delle merci – 2.4 Le norme in tema di libera circolazione delle merci – 2.5 Il controllo giurisdizionale sul rispetto delle norme in tema di libertà di circolazione – 2.6 La tutela ambientale come* tertium genus **- 3. La circolazione delle persone nell'Unione** – *3.1 Il concetto di libertà di circolazione delle persone nell'Unione – 3.2 La libertà di circolazione delle persone: da libertà economica a vero e proprio diritto del cittadino – 3.3 Gli ostacoli attuali al completo processo di integrazione europea* – **4. La libera circolazione dei servizi** – *4.1 La nozione di "servizi" nel sistema U.E.* – *4.2 Gli elementi costitutivi della "libera circolazione dei servizi" – 4.3. Il diritto di stabilimento* – **5. La libera circolazione dei capitali nell'Unione** – *5.1 Cenni introduttivi – 5.2 L'assetto normativo – 5.3 L'interpretazione della Corte di giustizia.*

PARAGRAFO PRIMO

Le libertà di circolazione nel mercato interno

1.1 Cenni introduttivi

Non si può proseguire lo studio del mutuo riconoscimento all'interno dell'Unione europea senza soffermarsi sulle modalità con le quali esso si è sviluppato nel suo *habitat* naturale, ovvero il settore economico e, quindi, il mercato interno.

Nell'ambito del mercato interno, la circolazione delle merci ricopre, senza dubbio, un ruolo apicale per il raggiungimento degli obiettivi di cui a ll'art. 3 del Trattato sull'Unione europea. Si è avuto modo di constatare come il Trattato di Lisbona abbia inserito, nella parte terza del TFUE, il Titolo I rubricato "Mercato interno" in sostituzione del "Mercato comune"; la maggior parte della disciplina di tale settore, dunque, è contenuta, non a caso, proprio nel Trattato

sul Funzionamento dell'Unione europea. Prima della sua entrata in vigore, però, molte norme sparse regolavano il mercato, con un approccio – nei confronti degli Stati membri – graduale, attraverso la realizzazione di una tariffa doganale comune nei confronti degli Stati terzi[1]. Si puntava, all'epoca, sulla progressiva abolizione dei dazi doganali e delle imposizioni ad effetto equivalente tra gli Stati membri oltre che sull'eliminazione delle restrizioni quantitative e delle misure equivalenti relative alle importazioni e alle esportazioni tra Paesi membri[2].

Con il Trattato di Amsterdam, tali norme, divenute ormai vecchie e prive di efficacia concreta, vennero abrogate pur mantenendo gli effetti già prodotti in relazione agli atti in vigore adottati sulla loro base[3]. Il predetto Trattato, però, non innovò radicalmente la materia, operando, piuttosto, una semplificazione e una riorganizzazione numerica in virtù di quanto disposto dall'art. 12.

L'attuale disciplina contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è, sinteticamente, suddivisa in tre parti: l'art. 28 e l'art. 29 stabiliscono gli ambiti di applicazione; l'art. 30 e l'art. 32 determinano le norme in tema di unione doganale, competenza esclusiva dell'Unione; l'art. 34 e l'art. 35 si occupano del divieto di restrizioni quantitative tra Stati membri. Il TFUE, dunque, prevede esplicitamente la libera circolazione di merci, lavoratori, servizi e capitali. Tali nome sono estremamente importanti poiché godono di efficacia diretta, consistendo in disposizioni chiare, precise ed incondizionate, capaci di attribuire ai soggetti interessati il diritto ad ottenere il rispetto da parte degli Stati membri e, in caso contrario, autorizzandoli ad agire in sede giudiziale[4]. A dimostrazione della straordinaria importanza ricoperta dalle libertà di circolazione all'interno del contesto unionale v'è la costante

---

[1] Per un approfondimento, si veda MOAVERO MILANESI, *Commercio intracomunitario,* in CHITI-GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo I, Milano, 1997.

[2] Le relative disposizioni erano contenute negli artt. 18-27 TCE.

[3] Il punto è disciplinato espressamente dall'art. 10 del Trattato di Amsterdam. Per spunti di riflessione si veda anche la dichiarazione n. 51 (*Dichiarazione sull'art. 10 del Trattato di Amsterdam*) adottata dalla Conferenza intergovernativa allegata all'atto finale.

[4] L'efficacia diretta è stata riconosciuta sia dalle disposizioni dei Trattati (art. 21, par. 1 e par. 45) o dalla giurisprudenza, a partire dalla celebre sentenza *Van Gend & Loos*, del 5 febbraio 1963, Causa 26/62.

giurisprudenza della Corte di giustizia che suole definire tali libertà come *fondamentali*[5]. A conferma di ciò, va detto che l'interpretazione dei Trattati – relativamente alle norme dedicate alle libertà di circolazione – è sempre stata finalizzata ad una notevole valorizzazione degli intenti liberalizzatori. In effetti, le deroghe alle predette libertà, sono da intendersi come mere eccezioni e la loro applicazione deve sottostare ad un ferreo controllo della Corte di giustizia, la quale dovrà operare un bilanciamento con il principio generale di proporzionalità.

Le deroghe alle libertà di circolazione, come accennato, sono disciplinate dall'art. 36 per ciò che riguarda le merci, dall'art. 45 par. 2 e 4 per ciò che concerne i lavoratori, dagli artt. 51 e 52 per il diritto di stabilimento (ma anche per la libertà di prestazione dei servizi, vista la deroga concessa dall'art. 62) e, infine, dagli artt. 64-66 per la libera circolazione dei capitali. Se si pone l'attenzione sulle disposizioni del TFUE appena citate, relativamente alle varie libertà di circolazione, si potrà notare come esse richiamino più volte i *divieti di discriminazione*. Essi sono molteplici: nel campo delle libertà di circolazione delle persone e delle prestazioni di servizi sono, ad esempio, vietate discriminazioni in base alla nazionalità; nel campo delle merci, invece, sono vietate le discriminazioni sulla base dell'origine e della destinazione; per i capitali, il Trattato prevede il divieto discriminatorio sulla base – anche qui – dell'origine, oltre che del luogo di collocazione.

I continui riferimenti ai divieti di discriminazione, dimostrano con certezza che, secondo il Legislatore europeo, il primo ostacolo alle libertà di circolazione è rappresentato proprio dalle misure discriminatorie; altrimenti non si spiegherebbe tutta l'attenzione loro dedicata, desumibile dagli articoli citati[6].

---

[5] Tra le pronunce più recenti, si veda causa C-434/09, *McCarthy*, par. 4.2, punto 27, del 5 maggio 2011; causa C-212/08, punto 48, 30 giugno 2011, *Zetruf*; causa C-262/09, *Meilicke*, punto 41, 9 dicembre 2010; causa C-421/09, *Humanplasma*, punto 25. La Corte di giustizia ha ritenuto fondamentali le libertà in oggetto, in virtù dell'art. 6 par. 1 TUE che fornisce valore primario alla Carta di Nizza la quale, a sua volta, considera la libera circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini come diritti fondamentali.

[6] Per un utile approfondimento in riferimento alle merci, F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo,* in *D.C.S.I.,* 1993, pp. 7-49.

1.2 Il concetto di discriminazione

La dottrina e la giurisprudenza della Corte, sono solite distinguere le discriminazioni all'interno del mercato in due macro-categorie: quella riguardante le discriminazioni *dirette* e quella avente ad oggetto le discriminazioni *indirette*; sono definite discriminazioni dirette quelle che violano i criteri della cittadinanza, dell'origine delle merci o, comunque, di norme imposte dai Trattati in maniera esplicita. Sono considerate, infine, discriminazioni indirette quelle realizzate attraverso l'imposizione di un determinato parametro "[…] 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[7]". Il riferimento è, evidentemente, indirizzato alla circolazione di merci e persone, ma può essere considerato quale principio generale applicabile anche alle altre categorie.

Uno dei primi esempi di discriminazione indiretta è stato individuato dalla Corte di giustizia nella causa 152/73, del 12 febbraio 1974 sul caso *Sotgiu* dove era chiamata a pronunciarsi sulla papabile violazione dell'art. 45 del TFUE (relativo alla libertà di circolazione dei lavoratori), da parte di una norma tedesca la quale subordinava la concessione di una indennità economica di separazione alla condizione che la loro residenza prima della assunzione fosse circoscritta al territorio tedesco. In tal modo, quindi, la concessione della citata indennità veniva negata ai lavoratori – a parità di condizione professionale ed inquadramento – provenienti da altri Stati membri. La Corte, dunque, afferma che "*Il principio di parità di trattamento enunciato sia nel Trattato, sia nel regolamento n. 1612/68, vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri, pervenga al medesimo risultato. Una simile*

[7] Così, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, 2016, Milano, pag. 33.

interpretazione, necessaria a garantire l'efficacia di uno dei principi basilari della Comunità, è espressamente riconosciuta nel preambolo del regolamento 1612/68 in cui si legge che la parità di trattamento dei lavorati deve essere assicurata di diritto e di fatto. Non è quindi escluso che i criteri basati sul luogo di origine o sulla residenza di un lavoratore, possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione proibita dal Trattato e dal regolamento 1612/68[8]".

Una distinzione tra discriminazioni dirette ed indirette di notevole importanza è quella legata all'esistenza di possibili giustificazioni; esse sono azionabili per le discriminazioni indirette, mentre per quelle dirette non sono contemplate. È possibile, quindi, dimostrare che la differenza di trattamento sia giustificata da motivazioni valide. Come facilmente intuibile, tale compito di verifica, spetta alla Corte di giustizia che deve seguire uno schema logico-interpretativo ben definito: *in primis* deve valutare se il trattamento oggetto di giudizio sia realmente differenziato; successivamente deve valutare se le precedenti situazioni differenziate riguardino ambiti simili o comparabili; in terzo luogo dovrà considerare se tale discrepanza è fondata su motivi obiettivi di interesse generale e, da ultimo, se viene rispettato il principio generale di proporzionalità che qui ricopre un ruolo di primaria importanza.

Un'ulteriore distinzione va fatta tra le discriminazioni formali e quelle materiali: le prime riguardano la presenza di condizioni di trattamento differenti – per situazioni analoghe - a seconda della cittadinanza (nazionale) di un determinato soggetto; le seconde, invece, pur prevedendo un'identità di trattamento, non tengono conto della diversità delle circostanze di partenza. Un esempio del primo tipo di discriminazione è stato accertato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Garcia Avello*[9]. In tale occasione i Giudici dell'Unione si sono pronunciati sul caso riguardante i figli minori del sig. Garcia Avello, cittadini

[8] Corte di giustizia CE, sentenza del 12 febbraio 1974, *Sotgiu*, causa 152/73, punto 11; più recentemente, per un approfondimento sulle discriminazioni indirette si veda la sentenza del 4 ottobre 2012, causa C-75/11, *Commissione c. Austria*, in riferimento a sconti per i trasporti pubblici, riservati a studenti i cui genitori già fossero fruitori di assegni familiari.

[9] Corte di giustizia UE, sent. del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello.*

spagnoli oltre che belgi, i quali, ai sensi dell'art. 21 e all'art. 18, possono esercitare il diritto al divieto di discriminazioni in base alla nazionalità. Sul punto la Corte di giustizia ha sancito che "*il divieto di discriminazione impone di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale"* e che *"un trattamento del genere potrebbe essere giustificato solo se fondato su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone coinvolte, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito"*[10]. Per tornare al caso di specie, secondo i Giudici, il fatto che i minori avessero doppia cittadinanza, impone di considerare la vicenda diversamente dai casi in cui i soggetti coinvolti abbiano la sola cittadinanza belga. Pertanto viene accertato il diritto dei figli del ricorrente ad avere il doppio cognome sulla base delle diverse discipline sul punto previste dai due ordinamenti di riferimento, ovvero quello belga e quello spagnolo. La Corte, infatti, chiarisce che "*contrariamente alle persone che posseggono unicamente la cittadinanza belga, i cittadini begli che abbiano anche la cittadinanza spagnola portano cognomi diversi sotto il profilo dei due sistemi giuridici interessati"*[11]. Per le discriminazioni materiali, allo stesso modo, possono essere attuate le norme sulle cause giustificative, cioè è ugualmente possibile invocare ragioni di interesse generale tali da rendere applicabili trattamenti differenziati.

Come si è detto, il divieto di discriminazioni, ricopre un ruolo apicale nel sistema del mercato interno, poiché assicura, *ex multis*, la libera circolazione dei fattori produttivi. Ciò è confermato dal fatto che oltre alle previsioni dei Trattati, vi sono state, negli anni, numerose pronunce giurisprudenziali. In particolar modo, ci si è chiesti se le disposizioni citate nel TFUE siano limitate al divieto di trattamenti discriminatori tali da ostacolare la libera circolazione o se, piuttosto, esse possano avere rilevanza anche con riguardo ad ostacoli non prettamente discriminatori. In sostanza, il nucleo del problema è costituito

[10] Corte di giustizia UE, sent. cit., punto 33):

[11] Corte di giustizia, sent. citata, punto 35). Per un approfondimento giurisprudenziale sul rapporto tra doppia cittadinanza e diritto al nome si veda Corte di giustizia, sentenze 14 ottobre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*; sent. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*e, sent. 12 maggio 2011, causa C-391/09*, Runevie-Vardyn e Wardy.*

dall'interrogativo sulla portata dei richiamati divieti; non è definito in modo pacifico, infatti, se essi possano essere applicati estensivamente anche nei casi in cui gli ostacoli (diretti o indiretti) riguardino indistintamente una categoria di fattori produttivi a prescindere dall'origine. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, così, la giurisprudenza ha iniziato ad individuare una serie di elementi in grado di danneggiare la libera circolazione nonostante l'applicazione omogenea[12].

Con il trascorrere del tempo, si sono susseguite molteplici pronunce atte ad individuare varie normative nazionali, indistintamente applicabili, tali da creare ostacoli alle libertà di circolazione; la loro illegittimità è stata estesa, poi, anche alle altre libertà di circolazione ad eccezione della libertà di circolazione dei cittadini[13]. In altre parole, la giurisprudenza ha chiarito che le disposizioni sulle libertà di circolazione non solo impongono un divieto di discriminazioni ma, vietano, inoltre, ogni restrizione che, seppur applicabile indistintamente, crei – di fatto – un ostacolo alla circolazione dei fattori produttivi. Sul punto la recente giurisprudenza ha statuito che l'art. 56 TFUE "impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro a causa della sua nazionalità ma, parimenti, la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa di applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, quando essa è tale da proibire, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove offre legalmente servizi analoghi"[14]. In tal caso, la pronuncia aveva ad oggetto la regolamentazione della professione di traduttore per le Corti d'appello francesi e per la Corte di cassazione, tale da rendere necessaria l'iscrizione presso apposito albo con conseguente difficoltà per l'esercizio di tale attività da parte del sig. *Penarroja*, cittadino spagnolo.[15]

---

[12] Celebre la pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Cassis de Dijon*, del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, riguardante un noto liquore francese a base di ribes.
[13] Delineata dall'art. 21 del TFUE; in tale campo non sono stati tuttora rinvenuti casi di ostacoli provocati da normative interne indistintamente applicabili.
[14] Corte di giustizia UE, 17 marzo 2011, cause riunite C-372/09 e C-373/09, *Penarroja,* punto 50).
[15] Sul punto si veda anche, Corte di giustizia UE, 22 ottobre 2009, causa C-438/08, *Commissione c. Portogallo*, sull'art. 49 (libertà di stabilimento) e sent. 4 giugno 2002, causa C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, sull'art. 63 riguardante la libera circolazione dei capitali.

La giurisprudenza, quindi, ha, negli anni, sviluppato un sistema di controllo e di verifica dell'operato degli Stati membri per accertare se una determinata misura, pur non essendo discriminatoria, rappresenti un illecito in virtù delle norme sulle libertà di circolazione[16]. In particolare, i giudici dell'Unione dovranno seguire un iter volto a valutare in prima battuta se la normativa oggetto di analisi sia indistintamente applicabile; successivamente, se ciò rappresenta un ostacolo alla libertà di circolazione; poi se l'ostacolo individuato possa essere giustificato da un interesse generale o comunque pubblico e, infine, se esso rispetti i doverosi canoni del principio di proporzionalità che, come noto, è classificato quale principio generale dell'Unione europea cui devono sottostare tutte le Istituzioni e le diramazioni amministrative degli Stati membri. Anche se la fama della nota sentenza *Cassis de Dijon*, per la sua importanza storica e giuridica, non ha eguali – se non forse la sentenza Costa c/ Enel del 1964 – merita un approfondimento accurato anche la sentenza *Dassonville*[17] del 1974 che ha esteso il divieto di introdurre dazi doganali alle misure quantitative e a quelle equivalenti alle restrizioni quantitative nell'ambito degli scambi commerciali. La Corte, in altre parole, ha sancito che per misura equivalente all'introduzione dei dazi doganali deve intendersi "*ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente*[18] *o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari*". Tale giurisprudenza, che ha spiano la strada alla già più volte richiamata sentenza *Cassis de Dijon*, ha sostanzialmente chiarito come imporre delle limitazioni all'importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri tramite l'introduzione di norme tecniche del Paese di destinazione rappresenti una vera e propria misura equivalente all'apposizione di dazi doganali, in grado di penalizzare la libera circolazione delle merci e, pertanto, vietata dal diritto dell'Unione europea. Secondo i predetti giudici, inoltre, la carenza di armonizzazione in una determinata materia non può giustificare, *ex se*, l'atteggiamento ostativo agli scambi commerciali all'interno

[16] Per un approfondimento, si veda L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 2016, Giuffrè, Milano, cap. I, par. 5.8.
[17] Corte di giustizia UE, sentenza 11 luglio 1974, C- 8/74.
[18] Sent. *Dassonville* cit.

del mercato comune.

La vicenda trae origine dall'importazione in Belgio del whisky "Johnnie Walker" da parte del signor Dassonville che, a sua volta, lo aveva acquistato da un fornitore francese. Secondo le autorità belghe, egli aveva posto in essere una violazione delle norme che vietavano l'importazione di liquori senza la prescritta documentazione amministrativa prevista dallo stato importatore; il signor Dassonville, invece, era certo della legittimità del proprio operato in quanto il bene aveva fatto ingresso nello Stato importatore attraverso altro Stato membro (nello specifico la Francia) e, pertanto, la sua circolazione doveva ritenersi libera e priva di vincoli in tutta la Comunità secondo le norme del diritto dell'Unione europea. Oltre a ciò veniva evidenziato un contrasto tra le norme che imponevano restrizioni alla circolazione e il Trattato di Roma. Come già anticipato, la Corte di giustizia non solo sposò le tesi del signor Dassonville ma andò anche oltre: secondo i Giudici dell'Unione, ogni norma che, direttamente o indirettamente, provochi una restrizione al commercio doveva essere considerata illecita; la Corte, però, già nel 1974 individuava specifici casi che, al contrario, legittimavano tali politiche in conformità all'art. 36 del Trattato di Roma. Come già detto, esse sono – tuttora – costituite dalla moralità pubblica, sicurezza pubblica, salute umana etc., ovvero le cc.dd. deleghe esplicite.

Ciò premesso, non era altrettanto chiaro quale giudice fosse competente a valutare, caso dopo caso, la prevalenza degli interessi derivanti dall'interpretazione dell'art. 36 citato o, viceversa, quelli attinenti alla libertà di circolazione. Un importante passo in avanti – nella crescita del mercato interno – fu compiuto, solo qualche anno dopo, con la sentenza *Cassis de Dijon*.

1.3 L'applicazione del mutuo riconoscimento nel mercato interno

Come si è avuto modo di vedere nel capitolo che precede, l'applicazione del mutuo riconoscimento è avvenuta, gradualmente, a partire dalla giurisprudenza degli anni '70 del secolo scorso con riguardo alla circolazione delle merci nel mercato interno. In linea di massima, il principio prevede che le merci prodotte

e regolarmente messe in circolazione da uno Stato membro, non possano essere oggetto di ulteriori verifiche o restrizioni a causa della loro nazionalità. L'applicazione del mutuo riconoscimento, però, non è "illimitata" ma, piuttosto, viene mitigata da alcuni fattori che ora si analizzeranno; gli Stati membri, infatti, non hanno definitivamente e interamente perduto la capacità di imporre delle restrizioni all'importazione di merci all'interno dei propri confini nazionali. Il primo limite al mutuo riconoscimento è rappresentato dall'art. 30 del Trattato CE[19]; il secondo, invece, deriva direttamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alla nozione di misura ad effetto equivalente e delle restrizioni quantitative. L'art. 30 citato (ora art. 36 TFUE), consente agli Stati membri di apporre dei limiti alle libertà di circolazione delle merci "[…] giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale"[20]. *In primis* va qui rilevato che l'art. 30 TCE non può rappresentare una clausola di salvaguardia per motivi di natura economica così come stabilito dalla copiosa giurisprudenza sul punto[21]. Oltre a ciò, va detto che la Corte – più volte – si è pronunciata ribadendo che l'art. 30 TCE, contenendo una norma di natura limitativa di libertà fondamentali – come quelle di circolazione - deve essere interpretata in maniera restrittiva. Ciò vuol dire che le deroghe contenute nel citato articolo devono essere considerate tassative e, dunque, non si potrà applicarle analogamente ad altre materie non previste in via esplicita.

Secondo una giurisprudenza ormai risalente nel tempo, l'art. 30 citato, rappresenterebbe una riserva di competenza esclusiva degli Stati membri in materie ben precise (come la tutela dell'ordine pubblico etc.); la vicenda è stata

[19] Ora art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

[20] Art. 30 del Trattato CE, sostituito dall'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

[21] La regola è stata annunciata nella sentenza 19 dicembre 1961, causa 7/61, *Commissione c. Italia*, in Racc., 1961, p. 621 e poi confermata anche da giurisprudenza più recente: sent. 28 aprile 1998, causa C-120/95, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, in Racc., 1998, p. I-1831.

risolta già nel 1976 con la pronuncia sul caso *Simmenthal*[22] secondo cui, invece, l'art. 30 TCE ricopre un ruolo più marginale di "autorizzare" lo Stato membro a derogare le norme imperative contenute nel Trattato. Il disposto dell'art. 30 TCE (ora art. 36 TFUE) sulle deroghe cc.dd. esplicite e la previsione di esigenze imperative di natura giurisprudenziale dimostrano la necessità di un bilanciamento tra le libertà di circolazione e determinati interessi, meritevoli di tutela da parte degli Stati membri che, dunque, in tali ambiti, non rinunciano integralmente alla loro sovranità. Un sistema così congegnato configura un'ipotesi di applicazione del generale principio di sussidiarietà, realizzato per "proteggere", entro limiti prefissati, il potere decisionale interno sulle *public policy*, preferendolo alla normazione accentrata in quanto deve prevalere la fonte normativa più vicina ai cittadini qualora più efficace per il raggiungimento degli obiettivi prestabiliti.

La prima fattispecie derogatoria di cui si deve necessariamente parlare è quella riguardante la moralità pubblica; esemplificativi sono i casi giurisprudenziali, un po' risalenti nel tempo, *Henn and Darby* del 1979 e *Conegate* del 1986[23], aventi ad oggetto la restrizione di importazioni di materiali pornografici. Secondo la Corte, tale divieto può essere invocato ai sensi dell'art. 30 TCE solo se lo stesso trattamento è previsto anche per la commercializzazione degli omologhi prodotti nazionali.

La seconda deroga esplicita è, invece, quella riguardante l'ordine pubblico e, per sua natura, è decisamente più ampia e soggetta a interpretazione. Per tali ragioni essa è considerata una norma di chiusura del sistema delle deroghe esplicite al mutuo riconoscimento[24]. Tale spiegazione è confermata dal fatto che il Trattato non fornisce alcuna definizione di *ordine pubblico*. Essa può essere agevolmente ricavata dalla giurisprudenza, secondo cui "[…] il richiamo alla nozione di ordine pubblico […] presuppone l'esistenza di una minaccia effettiva e

---

[22] Corte di giustizia, 15 settembre 1976, causa 35/76, *Simmenthal*.

[23] Ci si riferisce alle sentenze 14 dicembre 1979, causa 34/79, *Regina c. Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Derby*, in racc., 1979, pag. 3795 e 11 marzo 1986, causa 121/85, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise,* in racc. 1986, p. 1007.

[24] Per un interessante approfondimento, si veda P. OLIVER, *Free Movement of Goods in the European Community*, 2003, p. 198.

abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività"[25]. L'applicazione di tale deroga è stata sempre abbastanza rara; la Corte di giustizia, nel procedimento *Thompson*[26], ad esempio, ha ritenuto lecita l'invocazione della deroga dell'ordine pubblico nel caso del divieto inglese di esportazione delle monete, anche se fuori corso, battute dalla Banca d'Inghilterra; analogamente può dirsi per l'applicazione della deroga della pubblica sicurezza, assai rara. Tra i rari casi in cui essa è stata ritenuta lecita, si evidenzia la sentenza *Campus Oil*[27], in cui è stata validata la misura irlandese atta ad obbligare gli importatori di materie petrolifere ad approvvigionarsi presso una raffineria nazionale in caso di crisi petrolifera (a tutela dell'economia nazionale interna).

Ben più complesso è il contesto giurisprudenziale avente ad oggetto la tutela della salute e della vita umana. Va qui ribadito il concetto generale, già espresso nel capitolo introduttivo, secondo cui in assenza di armonizzazione comunitaria gli Stati membri sono liberi di decidere il livello di tutela della salute che intendono assicurare ai propri cittadini. A titolo meramente esemplificativo la Corte ha ritenuto lecito il blocco dell'importazione, da parte di uno Stato membro, di prodotti alimentari contenenti contaminanti (come pesticidi, antiparassitari etc.) superiori ad una soglia limite ben determinata, anche se essi derivano da altri Stati[28] dove quella percentuale è, invece, considerata lecita. Un'ulteriore ipotesi in tal senso è quella approfondita dalla Corte con la sentenza del 7 marzo 1989, causa 215/87, *Heinz Schumacher c. Hauptzollant*, in tema di commercio di medicinali; secondo i giudici dell'Unione "l'esigenza di garantire la tutela della salute, infine, vale ad ammettere – come affermato dalla citata

[25] Corte di giustizia, sentenza 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Pierre Bouchereau*.
[26] Corte di giustizia, sentenza 23 novembre 1978, causa 7/78, *Regina c. Ernest Gorge Thompson+ altri*, in Racc. 1978, p. 2247.
[27] Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 1984, causa 72/83, *Campus Oil Limited c. Minister for Industry and Energy*, in Racc., 1984, p. 2727.
[28] In tema di additivi, si veda Corte di giustizia, sentenza 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/1991, *Michel Debus*, in Racc., 1992, p. I-3617. La Corte, pur ammettendo la regolarità del divieto di aggiunta degli additivi, ne subordina la liceità al fatto hce lo Stato di destinazione permetta all'importatore di poter chiedere una deroga dimostrando che il prodotto additivo non è pericolo per la salute umana, nonché l'ulteriore possibilità di impugnare l'eventuale provvedimento di diniego in via giudiziale; cfr. Comunicazione della Commissione sulla libera circolazione dei prodotti alimentari.

sentenza sulle macchine per la lavorazione del legno – misure nazionali che stabiliscono, anche per i prodotti importati da altri Stati membri, le caratteristiche tecniche che debbono presentare le macchine al fine di assicurare l'incolumità di chi le utilizza"[29]. In buona sostanza, è vero che le deroghe esplicite sono applicabili in via restrittiva ma non ci si deve dimenticare, per via dell'importanza degli interessi in gioco (salute umana, ordine pubblico, morale) che gli Stati ben possono innalzare i livelli di tutela, diretta o indiretta, in favore dei propri cittadini, anche a discapito delle libertà di circolazione. Esse, pur essendo a più riprese considerate *fondamentali*, debbono sottostare a determinati canoni intangibili come la protezione della salute umana e l'incolumità pubblica. Ciò non toglie, però, che gli Stati membri debbano comunque invocare le predette deroghe solo in casi ben circostanziati di effettivo pericolo e non possano, invece, discrezionalmente, limitare la circolazione di fattori produttivi sulla base di presunte lesioni degli interessi fondamentali espressi dall'art. 30 TCE (ora art. 36 TFUE).

Ai sensi della predetta norma si può derogare all'art. 28 TCE anche per ragioni di tutela della salute degli animali e delle piante. La giurisprudenza ha chiarito che le modalità di esercizio di tale deroga sono analoghe a quelle previste per la salute umana, con la (scontata) differenza che la salute umana e la vita sono senza dubbio più importanti e necessitano di maggiore attenzione. Negli anni, quindi, la giurisprudenza ha consentito la limitazione della circolazione di merci sulla base del fatto che esse avrebbero potuto, realisticamente, causare epidemie o comunque danneggiare specie animali rare o in via di estinzione. Va qui notato che, mentre nel caso degli esseri umani, la possibilità di derogare alla libera circolazione è pressoché scontata sulla base della necessarietà della tutela umana, nel caso degli animali – invece – essa è consentita solo in determinate circostanze, da analizzare con un approccio *case by case*. Nella sentenza *Bluhme*, ad esempio, la Corte ha ritenuto valida la deroga all'art. 28 TCE per tutelare specie di animali rare, come le cc.dd. api brune,

[29] Così, S. NICOLIN, op. cit., cap. I, pag. 46.

presenti solo sull'isola di Laeso in Danimarca[30].

Dopo essersi soffermati, succintamente, sui motivi elencati nell'art. 30 TCE (oggi art. 36 TFUE) giustificanti una deroga all'art. 28 TCE (oggi art. 34 TFUE) sulle restrizioni quantitative tra gli Stati membri, è opportuno concentrarsi sull'ultimo di essi ovvero la tutela della proprietà industriale e commerciale. La tutela di un marchio o di un brevetto, che consente al solo legittimo intestatario di sfruttare economicamente quella specifica idea o quel determinato segno grafico, provoca, indubbiamente, un ostacolo alla libera circolazione delle merci[31]. In questa fase, senza approfondire i dettagli della materia, decisamente molto complessi, appare opportuno evidenziarne gli elementi principali oggetto di una copiosa giurisprudenza.

In primis va qui ricordato che, seppur gli Stati membri godano di autonomia nel decidere cosa rientri o meno nell'alveo dei diritti di proprietà intellettuale ed industriale, essi non possono regolamentarli a danno delle libertà di circolazione *ex* art. 34 TFUE. La Corte, difatti, ha chiarito che la disciplina interna concernente i diritti sui beni immateriali costituisce, pur sempre, una limitazione della libera circolazione delle merci, accettabile solo in relazione a quelle misure specifiche che tutelino l'oggetto sostanziale dei diritti di proprietà[32]. Tale regola ha dato vita al c.d. principio dell'esaurimento comunitario, il quale prevede che il titolare di un diritto di proprietà intellettuale non possa impedire l'importazione di un prodotto, che lo incorpora, da altro Stato membro in cui sia stato commercializzato con il suo espresso consenso. Viceversa sono state ritenute lecite, ai sensi dell'art. 36 TFUE, le disposizioni italiane riguardanti la tutela del diritto di proprietà intellettuale e commerciale sulla protezione dei modelli ornamentali laddove con esse si attribuisse al titolare il diritto di vietare

[30] Corte di giustizia, sentenza del 3 dicembre 1998, causa C-67/97, *Ditlev Bluhme*, in Racc., 1998, p. I-8033.

[31] La Corte di giustizia, negli anni, ha enucleato un concetto ampio di proprietà industriale e commerciale, facendovi rientrare anche il diritto d'autore e i diritti di brevetto derivanti da modelli industriali e disegni ornamentali; per un approfondimento sul tema, G. MARENGO, *Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria*, in F.I., 1990, IV, cc. 132-156.

[32] Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 1982, causa 144/81, *Keurkoop BV c. Nancy Kean Gifts BV,* in Racc., 1982, p. 2853.

l'importazione da altri Paesi membri di parti, oggetto di tutela, prodotte senza il suo consenso poiché tali normative miravano a proteggere la sostanza del diritto di proprietà intellettuale.

Da quanto sinora esposto, si evince che le libertà di circolazione hanno natura fondamentale nel complesso del mercato interno; esse possono essere compresse solo in determinate circostanze e a determinate condizioni, sotto il costante vaglio della Corte di giustizia con le modalità elencate nei paragrafi che precedono.

Nel sistema del mercato interno, non è sufficiente che una misura restrittiva della circolazione rispetti le deroghe *ex* art. 36 TFUE affinché possa considerarsi lecita. È necessario, infatti, che l'intervento dello Stato membro rispetti l'ulteriore parametro imposto dal Trattato, ovvero che non si tratti di un "mezzo di discriminazione arbitraria, né una discriminazione dissimulata"[33].

[33] Art. 30 TCE, oggi art. 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

PARAGRAFO SECONDO

La libertà di circolazione delle merci nell'Unione

2.1 Cenni introduttivi

È necessario iniziare la trattazione delle libertà di circolazione partendo dalle norme in materia di circolazione delle merci in quanto si tratta della materia con spettro di applicazione maggiormente ampio. Ciò è confermato dall'art. 28 del TFUE che specifica espressamente di includere "il complesso degli scambi di merci". Sulla definizione di *merci* si è pronunziata ripetutamente la Corte di giustizia confermando che esse sono "i prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali"[34]. La giurisprudenza, inoltre, permette di ottenere una elencazione esemplificativa di beni soggetti alla normativa riguardante le merci tra cui gli oggetti di interesse storico e architettonico[35], i rifiuti[36], l'energia elettrica[37], le consolle per i giochi di azzardo[38]; anche gli stupefacenti[39] sono considerati merci, mentre sono esclusi dalla citata disciplina le monete aventi corso legale[40]. Nel caso degli stupefacenti, però, bisogna tenere presente l'esistenza di apposite convenzioni internazionali di cui sono sottoscrittori gli Stati membri. Particolare potrebbe essere il caso in cui queste ultime siano contrastanti con gli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione europea. In consimili situazioni sarà necessario valutare se le convenzioni siano state stipulate dai Paese membri prima o dopo

---

[34] Corte di giustizia, 10 dicembre 1968, *Commissione c. Italia,* causa 7/68, Racc., 617, spec. punto 1.

[35] Corte di giustizia, 10 dicembre 1968, *Commissione c. Italia*, appena citata.

[36] Corte di giustizia, 9 luglio 1992, *Commissione c. Belgio*, causa C-2/90, Racc., I-4431, punto 23; sentenza 8 settembre, 2009, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, C-411/06, in *curia.europa.eu*; sul punto si richiama VON WILMOWSKY, *Waste Disposal in the internal Market: The State of Play after the ECJ's ruling on the Walloon Import Ban,* in *Common Market Law Review,* 1993, p. 541 e ss.

[37] Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 19°4, *Comune di Almelo*, causa C-393/92, Racc., I-1477, punto 28.

[38] Corte di giustizia, 21 settembre 1999, *Laara,* causa C-124/97, Racc. I-6067, punto 20.

[39] Corte di giustizia, sentenza 28 marzo 19°5, *Evans*, causa C-324/93, Racc., I-563, punto 20.

[40] Corte di giustizia, 23 novembre 1978, causa 7/78, *Thompson,* Racc. 2247, punto 26: la Corte ha chiarito come le monete in lega d'argento munite di valore legale debbano essere considerate mezzi di pagamento, non soggetti alla disciplina della circolazione delle merci.

il loro ingresso all'interno dell'Unione. Nella prima ipotesi si applicherà il vincolo di subordinazione di cui all'articolo 351 TFUE in quanto la loro osservanza può essere pretesa da Stati terzi; nella seconda, invece, potrebbero applicarsi le disposizioni contenute nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea riguardanti le deroghe alle libertà di circolazione. Per ciò che concerne i prodotti agricoli, si deve rimandare alle norme UE in tema di politica agricola. Una disciplina peculiare, in tema di circolazione delle merci, è senza dubbio quella avente ad oggetto armi, esplosivi, munizioni facenti parte di uno specifico elenco approvato dal Consiglio: per tali materiali è consentito agli Stati membri di apporre dei limiti alla circolazione quando ciò sia reputato necessario per la sicurezza nazionale e per l'incolumità dei cittadini[41].

Gli artt. 28 e 29 del TFUE, invece, si occupano di delineare gli ambiti di attuazione del divieto di introdurre dazi doganali nonché misure restrittive delle quantità per ciò che concerne l'origine delle merci. In tali casi sono ricompresi sia i prodotti realizzati all'interno dell'Unione, sia quelli provenienti da Stati terzi che, però, già si trovino dentro i confini dell'UE. In relazione all'aspetto soggettivo va qui precisato che le norme in commento si applicano in primo luogo agli Stati membri: essi devono considerarsi veri e propri destinatari degli obblighi comunitari in virtù del notorio principio dell'unitarietà dello Stato come soggetto di diritto internazionale. Ciò comporta la notevole circostanza che le norme sulla libera circolazione sono applicabili in relazione alle attività di tutte le autorità degli Stati membri, a prescindere dal fatto che esse siano centrali o periferiche o regionali[42]. È evidente come le misure adottate in violazione delle norme sulla circolazione delle merci, da parte delle autorità periferiche dello Stato membro siano *de plano* ricondotte direttamente a quest'ultimo, a nulla valendo il dato formale.

[41] L'elenco citato fu redatto dal Consiglio il 15 aprile 1958; per un approfondimento in dottrina si richiama RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati,* Torino, 1998, p. 273 e ss. Utile anche il richiamo alla direttiva 2008/51/CE del 21 maggio 2008 che introduce misure di accompagnamento del mercato interno.

[42] Corte di giustizia, 25 luglio 1991, *Aragonesa*, cause C-1/90 e C-176/90, Racc., I-4151, punto 8.

Qualora all'interno degli Stati membri si dovessero verificare degli effetti cc.dd. diretti per ciò che concerne norme derivanti dai Trattati nei confronti dei cittadini, non si potrebbe comunque considerare questi ultimi quali beneficiari diretti, essendo le medesime – come si è appena visto – realizzatrici di obblighi solo nei confronti degli Stati membri[43]. Va qui chiarito, inoltre, che se anche le disposizioni contenenti obblighi per le Istituzioni sono state abrogate dal Trattato di Amsterdam, è indubbio che esse comportino *de plano* delle vere e proprie limitazioni anche alle Istituzioni[44]. L'estensione territoriale su cui incidono le norme sulle libertà di circolazione delle merci è specificata sia dall'art. 52 TUE secondo cui esse si applicano a tutti gli Stati membri e dall'art. 355 TFUE che, invece, ne estende l'applicazione ad altri territori tra cui Guadalupa, Azzorre e Canarie.

La circolazione delle merci ricopre, come si è avuto modo di vedere, un ruolo apicale per il raggiungimento di un mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea. Ci si è già soffermati su come il Trattato di Lisbona abbia inserito, nella parte terza del TFUE, il Titolo I rubricato "Mercato interno" in sostituzione del "Mercato comune", fondato sulla eliminazione delle barriere per la circolazione dei fattori produttivi; la maggior parte della disciplina di tale settore, dunque, è contenuta, non a caso, proprio nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

L'interpretazione sistemica delle norme ivi contenute permetteva di distinguere due accezioni del mercato: quello interno, descritto dall'art. 26, par. 2 secondo cui "comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali" ma, anche, un'altra accezione costituita dalle politiche comuni nei

[43] Interessanti gli spunti critici di WEATHERILL, BEAUMONT, *UE Law*, 1999, Londra, p. 459 e ss. Va qui richiamato, inoltre, il contenuto della sentenza della Corte di Giustizia UE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, già citata secondo cui: "*Il fatto, poi, che questo stesso articolo designi gli Stati membri come soggetti dell'obbligo di non fare non significa affatto che gli amministrati non se ne possano avvalere*".

[44] I doveri derivanti dalle libertà di circolazione non riguardano esclusivamente gli Stati membri ma anche le Istituzioni comunitarie. Sul punto si richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia CE, 14 luglio 1998, *Safety Hi-tech*, causa C-284-95, Racc., I-4328, punto 63.

settori considerati dal Trattato[45]. In un primo momento, questa distinzione, ricopriva senza dubbio una rilevanza notevole, soprattutto alla luce del fatto che il mercato interno era disciplinato da un nucleo di norme incentrate ed esaltate dall'Atto unico, volto ad incentivare la libera circolazione dei fattori produttivi. L'iniziale assenza di definizione di *mercato unico* faceva in modo di favorire la confusione con l'accezione *mercato interno*[46]. Sulla stessa scia si posizionava la Corte di giustizia con una serie di pronunce in senso analogo[47]. Come noto, con il Trattato di Lisbona è stato inserito, nella parte terza, il titolo I rubricato "Mercato interno" sostitutivo della definizione precedente "Mercato unico" così come stabilito dal Trattato di Lisbona (art. 2, par. 2, lett. g). Prima della sua entrata in vigore, però, molte norme sparse regolavano il mercato, con un approccio – nei confronti degli Stati membri – graduale, attraverso la realizzazione di una tariffa doganale comune nei confronti degli Stati terzi[48]. Si puntava, all'epoca, sulla progressiva abolizione dei dazi doganali e delle imposizioni ad effetto equivalente tra gli Stati membri oltre che sull'eliminazione delle restrizioni quantitative e delle misure equivalenti relative alle importazioni e alle esportazioni tra Paesi membri[49].

Con il Trattato di Amsterdam, tali norme, divenute ormai vecchie e prive di efficacia concreta, vennero abrogate pur mantenendo gli effetti già prodotti in relazione agli atti in vigore adottati sulla loro base[50]. Il predetto Trattato, però,

---

[45] Sul punto si richiama EHLERMANN, *The Internal Market following the Single European Act*, in Common Market Law Review, 1987, p. 360 e ss.; TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in Foro It., 1989, IV, c. 75 e ss. Sul medesimo argomento si veda anche ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano, 1990, p. 26; POCAR, *Mercato Interno ed Atto Unico Europeo*, in VALENTI (a cura di), *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Vol. I, Perugia, 1997.

[46] Su questa distinzione si veda MARINI, *La libera circolazione delle merci*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europeo*, I, Torino, 2000, p. 170 – TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 392.

[47] Ad esempio, Corte di giustizia, sent. 14 luglio 1981, *Merck*, causa 187-80, Racc., 2063, punto 11; sentenza 30 aprile 1996, *CIA Security International*, causa C-194/94, Racc. I-2201, punto 40; sentenza 17 giugno 2003, *Schmidberger,* causa C-112/00, Racc. I-5659, punto 51; sentenza 5 giugno 2007, *Rosengren*, causa C-170/04, in Racc. I-4071, punto 31.

[48] Per un approfondimento, si veda MOAVERO MILANESI, *Commercio intracomunitario,* in CHITI-GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo I, Milano, 1997.

[49] Le relative disposizioni erano contenute negli artt. 18-27 TCE.

[50] Il punto è disciplinato espressamente dall'art. 10 del Trattato di Amsterdam. Per spunti di riflessione si veda anche la dichiarazione n. 51 (*Dichiarazione sull'art. 10 del Trattato di Amsterdam*) adottata dalla Conferenza intergovernativa allegata all'atto finale.

non innovò radicalmente la materia, operando, piuttosto, una semplificazione e una riorganizzazione numerica in virtù di quanto disposto dall'art. 12.

L'attuale disciplina, contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è – sinteticamente - suddivisa in tre parti: l'art. 28 e l'art. 29 stabiliscono gli ambiti di applicazione; l'art. 30 e l'art. 32 determinano le norme in tema di unione doganale, competenza esclusiva dell'Unione; l'art. 34 e l'art. 35 si occupano del divieto di restrizioni quantitative tra Stati membri. Il TFUE, dunque, prevede esplicitamente la libera circolazione di merci, lavoratori, servizi e capitali. Tali norme nutrono di importanza sostanziale poiché godono di efficacia diretta, consistendo in disposizioni chiare, precise ed incondizionate, capaci di attribuire ai soggetti interessati il diritto di ottenerne il rispetto da parte degli Stati membri e, in caso contrario, autorizzandoli ad agire in sede giudiziale[51]. A dimostrazione della straordinaria importanza ricoperta dalle libertà di circolazione all'interno del contesto unionale v'è la costante giurisprudenza della Corte di giustizia che suole definire tali libertà – non a caso - come *fondamentali*[52].

La Corte, come anticipato, ha più volte chiarito come talune di queste disposizioni producano effetti diretti negli ordinamenti nazionali; i criteri generali sono stati elencati nella celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*, dove i giudici della Comunità attribuirono effetti diretti all'art. 12 CEE (oggi 30 TFUE) contenente il divieto in capo agli Stati membri di introdurre dazi doganali o misure equivalenti oltre che l'espresso divieto di aumentare quelli già esistenti: "[…] il disposto dell'art. 12 pone un divieto chiaro e incondizionato; […] il divieto è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti

[51] L'efficacia diretta è stata riconosciuta sia dalle disposizioni dei Trattati (art. 21, par. 1 e par. 45) o dalla giurisprudenza, a partire dalla celebre sentenza *Van Gend & Loos*, del 5 febbraio 1963, Causa 26/62.

[52] Tra le pronunce più recenti, si veda causa C-434/09, *McCarthy*, par. 4.2, punto 27, del 5 maggio 2011; causa C-212/08, punto 48, 30 giugno 2011, *Zetruf*; causa C-262/09, *Meilicke*, punto 41, 9 dicembre 2010; causa C-421/09, *Humanplasma*, punto 25. La Corte di giustizia ha ritenuto fondamentali le libertà in oggetto, in virtù dell'art. 6 par. 1 TUE che fornisce valore primario alla Carta di Nizza la quale, a sua volta, considera la libera circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini come diritti fondamentali.

sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri e i loro amministrati"[53]. Successivamente, con altre pronunce, la giurisprudenza ha altresì affermato l'efficacia diretta dell'art. 30 CEE (ora art. 34 TFUE), riguardante le restrizioni quantitative alle importazioni e dell'art. 37 CEE, la cui numerazione è rimasta invariata in seno al TFUE, avente ad oggetto il divieto di qualsiasi discriminazione fra cittadini comunitari per via di regolamentazioni monopolistiche dei mercati nazionali in ambito commerciale[54]. Le predette disposizioni, aventi effetti diretti, prevalgono sulle altre norme nazionali che dovessero essere contrastanti. Ciò comporta la disapplicazione delle norme interne in contrasto con le disposizioni dell'Unione[55]. Il ruolo della Corte di giustizia nell'ambito delle libertà di circolazione, però, è stato ben maggiore di quanto non si potesse ritenere: essa ha *costruito*, nel vero senso della parola, le fonti della materia. Non si può non richiamare, tra esse, il mutuo riconoscimento, di cui si è ampiamente discusso nel capitolo che precede. L'atteggiamento della Corte è esemplificativo del ruolo che essa ha assunto negli ultimi decenni, tipico della propria libertà di apprezzamento atta ad assicurare il rispetto del diritto nell'applicazione e nella interpretazione dei Trattati. A conferma di ciò, va detto che quest'ultima – relativamente alle norme dedicate alle libertà di circolazione – è sempre stata finalizzata ad una notevole valorizzazione degli intenti liberalizzatori. In effetti, le deroghe alle predette libertà sono da intendersi come mere eccezioni e la loro applicazione deve sottostare ad un ferreo controllo della Corte di giustizia, la quale dovrà operare un bilanciamento con il principio generale di proporzionalità. Le deroghe alle libertà di circolazione, come accennato, sono limitate; esse sono disciplinate dall'art. 36 per ciò che riguarda

[53] Corte di giustizia CE, sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, Racc. III – più di recente, Corte di giustizia CE, sentenza, 23 aprile 2002, Nygard, causa 234/99 in Racc., I-3657, punto 51.

[54] Rispettivamente, sentenza 3 febbraio 1976, *Manghera*, causa 59/75, Racc. 91 punti 16-17; sentenza 13 marzo 1979, *Hansen*, causa 91/78, Racc. 935, punti 15-17.

[55] Sul punto vanno richiamate le sentenze, Corte di giustizia, 8 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77, Racc., 629 e sentenza, 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, causa 103/88, Racc., 1839. In relazione, invece, alla supremazia delle norme UE su quelle italiane, si veda Corte costituzionale, 8 giugno 1984 n. 170 in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, I, p. 1098; sent. 23 aprile 1985 n. 113, ivi, 1985, I, p. 694; 11 luglio 1989 n. 389, ivi, 1989, I, 1757; 18 aprile 1991, n. 168, ivi, 1991, I, 1409.

le merci, dall'art. 45 par. 2 e 4 per ciò che concerne i lavoratori, dagli artt. 51 e 52 per il diritto di stabilimento (ma anche per la libertà di prestazione dei servizi, vista la deroga concessa dall'art. 62) e, infine, dagli artt. 64-66 per la libera circolazione dei capitali. Se si pone l'attenzione sulle disposizioni del TFUE appena citate, relativamente alle varie libertà di circolazione, si potrà notare come esse richiamino più volte i *divieti di discriminazione*. Essi sono molteplici: nel campo delle libertà di circolazione delle persone e delle prestazioni di servizi sono, ad esempio, vietate discriminazioni in base alla nazionalità; nel campo delle merci, invece, sono vietate le discriminazioni sulla base dell'origine e della destinazione; per i capitali, il Trattato prevede il divieto discriminatorio sulla base – anche qui – dell'origine, oltre che del luogo di collocazione principale.

I continui riferimenti ai divieti di discriminazione, dimostrano con certezza che, secondo il Legislatore europeo, il primo ostacolo alle libertà di circolazione è rappresentato proprio dalle misure discriminatorie; altrimenti non si spiegherebbe tutta l'attenzione loro dedicata, desumibile dagli articoli citati[56].

La libera circolazione delle merci, intesa quale "prima tra le quattro libertà fondamentali", comporta quindi, per gli Stati membri dell'Unione Europea, innanzi tutto il divieto di dazi doganali, ossia il divieto di imposizione di tributi sui prodotti importati o esportati, e di qualsiasi altra tassa di effetto equivalente e, conseguentemente, la creazione di una "unione doganale" con annessa adozione di una tariffa comune per tutti i Paesi dell'U.E.[57]

Sotto un profilo storico, tale libertà di circolazione delle merci fu introdotta per la prima volta con il Trattato di Roma del 1957[58], Trattato che si ricorda particolarmente per la creazione della Comunità Economica Europea[59], nel

[56] Per un utile approfondimento in riferimento alle merci, F. CAPELLI, *La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo,* in *D.C.S.I.,* 1993, pp. 7-49.

[57] Nicolin S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, CEDAM Editore, 2005.

[58] Il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea – CEE - , firmato il 25 marzo 1957 insieme al Trattato che istituisce la Comunità Europea dell'Energia Atomica, insieme sono chiamati i "Trattati di Roma".

[59] CEE: Organizzazione di Stati Europei che costituì il "Primo Pilastro" della successiva Unione Europea. Inizialmente stava per "Comunità Economica Europea", considerata come la più importante delle Comunità Europee nacque il 25 marzo 1957, quando sei Stati (Belgio, Francia, Italia, Germania, Paesi Bassi, Lussemburgo) firmarono i "Trattati di Roma", entrati in vigore il 1 gennaio 1958, dando vita così alla Comunità Economia Europea – CEE - . La parola "economica" fu rimossa dal nome in seguito al Trattato di Mastricht – 1992 – che fece della sola "Comunità

quale si definì la parola "merce", nozione molto ampia che comprende "*qualsiasi bene o prodotto che sia valutabile in denaro e che possa essere oggetto di transazione commerciale*"[60].

Nel 1968 si raggiunse la soppressione dei dazi doganali alle importazioni e alle esportazioni e si diede, così, il vero "via" a tale libertà di circolazione. Per quanto attiene, invece, alle tasse cc.dd. di effetto equivalente ai dazi doganali, e dunque a quelle specifiche prestazioni imposte in maniera unilaterale da parte di uno Stato per il solo fatto che determinate merci andassero a varcare i suoi confini, la loro eliminazione è avvenuta in maniera più tardiva e assai graduale e soprattutto grazie ad ampia giurisprudenza sul punto, che verrà analizzata nel successivo paragrafo. Si deve tenere a mente, tuttavia, che tali "tasse di effetto equivalente" non rientrano nell'ambito dei tributi interni, per cui si tratta di imposizioni che non contrastano in alcun modo con il divieto sancito dall'articolo 90 C.E.[61] il quale così recita: "*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*". Tale assunto, poi, stabilisce che "*nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni*"[62].

In sintesi, dunque, se si vuole definire la "libertà di circolazione delle merci", la stessa deve intendersi quale "possibilità", per le merci, di "viaggiare" tra gli Stati membri dell'Unione Europea senza imposizioni e vincoli doganali; la libertà di circolazione è concessa anche alle merci extracomunitarie per le quali viene pagato il dazio. Il principio generale da tenere a mente è che, una volta entrata

---

Europea" il primo pilastro dell'azione dell'U.E. Con l'adozione del Trattato di Lisbona, del 1 dicembre 2009, la stessa è stata completamente assorbita dall'Unione Europea e, ad oggi, non esiste più.

[60] Nicolin S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, CEDAM Editore, 2005.

[61] Ai sensi della Tavola di corrispondenza della nuova versione del Trattato come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, questo articolo viene numerato quale articolo 110 del nuovo Trattato.

[62] **Art. 90 CE**: "Nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli 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 Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni".

all'interno dell'Unione, la merce può liberamente circolarvi senza restrizioni[63].

2.2. Unione doganale e circolazione delle merci

Nel primo capitolo del presente lavoro si è già avuto modo di sottolineare l'importante ruolo dell'unione doganale per la tutela e il perseguimento del mercato interno che, in effetti, senza di essa avrebbe difficoltà ad esistere. Tale ricostruzione è confermata dai Trattati secondo cui la circolazione delle merci si realizza proprio attraverso l'instaurazione di un'unione doganale[64] e grazie al divieto di restrizioni quantitative all'importazione ed esportazione[65]. Se in precedenza, però, veniva affidato all'unione doganale un compito maggiormente rilevante, il Trattato di Lisbona è intervenuto modificando l'art. 23 TCE e, dunque, non è più corretto parlare di una prevalenza di uno dei due fattori sull'altro. L'art. 23 TCE, difatti, prevedeva che "*La Comunità è fondata sopra un'unione doganale*" mentre l'attuale art. 28 TFUE stabilisce che "*L'Unione comprende un'unione doganale*". Il drastico ridimensionamento del suo valore intrinseco, rapportato al contesto unionale, appare pacifico e incontrovertibile anche da una superficiale lettura del tenore letterale degli articoli: se nella vecchia previsione normativa si faceva riferimento al fatto che la Comunità si fondasse proprio sull'unione doganale, le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona hanno ampiamente ridimensionato l'art. 23 TCE, stabilendo semplicemente che l'Unione comprende anche l'unione doganale, facendo trasparire come essa sia – in realtà – solo una delle sfaccettature del più complesso sistema europeista.

Nel Trattato, le norme sull'unione doganale precedono quelle sulle restrizioni quantitative e consistono nell'introduzione di un divieto di imposizione di dazi doganali sia per le importazioni che per le esportazioni, l'adozione di misure di tassazione equivalenti ai dazi e, da ultimo, l'imposizione di una tariffa doganale

[63] Tenuto conto delle eccezioni già oggetto di specifica analisi.
[64] L'unione doganale è regolata dal capo 1 del titolo dedicato alla circolazione delle merci.
[65] Disciplinato dal capo 3 del titolo sulla libera circolazione delle merci mentre il capo 2 si occupa della cooperazione doganale, contenuta nel solo art. 33 (prima art. 135 TCE).

comune per gli scambi con i Paesi terzi. L'obiettivo dell'unione doganale nel sistema poc'anzi individuato può essere ricondotto ad un accrescimento della concorrenza all'interno dei confini UE, ad un incremento degli scambi con i Paesi terzi nonché ad un incentivo per la produzione ed il consumo. Va precisato che le merci acquistate da uno Stato membro da un Paese terzo, divengono in libera pratica nel commercio intra-comunitario e, proprio per tale ragione, la normativa sulla tariffa doganale esterna è stata inserita nella parte relativa alla libera circolazione delle merci nei confini della Comunità. Se così non fosse, questa predisposizione non avrebbe una logica sistematica comprensibile.

Per ciò che concerne, invece, il divieto di dazi doganali sia per l'importazione che per l'esportazione - e per quello di tasse equivalenti – va richiamato l'art. 30 TFUE. Esso si riferisce per prima cosa a tutti gli oneri pecuniari, il cui *nomen iuris* è dazi doganali, richiesti da uno Stato membro in virtù del trasferimento di un bene da un Paese ad un altro. La predisposizione dell'art. 30 fa sì che il divieto si estenda anche ai dazi di natura fiscale, a prescindere dal loro intento protezionistico o tributario[66]. Il medesimo articolo, inoltre, disciplina il già richiamato divieto di applicazione di tasse ad effetto equivalente: ciò si spiega in quanto una norma di tal genere appare necessaria per rendere efficace il divieto di introduzione di dazi doganali. Se così non fosse, infatti, esso ben potrebbe essere aggirato tramite l'introduzione di una tassazione che, seppur appartenente formalmente ad altro *genus*, in sostanza richiamerebbe proprio i dazi doganali avendone sostanzialmente gli stessi effetti. La Corte di giustizia ha ricoperto un ruolo fondamentale nel processo di definizione pretoria del concetto di "tassa ad effetto equivalente", statuendo che appartiene a questa categoria "[…] qualsiasi onere pecuniario imposto unilateralmente a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura, che colpisca le merci in ragione del fatto che esse varcano la frontiera"[67]. Tali oneri possono essere direttamente

[66] Si richiama a tal punto la sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 1969, *Social Fonds Diamantarbeiders*, cause 2 e 3/69, Racc., 211, punti 13.14; sent. 1° luglio 1969, *Commissione c. Italia*, causa 24/68, ivi, 193, punto 7.

[67] Corte di giustizia UE, sentenza 25 gennaio 1977, *Bauhuis*, causa 46/76, Racc., 5, punti 7-11; sentenza 14 settembre 1995, *Simitzi*, cause C-485/93 e C-486/93, ivi, I-2655, punto 15; sentenza

o indirettamente devoluti allo Stato impositore in seguito all'attraversamento della frontiera da parte di una merce ma anche in un secondo momento. In queste circostanze l'obiettivo è evitare che lo Stato impositore eluda i divieti *de quibus* sfruttando il momento impositivo. In tal senso si può citare l'esempio degli oneri apparentemente richiesti per controlli sanitari su prodotti importati[68] o esportati o le imposizioni sulle esportazioni di beni di interesse storico-artistico-archeologico.

In relazione alle richiamate imposizioni, va effettuato un importante distinguo: non tutti gli oneri pecuniari per le importazioni e per le esportazioni sono da considerarsi illegittimi. Tipico è il caso degli oneri per servizi effettivamente prestati a condizione, però, che essi non siano sproporzionati rispetto alla prestazione concretamente ottenuta[69]. Sono altresì esclusi dalla disciplina interdittiva in commento anche tutti quegli oneri richiesti da norme comunitarie che, di norma, sono adottate per evitare l'introduzione di misure nazionali illecite e, comunque, per motivi di interesse generale. Anche in tal caso vige però la regola della proporzionalità e della corrispondenza dell'importo richiesto con il costo effettivo della prestazione erogata.

Un'ultima eccezione ai divieti di cui all'art. 30 TFUE riguarda gli oneri imposti dagli Stati membri sia alle merci interne che a quelle provenienti dagli altri Paesi UE. Tali imposizioni sono regolate dall'art. 110 TFUE[70].

L'introduzione dei divieti di dazi doganali e di misure equivalenti ha comportato l'eliminazione dei controlli di natura fiscale alle frontiere per i beni in transito tra Stati membri; ciò si è reso ancor più necessario in seguito alla graduale armonizzazione delle legislazioni nazionali in ambito di imposizioni

---

23 aprile 2002, *Nygard*, causa C-234/99, punto 19; sentenza 21 giugno 2007, *Commissione c. Italia*, causa C-173/05, Racc., I-4917, punto 28.

[68] Interessante l'analisi di CAPOGRANDE, I diritti per i controlli sanitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in Dir. Com. sc. Int., 1984, p. 421 e ss.

[69] Sul punto si richiama la costante giurisprudenza della Corte, tra cui, sentenza 17 maggio 1983, *Commissione c. Belgio*, causa 132/82, Racc., 1649, punti 12-13; sentenza 25 gennaio 1977, *Bauhuis,* causa 46/76, punti 7-11; sentenza 17 maggio 1983, *Commissione c. Belgio*, causa 132/82, punto8; sentenza 22 aprile 1999, *CRT France International*, causa C-109/98, Racc., I-2237, punto 17.

[70] Con tale norma il Trattato non solo vieta qualsiasi imposizione discriminatoria tra le merci interne e quelle provenienti da altro Stato ma, piuttosto,

indirette[71]. Tali politiche fiscali hanno comportato un notevole incremento sia degli scambi intracomunitari che una implementazione del ruolo del mercato interno nell'ambito dell'Unione. In particolare, bisogna soffermarsi sulla importanza dell'eliminazione dei controlli fiscali alle frontiere di cui già si è accennato. Nel 1985 con il Libro Bianco si era evidenziato come essi fossero sia barriere fiscali che fisiche al raggiungimento degli obiettivi del mercato interno. La loro abolizione ha incrementato non solo gli scambi di merci tra Paesi membri ma anche la circolazione dei viaggiatori. Essi possono portare con sé nei propri viaggi tutti i prodotti e i beni – acquistati in altro Stato membro - che desiderano senza limiti e senza alcun tipo di controllo. L'imposta indiretta su di essi, infatti, viene versata nello Stato di acquisto a meno che – però – non si tratti di utilizzo personale ma diventi commerciale[72]. Per dimostrare l'intento commerciale del soggetto circolante, gli Stati membri devono valutare alcuni elementi ben definiti dall'UE come lo *status* del detentore (persona fisica, giuridica, imprenditore etc.) oltre che – ovviamente – la natura e la quantità dei prodotti oggetto di circolazione intracomunitaria[73]. Un caso peculiare è rappresentato dai liquori e dal tabacco per i quali gli Stati possono introdurre dei limiti indicativi quali elementi di prova per l'uso non personale ma commerciale; tali limiti, però, non possono essere inferiori a determinate quantità stabilite dalla direttiva 92/12/CEE a garanzia della libera circolazione[74]. Pertanto, è chiaro che l'Unione, per quantitativi inferiori, abbia inteso prevedere

[71] In relazione alla soppressione dei controlli alle frontiere si vedano le considerazioni della Corte di giustizia nella sentenza 11 novembre 1997, *Eurotunnel*, causa C-408/95, Raccc., I-6315 e le considerazioni del Tribunale di primo grado nella sentenza 29 gennaio 1998, *Dubois c. Consiglio,* causa T-113/96; sull'armonizzazione delle legislazioni nazionali, invece, si richiama l'attuale art. 113 TFUE – in dottrina, COMELLI, *L'armonizzazione fiscale e lo strumento della direttiva comunitaria in relazione al sistema dell'Iva,* in *Diritto e pratica tributaria,* 1998, p. 1590 e ss.; CALVO-ORTEGA, *Uguaglianza e non discriminazione*, in DI PIETRO (a cura di), *Per una costituzione fiscale europea,* Padova, 2008, p. 219 e ss.

[72] A tale regime, però, sono sottese determinate eccezioni tra cui l'acquisto dei mezzi di trasporto nuovi l'imposta deve essere versata presso lo Stato di acquisto del bene – immatricolazione e sussistono altresì delle limitazioni al suo utilizzo continuativo in altro Stato, rispetto a quello di immatricolazione, da parte di soggetto non residente a tutela delle norme interne di natura fiscale.

[73] Sul punto è opportuno richiamare l'art. 9, par. 2, della direttiva 92/12/CEE del Consiglio del 16 dicembre 1991 in GUCE, L376 del 31 dicembre 1991.

[74] I limiti richiamati sono 800 sigarette, 200 sigari, 10 litri per le bevande alcoliche e 110 litri per le birre.

una presunzione di uso personale in favore della libera circolazione di merci e persone. Un risvolto di codesta costruzione normativa è l'abolizione – per i viaggiatori che utilizzino vettori aerei o marittimi - dei punti vendita non soggetti ad imposte con conseguente eliminazione dei vantaggi fiscali inizialmente previsti[75]. Quanto sopra dimostra l'esistenza di una stretta correlazione tra la libera circolazione e politica fiscale; l'effettività della prima è certamente vincolata ad una corretta politica fiscale. Essa deve essere realizzata anche mediante norme europee con incidenza interna tra cui il già richiamato art. 110 TFUE che sancisce il divieto per i Paesi membri di introdurre tributi o comunque oneri discriminatori tra i medesimi prodotti interni e quelli provenienti da altro Stato membro. Si tratta di un vero e proprio limite al protezionismo statale sul quale più volte è intervenuta con una giurisprudenza costante anche la Corte di giustizia: "[…] il primo e il secondo comma dell'art. 95 (ora art. 110 TFUE) costituiscono un'integrazione delle disposizioni relative alla eliminazione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente"[76]. L'articolo in commento, in buona sostanza, assolve al compito di evitare l'elusione dei divieti di dazi doganali e di tassazione ad effetto equivalente attraverso l'introduzione di altri tributi od oneri con spiccato intento discriminatorio o protezionistico.

2.3 Quadro storico e giurisprudenziale in materia di libera circolazione delle merci

Come si è accennato, il concetto di libertà di circolazione delle merci "nasce", in qualche modo, con la stipula del Trattato di Roma nel 1957.

Alla base di tali innovazioni vi era, sempre e da sempre, la realizzazione di un "mercato comune", inteso quale "*spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei*

[75] Si tratta ovviamente dei *Duty Free Shops* degli aeroporti, degli aeromobili, dei traghetti etc. che erano ammessi fino al 30 giugno 1999. In tal ambito è intervenuta la direttiva già citata 92/12/CEE con l'art. 28 nonché l'art. 28 *duodecies* della direttiva 91/680/CEE.

[76] Così, Corte di giustizia, sentenza 7 maggio 1987, *Co-frutta*, causa 212/96, Racc., I-766, punto 42. In dottrina, invece, si richiamano BERLIN, *Jurisprudence ficsale européenne*, in *Rev. Trim. dr. eur.,* 1988, p. 347 e ss.; RAMPAZZO, *La libera circolazione delle banane nel mercato europeo*, in *Dir. Com. sc. int.*, 1990, p. 33 e ss.

capitali"[77]. Tale stessa definizione di mercato, ritenuto anche una sorta di "mercato interno", venne introdotta nel Trattato della Comunità Economica Europea all'art. 14[78] nonché dall'art. 13 dell'Atto Unico Europeo ("AUE")[79].

In sostanza l'obiettivo, fin dall'origine, era quello di eliminare tutti quegli ostacoli e quelle barriere tecniche esistenti tra gli Stati dell'Unione Europea modo da consentire ed agevolare la fusione dei mercati dei singoli Paesi Europei, in un unico mercato[80]. Tutto ciò è stato da tempo proposto al fine di facilitare il commercio e costruire uno spazio economico più uniforme possibile, da realizzare proprio attraverso la liberalizzazione degli scambi intracomunitari[81].

Per comprendere totalmente i motivi che restano alla base di suddetto temerario nonché ambizioso progetto, occorre fare un ulteriore passo indietro.

Il processo di integrazione europea affonda le sue radici nell'esigenza di ricostruire ciò che il secondo conflitto mondiale aveva ridotto in macerie e dunque nella necessità di scansare un nuovo conflitto tra Francia e Germania, nell'ambito della gestione delle risorse carbosiderurgiche[82].

Come noto, il Ministro degli Esteri francese *Schuman*, appoggiato da *Jean Monnet* e *De Gasperi*, diede un primo importante impulso al processo di integrazione.

Questi, invero, si proponevano di istituire l'ormai nota e ben conosciuta "Comunità Europea", intesa quale "*strumento in grado di porre fine*

---

[77] Art. 14 CEE

[78] **Art. 14 CEE**: "La Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992, conformemente alle disposizioni del presente articolo e degli articoli 15, 26, 47, paragrafo 2, 40, 80, 93, 95 e senza pregiudizio delle altre disposizioni del presente Trattato. 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 Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati".

[79] Definizione ricavata da alcune definizioni del Consiglio Europeo. In particolare, il Consiglio Europeo di Copenaghen del Dicembre 1982 incaricò il Consiglio di "*decidere, entro il mese di Marzo 1983, sulle misure prioritarie proposte dalla Commissione per rafforzare il mercato interno*".

[80] Sent. 5 maggio 1982 – causa 15/81 – Shul -

[81] Santaniello R.; "Il mercato unico europeo", Bologna, 1998.

[82] Santaniello R.; "Capire l'Unione Europea", Il Mulino Editore, 2016.

all'antagonismo esistente tra Francia e Germania"[83].

Tali furono le basi che condussero, in primis, alla nascita della "Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio" – CECA - il cui trattato istitutivo fu firmato a Parigi nel 1951 con l'adesione di Italia, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo, oltre che di Germania e Francia.

Nel lasso di tempo intercorso tra il 1951 ed il 1957 si giunse, poi, all'istituzione di ulteriori tre Comunità: la CECA, invero, venne affiancata dalla CEEA (Comunità Europea per l'energia atomica o EURATOM) e dalla CEE (Comunità Economica Europea), di cui si è accennato nel precedente paragrafo. Fu attraverso i Trattati istitutivi di tali Comunità che si gettavano le basi per la realizzazione del mercato comune, di cui si era, già all'epoca, tanto discusso. Questo importante processo di integrazione subì la spinta più considerevole grazie alla graduale adesione di nuovi Paesi[84] - ad oggi, come è noto, l'Unione Europea conta ben 27 Paesi membri – ma, in parte, anche grazie all'entrata in vigore di numerosi strumenti che hanno apportato consistenti modifiche ai predetti Trattati.

È bene citare nuovamente, a questo punto, l'Atto unico europeo, denominazione che incorpora tutte le modifiche dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee[85]. Questo importante atto è entrato in vigore nel 1987, introducendo profonde e rilevanti modifiche, non soltanto dal punto di vista della politica estera e sicurezza comune, ma anche innovazioni volte ad assicurare la coesione economica e sociale, ad allargare i poteri del Parlamento Europeo e a variare la procedura di decisione in seno al Consiglio, sostituendo, in svariate circostanze, il criterio dell'unanimità a quello della maggioranza[86].

A tali importanti modifiche, si aggiunse la prima definizione di "*mercato*

---

[83] Adam R. – TIZZANO A.; *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[84] Il 21 febbraio 2003 la Croazia ha presentato domanda di adesione all'Unione Europea. Dopo la Slovenia, la Croazia sarà la seconda delle sei Repubbliche che facevano parte della Jugoslavia a divenire membro dell'U.E. Ciò avrà luogo il 1 luglio 2013 con 12 seggi in Parlamento e 7 voti nel Consiglio.

[85] MATTERA RICIGLIANO A.; *Il mercato unico europeo (norme e funzionamento)*, Torino, 1990.

[86] De Pasquale P. – Ferraro F.; *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica Editore, 2018.

interno"[87] di cui già si è parlato, la quale si sostituì alla precedente di "mercato comune" cui faceva riferimento il TCEE seppur senza fornirne una esplicitazione dettagliata. È proprio attraverso queste ultime modifiche che, man mano, si arrivò al compimento dell'obiettivo primario dell'Atto stesso, ossia la creazione di un mercato interno volto all'eliminazione degli ostacoli agli scambi delle merci tra i paesi membri e alla realizzazione dell'Unione Europea.

A questo punto della trattazione è bene approfondire, e soprattutto a confronto, le nozioni di "mercato comune" e di "mercato interno", al fine di comprendere se le stesse possano considerarsi corrispondenti.

Sebbene il Trattato CEE, come detto, non contenga la definizione di "*mercato comune*", la stessa si può in qualche modo ricavare dal combinato disposto degli artt. 2[88] e 3 ritenendo che lo stesso consista in "*uno spazio economico uniforme in cui ogni operatore economico possa operare liberamente in virtù delle quattro libertà fondamentali quali la libera circolazione delle merci, delle persone dei servizi e dei capitali.*

Affinché ciò sia possibile, occorre procedere all'abolizione di tutti gli ostacoli e le barriere tecniche che vadano ad ostacolare gli scambi all'interno di tale spazio"[89]. Una definizione di "mercato comune" venne poi corredata, alcuni anni più tardi, dalla Corte di Giustizia nel famoso "*caso Schul*"[90].

Più precisamente, nell'ambito di tale statuizione, i giudici comunitari affermano che "*la nozione di mercato comune mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno*"[91].

Essa, come si sarà notato, non si discosta del tutto da quella di cui all'art. 14 del

---

[87] Definizione sopra riportata.

[88] **Art. 2 CEE**: "La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri".

[89] Mattera Ricigliano A.; "Il mercato unico europeo (norme e funzionamento", Torino, 1990.

[90] Causa 15/81 – Shul – 5 maggio 1982.

[91] Causa 15/81 – Shul – 5 maggio 1982.

TCEE, che così recita: "*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*"[92].

Sulla base di quanto detto, gran parte della dottrina[93] sembra essere unanime nel sostenere che tali simili locuzioni possano essere utilizzate come veri e propri "sinonimi", poiché nella pratica sono del tutto equivalenti[94].

Non mancano, tuttavia, opinioni contrarie a questo orientamento in virtù della definizione di mercato interno fornita dall'AUE, *"...uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.*", orientamento questo che ha portato importanti esponenti delle istituzioni comunitarie a sostenere l'interpretazione meno ampia dell'espressione "*mercato interno*" rispetto a quella di "*mercato comune*".

Tali orientamenti minoritari si fondano su di una lettura letterale dell'articolo 14 CEE, il quale articolo sembrerebbe orientare la nozione di "mercato interno" alla sola realizzazione delle quattro libertà fondamentali e non invece alla concretizzazione di un mercato unico e comune a tutti i Paesi dell'Unione Europea, in cui si fondono i singoli mercati nazionali, come appunto viene intesa quella di mercato comune[95].

Un'ulteriore spinta verso l'evoluzione del processo di integrazione è stata poi segnata dal "Trattato di Maastricht"[96], entrato in vigore nel novembre del 1983 con lo scopo di far fronte a svariate esigenze.

Le norme del Trattato CEE, infatti, non sembravano più avere quella idoneità necessaria a far fronte alle necessità ed alle difficoltà derivanti dalla liberalizzazione dei mercati[97].

---

[92] Art. 14 TCEE.

[93] TESAURO G., *Diritto Comunitario* – SBOLGI L.; *La libera circolazione delle merci*, in *Diritto dell'Unione Europea*, a cura di G. Strozzi, Torino, 2010.

[94] A sostegno di tale tesi, si deve rimembrare che nel caso sopra citato "Schul", gli stessi giudici comunitari utilizzano entrambe le espressioni per designare lo stesso identico fenomeno, inserendo anche quella di "mercato unico".

[95] MATTERA RICIGLIANO, A.; *Il mercato unico europeo (norme e funzionamento)*, op. cit.

[96] Il Trattato di Mastricht, o "Trattato sull'Unione Europea" (TUE) è stato firmato il 7 febbraio 1992 a Mastricht nei Paesi Bassi da 12 Paesi membri dell'allora Comunità Europea, oggi Unione Europea, con l'obiettivo di fissare le regole politiche nonché i parametri economici e sociali necessari per l'ingresso dei vari Stati aderenti nella suddetta Unione.

[97] Santaniello R.; "Il mercato unico europeo", Bologna, 1998.

In particolare, il nuovo Trattato ha previsto l'istituzione dell'Unione Europea, la quale non si sostituisce alle tre comunità allora esistenti (CEE, CECA ed Euratom), bensì si affianca ad esse; ancora tale pattuizione ha previsto l'istituzione di una moneta unica tra i Paesi membri dell'Unione, volta alla eliminazione delle difficoltà delle transazioni intracomunitarie; al rafforzamento della cooperazione intergovernativa già prevista dall' Atto Unico Europeo (che ha portato all'istituzione della PESC - Politica Estera e di Sicurezza Comune - e della GAI - Cooperazione in materia di Affari interni e Giudiziari)[98].

Tali Comunità europee, la PESC e la GAI formano i così detti "tre pilastri" poi, come noto, decaduti con l'intervento di Lisbona; inoltre, in seguito all'entrata in vigore di codesto Trattato, la Comunità Economica Europea prese il differente e più sintetico nome di "Comunità Europea".

I "Tre pilastri" sono stati riorganizzati dal Trattato di Amsterdam[99], entrato in vigore il 1° Maggio 1999; lo stesso ha previsto la modifica nella denominazione da "*Cooperazione in materia di Affari interni e giudiziari*" in "*Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*" nonché la nuova numerazione degli articoli del TCE e del TUE, modificazione questa che risponde ad esigenze di carattere pratico di rilevante importanza; ha, ancora, rivisitato le competenze della Corte di Giustizia attribuendo una maggiore effettività alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo; ha introdotto, in ultimo, l'art. 11 al Trattato CEE[100]

---

[98] ADAM R. – TIZZANO A.; *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2016.

[99] È uno dei Trattati fondamentali dell'U.E. nonché il primo ad effettuare il tentativo di riformare le istituzioni europee in vista dell'allargamento; venne firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 Paesi dell'U.E. entrando in vigore il 1 maggio 1999.

[100]**Art. 11 CEE**: "Gli Stati membri intendono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata in uno dei settori di cui al presente trattato trasmettono una richiesta alla Commissione che può presentare al Consiglio una proposta al riguardo. Qualora la Commissione non presenti una proposta, essa informa gli Stati membri interessati delle ragioni di tale decisione. L'autorizzazione di procedere a una cooperazione rafforzata di cui al paragrafo 1, è concessa nel rispetto degli articoli da 43 a 45 del TFUE, dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo. Se la cooperazione rafforzata riguarda un settore che rientra nell'ambito della procedura di cui all'art. 251 del presente trattato, è richiesto il parere conforme del Parlamento Europeo. Un membro del Consiglio può chiedere che la questione sia sottoposta al Consiglio Europeo. Una volta la questione sollevata in tale sede, il Consiglio può deliberare ai sensi del primo comma del presente paragrafo. Gli atti e le decisioni necessari per l'attuazione delle attività di cooperazione rafforzata, sono soggetti a tutte le disposizioni pertinenti del presente trattato, salvo disposizioni contrarie contenute nel presente articolo e negli articoli da 43 a 45 del TUE".

in tema di cooperazione rafforzata, a cui deve essere attribuito particolare rilievo.

Un'ulteriore fase del graduale processo di integrazione europea è costituita dall'entrata in vigore del Trattato di Nizza[101]; le modifiche da esso apportate attengono al funzionamento delle istituzioni europee.

Ad oggi, il processo di integrazione europea ha raggiunto la sua tappa preminente con il Trattato di Lisbona[102], firmato nel dicembre del 2007 al termine di un lungo stadio di elaborazione.

Esso trova la sua origine nella Costituzione europea[103], della quale afferra il contenuto e la necessità di attuare una revisione dei precedenti Trattati, con l'adozione di innovazioni alla revisione prevista dalla Costituzione stessa[104]: vengono, così, apportate delle modifiche al Trattato sull'Unione Europea, che viene perfezionato; il Trattato istitutivo della Comunità Europea viene surrogato dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

In altre parole con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la precedente "Comunità Europea" si trasforma in "Unione Europea", viene posto l'accento sulla necessità del rispetto, da parte dell'Unione, del principio di attribuzione[105].

Il Trattato in questione, in conclusione, risponde alle nuove esigenze che l'Unione Europea si è trovata ad affrontare in tema di cambiamenti climatici, evoluzione demografica, sicurezza, globalizzazione e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, attraverso il riconoscimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati.

Per quanto attiene alla prima delle libertà fondamentali, di cui si stava trattando,

---

[101] Uno dei Trattati fondamentali dell'Unione Europea, riguarda le riforme istituzionali da attuare in vista dell'adesione di altri Stati. Lo stesso Trattato ha modificato il Trattato di Mastricht e i Trattati di Roma.

[102] Il Trattato di Lisbona, rispetto al precedente di Nizza abolisce i "pilastri", provvede al riparto di competenze tra Unione e Stati membri e rafforza il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, anche attraverso l'attribuzione alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei Trattati.

[103] La Costituzione Europea, formalmente "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", era un progetto di revisione dei precedenti Trattati firmata dagli Stati membri dell'Unione il 29 ottobre 2004, che però non entrò mai in vigore a causa della mancata ratifica di Francia e Paesi Bassi che ne ostacolò il processo di attuazione.

[104] FRAGOLA M., *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione Europea e processo di decostituzionalizzazione,* in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2008.

[105] MATTERA RISCIGLIANO A., "Il mercato unico europeo (norme e funzionamento), op. cit.

ossia alla "libertà di circolazione delle merci", dopo aver effettuato il percorso storico che ha condotto alla creazione di tali simili libertà alla base di un "mercato comune", v'è da dire che la stessa, come accennato, si basa sulla soppressione dei dazi doganali per importazioni ed esportazioni nonché delle tasse di effetto equivalente ai dazi.

Dal punto di vista giurisprudenziale, di fondamentale importanza è senza dubbio la citata sentenza "*Van Gend & Loos*" del 5 febbraio 1963.

Il caso - La società *Van Gend & Loos*, in seguito all'importazione, nel settembre 1960, nei Paesi Bassi di una partita di *ureoformaldeide* proveniente dalla Germania, contestò, innanzi al supremo foro olandese per la materia fiscale 'Tariefcommissie', la maggiorazione, operata dall'amministrazione olandese delle imposte, del dazio di importazione dell'8% *ad valorem* rispetto al 3% previsto dalla normativa allora in vigore per quella categoria di prodotti chimici. Tale aumento, invero, costituiva per la società una violazione dell'art. 12 del Trattato CEE[106], il quale stabiliva che gli Stati membri si dovessero astenere dall'aumento dei dazi doganali per le esportazioni e le importazioni, applicati nei reciproci rapporti commerciali.

Ritenendo che si trattasse di una questione attinente alla interpretazione dei Trattati, la Tariefcommissie sospese il giudizio rivolgendo alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 177, primo comma, lett. a) e terzo comma del Trattato CEE[107], una richiesta diretta ad ottenere, nella causa davanti ad essa vertente fra la società olandese *Van Gend en Loos* e l'amministrazione olandese delle imposte, che fossero risolte in via pregiudiziale alcune questioni:

1. se l'art. 12 CEE avesse un "effetto interno", se i cittadini potessero, dunque, trarre direttamente da tale stessa statuizione alcuni dei diritti tutelati dalla

[106]**Art. 12 CEE**: "Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, può stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni".

[107]**Art. 177, comma 1 lett a) CEE**: "La politica della Comunità nel settore della cooperazione allo sviluppo, che integra quelle svolte dagli Stati membri, favorisce: 1. lo sviluppo economico e sociale sostenibile dei Paesi in via di sviluppo, in particolare di quelli più svantaggiati; 2. l'inserimento armonioso e progressivo dei Paesi in via di sviluppo nell'economia mondiale; 3. la lotta contro la povertà nei Paesi in via di sviluppo".

magistratura;

2. in caso affermativo, se l'applicazione dei dazi dell'8% costituisse effettivamente un illecito aumento ai sensi dell'art. 12 CEE.

   Come rilevato dalla Commissione, la condizione che una norma comunitaria sia diretta agli Stati, non costituisce motivo sufficiente per negare ai singoli individui che vi abbiano interesse, la facoltà di chiederne l'osservanza ai giudici nazionali.

   L'articolo 12 or ora citato costituirebbe una sorta di "norma completa", autonoma, chiara e incondizionata; rispondente a quelle caratteristiche che configurano la capacità di una norma di esplicare in concreto i suoi effetti, nel senso di creare per i singoli situazioni giuridiche soggettive che possano essere invocate dinanzi ad un giudice nazionale.

   Una norma di carattere programmatico, invece, definirebbe un programma d'azione impreciso ed incompleto, che per sua natura necessiterebbe di un'attuazione di dettaglio; per questo motivo non potrebbe mai essere dotata di efficacia diretta[108].

L'importanza, in relazione alla libertà di circolazione delle merci, del caso "*Van Gend & Loos"* soggiorna proprio nell'aver definito le norme dotate di "effetto diretto verticale", quelle statuizioni orientate a produrre direttamente effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati, distinguibili da quelle dotate di "effetto diretto orizzontale", relative invece ai rapporti tra privati, generalmente non ammesse salvo alcune pronunce della Corte di Giustizia[109].

Punto focale della sentenza risiede nell'enunciazione della Corte per cui "*Il Trattato CEE va al di là di un accordo che si limiti a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti. La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri*

[108] SANTANIELLO R., *Il mercato unico europeo*, Bologna, 1998.
[109] Causa 43/75 "Defrenne II", relativa alla parità di trattamento tra uomo e donna in un contesto lavorativo.

sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi".

2.4 Le norme in tema di libera circolazione delle merci

Attualmente, le norme in materia di "mercato interno" nonché di "libera circolazione delle merci" sono per lo più contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea[110].

Nello specifico, nel Titolo I della Parte terza sono collocate le norme in tema di mercato interno, più precisamente gli artt. 26 e 27[111], in cui è presente la definizione dello stesso così come fornita dall'AUE. Il titolo II della stessa parte, invece, contiene specifiche norme in tema di libertà di circolazione delle merci, riproducendo i medesimi divieti precedentemente previsti dal TCE, divieti idonei a sopprimere gli ostacoli al commercio tra gli Stati membri[112]. In particolare, gli artt. 28, 29, 30, 31 e 32 TFUE[113] disciplinano l'Unione doganale prevedendo il divieto di dazi doganali all'importazione e all'esportazione nonché di qualsiasi tassa d'effetto equivalente ed adottando una tariffa doganale comune. Ancora, al fine di una completa enunciazione della disciplina sulla libera circolazione delle merci, occorre poi coordinare i divieti di dazi doganali e di tasse d'effetto equivalente, con l'art. 110[114] il quale, prevedendo il divieto di tributi interni discriminatori o protezionistici in relazione a prodotti provenienti da altri Stati membri, è diretto a prevenire forme di elusione di tali divieti[115].

Il capo terzo del titolo II della parte terza, in ultimo, è riservato ai divieti di

[110] TFUE.
[111] Ex articoli 14 e 15 TCE
[112] CALAMIA, A. M. – VIGIAK, V., *Diritto dell'Unione Europea. Manuale breve*, Giappichelli Editore, 2017.
[113] ex articoli 23, 24, 25, 26, 27 TCE.
[114] Ex art. 90 TCE.
[115] MENGOZZI P. – MORVIDUCCI C., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, 2018.

restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione e di tasse d'effetto equivalente previsti dagli artt. 34 e 35 TFUE[116].

2.5 Il controllo giurisdizionale sul rispetto delle norme in tema di libertà di circolazione

Una volta analizzati i principi generali e le norme riguardanti le libertà di circolazione – con particolare attenzione a quella delle merci – occorre domandarsi se e come venga effettuato il doveroso controllo in relazione alla loro attuazione anche per preservare eventuali abusi da parte dei legislatori nazionali. Seppur tale potere giurisdizionale abbraccia tutte le libertà di circolazione, in questa sede ci si concentrerà sul ruolo di garanzia della Corte di giustizia in relazione alla circolazione delle merci.

"Un tema cruciale per la realizzazione e il funzionamento del mercato interno riguarda il controllo giurisdizionale delle misure nazionali restrittive delle libertà di circolazione dei fattori produttivi"[117]. Il ruolo della Corte di giustizia, quale custode dei Trattati, trova conferma anche nel settore del mercato interno dove essa è chiamata a svolgere il delicato compito di bilanciare le libertà di circolazione – più volte considerate libertà fondamentali – e gli interessi degli Stati membri attraverso i canonici tratti di necessità, proporzionalità ed adeguatezza della misura in relazione all'obiettivo perseguito. Poiché, come si è visto, le norme sulle libertà di circolazione ricoprono un ruolo che può essere definito primario nel panorama dell'Unione, il paragone tra gli interventi delle

---

[116] Ex artt. 28 e 29 TCE.

[117] Così esordisce G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 7/2012, pp. 295-327. In dottrina si richiama anche B. NASCIMBENE, Le eccezioni ai principi generali. Interessi generali e ordine pubblico, in F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2008, p. 41 e ss.; L. SBOLCI, *La liberta circolazione delle merci*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, pag. 27 e ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione e la politica dell'immigrazione*, ivi, pag. 64 e ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 465 e ss.; M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010, pp. 522-530; F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 693 e ss.

corti costituzionali e quelli della Corte di giustizia è assolutamente calzante. Essa, come si è già accennato, ha il compito di valutare se una norma nazionale sia restrittiva della libertà di circolazione delle merci[118]; secondariamente dovrà verificare le motivazioni che hanno portato lo Stato membro in questione ad adottarla[119]; in caso di mancato accoglimento delle doglianze dello Stato membro, quindi, la Corte dovrà intervenire secondo i parametri citati di adeguatezza e proporzionalità tra la misura adottata e l'obiettivo perseguito. È utile qui evidenziare che un procedimento similare viene adottato perfino dalla Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Handyside*[120], in cui i giudici della CEDU hanno dovuto operare un bilanciamento al fine di contemperare due diritti fondamentali in contrasto evitando di intaccare il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato membro e poi sottoposto al giudizio di Strasburgo. Una particolarità tra i due procedimenti merita, però, di essere citata: mentre nel sistema CEDU, poiché vi sia bilanciamento, la misura introdotta dallo Stato deve avere forza di legge, nell'ambito dell'Unione essa può essere adottata anche a livello secondario e quindi coinvolgere le fonti amministrative. Distinzione non certo di poco conto se si considerano anche le ricadute sulle ramificazioni dell'amministrazione pubblica.

Secondo la copiosa interpretazione della giurisprudenza, può costituire ostacolo alla libertà di circolazione delle merci "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari"[121]. Successivamente, tale onnicomprensività è stata ridotta limitatamente alle misure indistintamente applicabili[122]; da ultimo è intervenuta la nota sentenza *Gebhard* che ha introdotto

[118] Come è ovvio la Corte di giustizia si occupa di tutte le libertà di circolazione e non solo di quella inerente alle merci.
[119] Gli Stati membri possono limitare le libertà di circolazione sulla base di deroghe previste dal Trattato (deroghe esplicite) o in virtù di motivi imperativi di interesse generale ovvero esigenze imperative o deroghe implicite.
[120] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. United Kingdom*, n. 5493/72.
[121] Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, Racc., p. 837, punto 5.
[122] Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon*, Racc., p. 649 punto 14 secondo cui sussistevano misure di effetto equivalente anche nell'ambito delle norme tecniche prodromiche alle importazioni.

quattro condizioni affinché le misure nazionali possano essere considerate illecite: esse devono essere discriminatorie, ingiustificate secondo parametri di interesse generale, inidonee a garantire il perseguimento dell'obiettivo previsto e sproporzionate[123]. Secondo quanto sostenuto da certa dottrina, quindi, la Corte non può pronunciarsi in modo sanzionatorio su qualsiasi misura nazionale che produca – o possa ipoteticamente produrre – effetti indiretti restrittivi alla circolazione o comunque discriminatori[124]. Le restrizioni, dunque, devono essere tali da causare una discriminazione evidente all'operatore straniero rispetto al proprio omologo nazionale o causare, alternativamente, restrizioni tali da limitare il suo ingresso in quel determinato mercato per via del mancato stabilimento all'interno del Paese adottante la misura.

In via generale, ed esemplificativamente, sono state ritenute illegittime: le deroghe cc.dd. esplicite per discriminazioni dirette in relazione alla nazionalità; le esigenze asseritamente imperative giustificanti discriminazioni indirette[125]. La giurisprudenza, però, non appare per nulla univoca, soprattutto con riguardo a materie estremamente delicate quali la salute pubblica, l'ambiente e la fiscalità: interessanti le considerazioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro nel procedimento *Marks & Spencer*, secondo cui le decisioni della giurisprudenza sono tutt'altro che uniformi, soprattutto in tema di sistema fiscale. Le discrepanze – secondo l'Avvocato Generale – sussistono nonostante il quadro normativo sanzioni qualsiasi discriminazione. A riprova di ciò andrebbe considerato il divieto di ostacoli non discriminatori che impedisce agli Stati di emettere atti non direttamente discriminatori ma potenzialmente tali poiché "gli Stati membri configurano i loro provvedimento senza tenere conto

[123] Corte di giustizia, sentenza del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, Racc., I.4165, punto 37.

[124] Si veda sul punto quanto sostenuto dall'Avv. Generale TIZZANO nella causa *CaixaBank France*, sentenza del 25 marzo 2004, causa C-442/02, punto 62 e ss. In dottrina, inoltre, si veda J. SNELL, *The notion of Market Access: A Concept or a Slogan?*, in *Common market law review*, 2010, p. 437 e ss., p. 467 e ss,

[125] La giurisprudenza non è però del tutto unanime sul punto; si veda sentenza del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlaur, Raccolta,* p. I-4171, punto 25 e ss. secondo cui le restrizioni della libertà di stabilimento argomentate sulla base della nazionalità non possono essere giustificate da esigenze imperative – per un approfondimento sulla giurisprudenza citata, G. CAGGIANO, op. cit., pp. 300 e ss..

degli effetti (potenzialmente discriminatori) che ne derivano sulle situazioni transazionali"[126].

Anche se ciò può sembrare illogico, la Corte ha maggiore discrezione e facilità operativa intervenendo sulle valutazioni inerenti alle discriminazioni indirette e agli ostacoli non discriminatori piuttosto che sulle misure direttamente discriminatorie per via della nazionalità in quanto – in questo ultimo caso – essa deve dimostrare la sussistenza di una diversità di trattamento. Come si è avuto modo di vedere nella parte introduttiva del presente lavoro, inoltre, il mercato interno è regolato secondo i canoni della competenza c.d. concorrente Unione-Stati membri, ovvero questi ultimi possono legiferare solo in caso di mancato intervento dell'Unione o su sua delega espressa. Ne deriva che dovranno essere applicati i principi di sussidiarietà e proporzionalità anche in caso di armonizzazione legislativa. Quest'ultima prevede *tout court* un effetto sostitutivo della normativa nazionale previgente, secondo alcuni ottenendo risultati più soddisfacenti rispetto al mutuo riconoscimento. Va però detto che – mentre nel caso di attuazione della fiducia reciproca – non è richiesto un intervento attivo degli Stati membri - i quali devono limitarsi ad equiparare i fattori produttivi regolarmente circolanti in altri Stati con i propri (c.d. principio di equivalenza), nel caso dell'armonizzazione – invece – è necessario che l'Unione europea adotti atti vincolanti per gli Stati membri; procedura tutt'altro che semplice, stante la disomogeneità degli ordinamenti nazionali[127]. Il principio di equivalenza citato subirà delle variazioni e limitazioni laddove sussista un interesse generale particolarmente pregnante (come ad esempio la salute pubblica). In altre parole, l'Unione deve bilanciare gli interessi economici – ovvero quelli riscontrabili nel mercato interno – con quelli non economici di portata generale: "una volta adottato, il diritto derivato 'cristallizza' tale equilibrio e, di conseguenza, neutralizza la necessità del bilanciamento"[128].

---

[126] Avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 7 aprile 2005, Racc., p. I-10837, punto 37.
[127] Si veda, Corte di giustizia, 23 maggio 1006, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in Racc., p. I-2553, punto 18; 19 marzo 1998, causa C-1/96, *Compassion in World Farming*, ivi, p. I-1251, punto 47. Più di recente, concl. Avv. Gen. Geelhoed del 28 giugno 2005, causa C-366/04, *Georg Schwarz*, in vista della sentenza del 24 novembre 2005, in Racc., p. I-10139, punto 18.
[128] Così chiarisce il punto G. CAGGIANO, op. cit., p. 301 e ss.

Esaurito tale procedimento legislativo, è la volta della Corte di giustizia alla quale spetta il compito di interpretare le norme armonizzatrici – a seconda che esse siano parziali o complete – e, successivamente, operando il noto bilanciamento laddove gli Stati membri godano di discrezione[129]. Essa è via via maggiore ogniqualvolta si tratti di interessi particolari con implicazioni politiche, economiche o sociali. È necessario, a questo punto, approfondire il procedimento di bilanciamento e la stretta correlazione con il concetto di armonizzazione. Si è detto che essa sorge laddove – a livello di diritto derivato – vengano uniformate le discrepanze normative sorte tra Stati membri; ne consegue che più l'armonizzazione è completa e meno questi ultimi possono attuare deroghe esplicite o esigenze imperative per limitare la circolazione dei fattori produttivi. In presenza di armonizzazione, quindi, il bilanciamento dovrà essere effettuato non alla luce del diritto primario, bensì attraverso quello derivato e saranno i giudici dell'Unione – così come quelli nazionali – a doverlo applicare, laddove ciò sia possibile[130]. Come si è visto, nell'ambito della circolazione delle merci si è preferito sfruttare la mutua fiducia ma esempi di armonizzazione nell'ambito dei fattori produttivi possono rinvenirsi nel caso della circolazione dei lavoratori[131]. Nei settori non armonizzati, il potere decisionale sull'esercizio e sulla concessione delle prestazioni di servizi resta in capo agli Stati membri che, però, devono comunque sottostare ai principi e al diritto dell'Unione[132] nonché ai diritti fondamentali[133]. Gli Stati membri, in altre

[129] R. MASTROIANNI, *Territorialità e Paese d'origine nelle direttive sui servizi di media audiovisivi e sulle pratiche commerciali sleali*, in AIDA, XVII-2008, Milano, 2009, p. 3 e ss.
[130] Sul punto si richiama l'interessantissima sentenza del 6 ottobre 2011, causa C-443/10, Bonnarde, punto 22 secondo cui "una misura nazionale potenzialmente restrittiva in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione esaustiva a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto alle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non a quelle del diritto primario".
[131] Con particolare riguardo alla circolazione dei lavoratori migranti e a quelli distaccati – Regolamento (CEE), n. 1612/68 del Consiglio, 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità; direttiva 2004/38/CE del Parlamento e del Consiglio, 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; direttiva 96/71/CE del parlamento europeo e del Consiglio, 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.
[132] Da intendersi "diritto primario".
[133] A partire dalle celebri sentenza *Wachauf*, Corte di giustizia 18 giugno 1991, causa 5/88 ed *ERT*, Corte di giustizia, 18 giugno 1991, causa C-260/89.

parole, anche rispettando le regole sulle deroghe esplicite devono sempre tener presenti le norme primarie e super-primarie dell'Unione. Non può, quindi, consentirsi che per esigenze imperative, come la tutela dell'ordine pubblico, vengano lesi diritti altrettanto fondamentali-sociali che le esigenze stesse mirerebbero a preservare[134]. In estrema sintesi, è stato chiarito da autorevole dottrina che "sono legittime le misure nazionali restrittive che perseguano obiettivi di interesse generale nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità e non ledano la sostanza stessa dei diritti fondamentali"[135]. Nella circolazione delle merci, per esempio, è stata ritenuta lecita la limitazione in virtù del diritto di manifestazione; ovvero è stato effettuato un bilanciamento tra libertà fondamentali e diritti sociali come quello di manifestazione[136]. Questa delicata operazione, di cui si è già brevemente accennato, viene svolta dalla Corte di giustizia in comparazione con diritti fondamentali riconosciuti e non riconosciuti a livello comunitario. È stato ritenuto opportuno effettuare il bilanciamento anche con un diritto costituzionale riconosciuto da un solo Stato membro, purché complessivamente lecito e meritevole di tutela secondo i canoni generali dell'Unione europea[137]. La Corte, infatti, in una giurisprudenza ormai abbastanza consolidata ha affermato che il bilanciamento con i diritti fondamentali non può essere circoscritto a quelli riconosciuti e condividi da tutti gli Stati membri [138], anche per via della disomogeneità degli impianti costituzionali.

Tale impostazione, però, è stata più volte contestata dalla dottrina, soprattutto in relazione alla tutela dei diritti fondamentali di natura sociale che – per loro

---

[134] Esemplificativamente è stato ritenuto illegittimo introdurre dei limiti alla circolazione in un monopolio televisivo contrastanti con la libertà di informazione: v. conclusioni dell'Avvocato Generale *Tristenjak*, 22 settembre 2011, causa C-411/10, *N.S.* In dottrina si veda D. CHALMERS, *Looking Back at ERT and Its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda. The Past and Future of EU Law,* in M. POIARES MADURO, *The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Roma Treaty*, 2010 pp. 140 e ss.

[135] Così, G. CAGGIANO, op. cit., p. 308.

[136] Corte di giustizia, sentenza C-112/00 del 12 giugno 2003, *Schmidberger*, punto 74. Si vd. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, punto 89 sent. cit.

[137] Si richiama M. ORLANDI, *Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 903 e ss.

[138] Significativo il contributo di J.H. GERARDS, *Fundamental Rights and other Interests: Should It Really Make a Difference?,* in E. BREMS (ed.), Conflicts between Fundamental Rights, Antwerp, 2008, p. 655. E ss.

stessa natura – sono i meno forti all'interno degli ordinamenti costituzionali moderni[139]. In conclusione, tirando le fila del discorso, come si è avuto modo di vedere, la tecnica del c.d. bilanciamento a opera della Corte di Giustizia risale alla pronuncia *Cassis de Dijon*, con la quale sono state ritenute lecite le eccezioni alle misure di effetto equivalente indistintamente applicabili tra cui quelle riguardanti la protezione della salute e la difesa dei consumatori, a determinate condizioni. Da tale pronuncia, poi, sono susseguite ulteriori esigenze imperative; in consimili casi, però, l'*onus probandi* spetta sempre allo Stato membro, mentre alla Corte resta il compito esplicito di valutarne la compatibilità con le libertà fondamentali. Essa ha mostrato un atteggiamento propositivo a numerosi e vari interessi generali, agendo – però – con maggiore forza restrittiva nell'esecuzione del giudizio di bilanciamento. Di certo saranno rigettate tutte le deroghe invocate dagli Stati membri aventi ad oggetto motivazioni o intenti protezionistici ed economici mentre saranno ritenute ammissibili, invece, le esigenze di sviluppo e tutela diritti sociali. Pertanto, i motivi esclusivamente economici non possono – per pacifica giurisprudenza della Corte – essere qualificati quali esigenze imperative. Un'eccezione si è rivelata quella riguardante un plausibile rischio di "grave alterazione" dell'equilibrio economico - previdenziale che, a determinate condizioni, può rappresentare un motivo imperativo di interesse generale giustificante una limitazione delle libertà di circolazione[140].

Dopo aver valutato la legittimità dell'invocazione della deroga implicita, la Corte dovrà proseguire il proprio percorso argomentativo e valutativo al fine di stabilire se la misura adottata dallo Stato membro possa definirsi adeguata, necessaria e proporzionata all'obiettivo perseguito, tutelato anche – seppur indirettamente – dall'ordinamento dell'Unione[141]. Lo Stato membro, inoltre,

---

[139] Sul concetto di diritti fondamentali sociali, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali. Un dibattito aperto*, 2008, Ed. Laterza, Bari.

[140] Corte di giustizia, sentenza 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, punto 41; Corte di giustizia, sentenza 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel*, punto 47.

[141] Ne consegue che la legittimità di una restrizione presupponga che la misura sia idonea e pertinente all'ottenimento degli obiettivi perseguiti. Si veda la giurisprudenza della Corte tra cui meritano un cenno di richiamo, Corte di giustizia, 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Oteiza*

dopo aver superato i limiti appena evidenziati deve intraprendere la scelta meno invasiva delle libertà fondamentali sulla circolazione; in altre parole, l'intervento limitativo del Paese non può – in nessun caso – rappresentare una elusione o una scusante per aggirare i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione.

In riferimento alla proporzionalità, per essa deve intendersi quella "unità e coerenza" dell'intervento nazionale relativamente all'obiettivo da raggiungere. Alla Corte spetterà – poi – il compito di valutare se esso sia effettivamente finalizzato a motivi di interesse pubblico e non, piuttosto, a camuffare interessi particolari. È stato affermato da autorevole dottrina che si tratta di un "requisito a tutela dell'integrità dell'iter legislativo e regolamentare e della responsabilità vera e propria degli Stati membri"[142]. Con riguardo, invece, all'*onus probandi*, come già si è detto, esso spetta integralmente agli Stati membri che devono dimostrare in maniera motivata e approfondita con elementi circostanziati, che l'obiettivo inseguito non può ugualmente essere raggiunto con misure alternative le quali, tra l'altro, devono essere quanto meno citate ed identificate, motivandone la loro inapplicabilità al caso concreto. Si è già detto delle regole esplicite in relazione alla libertà di circolazione delle merci; in alcuni casi, però, una specifica circostanza può, contemporaneamente, rappresentare sia una deroga esplicita prevista per un fattore produttivo, sia un'esigenza imperativa applicabile in altro ambito produttivo. Ci si riferisce, esemplificativamente, alla tutela della salute che può configurarsi sia quale deroga esplicita nell'ambito delle merci (art. 36 TFUE), sia quale esigenza imperativa giustificante una restrizione alla circolazione dei servizi *ex* art. 56 del TFUE. Per ciò che concerne la circolazione delle merci, invece, gli Stati membri – trattandosi di deroga esplicita – devono stabilire il livello di tutela della salute che vogliono mantenere all'interno dei propri confini nazionali; in tale ultimo caso, però, essi devono comprovare – anche in base alle consuetudini nazionali – che, rispetto alla

---

Olazabal, punto 43; Corte di giustizia, 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei ministri*, punto 42.

[142] Conclusioni dell'avvocato generale POIARES MADURO, 30 settembre 2009, causa C-135/08, *Janko Rottman c/ Freistaat Bayer*, ECLI, 2009:588; cit. G. CAGGIANO, op. cit., p. 321.

ricerca scientifica moderna, la circolazione di quella determinata merce rappresenti un concreto rischio per la salute umana[143]. Recentemente, la Corte di giustizia si è espressa sulla legittimità della restrizione della circolazione dei beni alimentari avente ad oggetto l'uva; sul punto i giudici hanno rilevato che una misura nazionale ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione può essere giustificata non solo dai motivi di cui all'art. 30 CE[144] ma anche da una motivazione imperativa a tutela di interessi generali, proporzionata allo scopo perseguito. Nel caso in esame, la giurisprudenza della Corte ha chiarito che laddove un prodotto alimentare non sia registrato DOP nell'Unione, la restrizione della circolazione di prodotti affini esterni non è lecita secondo le norme sulla libera circolazione. In primo luogo, infatti, i giudici dell'Unione chiariscono che un'interpretazione differente renderebbe lecito l'innalzamento di "frontiere interne invalicabili" a vantaggio di una presunta qualità superiore per la quale, tra l'altro, la Comunità prevede appositi sistemi di protezione. Secondo il giudice nazionale del rinvio, la misura sarebbe giustificata da ragioni di interesse generale quale la protezione dei consumatori; sul punto la Corte di giustizia ha ritenuto che l'applicazione della restrizione non fosse proporzionata all'obiettivo perseguito, tra l'altro nemmeno in maniera coerente. I giudici hanno quindi sentenziato che l'art. 29 CE "deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi […] che prevede un divieto assoluto di introduzione, immagazzinamento, trasformazione e confezionamento, ai fini dell'esportazione, di uva secca tanto tra le due zone della regione A e la regione B, poiché essa non consente di raggiungere in modo coerente gli obiettivi

[143] Si veda, tra le pronunce più interessanti in tale senso: Corte di giustizia, 14 settembre 2006, cause riunite C-158 e 159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos e Carrefour-Marinopoulos*, Racc., p. I-8135, punto 21 e Crote di giustizia, 15 novembre 2007, causa C-319/05, *Commissione c. Germania*, Racc., p. I-9811, punto 86; sull'onere di dimostrare il rischio per la salute umana rispettivamente alle abitudini costanti degli Stati membri, si richiama: Corte di giustizia, 30 novembre 1983, causa 227/82, *Van Bennekom*, Racc., p. 3883, punto 40) e sentenza 14 ottobre 1999, causa C-439/97, *Sandoz*, Racc., p. I-7041, punto 22).

[144] Ovvero le più volte richiamate "deroghe esplicite".

legittimi perseguiti e va oltre quanto necessario per garantirne la realizzazione"[145].

In senso opposto – ma sempre in ambito di commercio transfrontaliero e tutela dei consumatori - si è invece espressa la giurisprudenza della Corte di giustizia in alcune pronunce riguardanti la lotta al tabagismo; secondo i giudici, la direttiva sulle imposte relative alla cifra d'affari dei tabacchi non osta agli Stati membri di proseguire nella lotta al tabagismo[146]. Come si è avuto modo di vedere, la tutela della salute non sempre giustifica misure restrittive della libera circolazione. È stata ritenuta illegittima, ad esempio, una misura nazionale che vietava la vendita online di lenti a contatto, emessa sulla scorta del fatto che sarebbe stato opportuno consentirne la vendita al dettaglio solo in presenza di ottico professionista e qualificato[147].

2.6 La tutela ambientale come tertium genus

Come si è avuto modo di constatare nelle pagine che precedono, le libertà di circolazione possono essere limitate o in virtù di deroghe esplicite, specifiche a seconda del tipo di libertà sulla quale esse incidono, o – ancora – in virtù di deroghe implicite, frutto delle pronunce giurisprudenziali della Corte di giustizia. Nel caso della tutela ambientale, però, sussistono difficoltà che non consentono di inquadrarla pacificamente nell'uno o nell'altro gruppo. Anche se la Corte di Giustizia, in alcune pronunce, non condivide tale ricostruzione, essa si rende necessaria alla luce dell'importante ruolo svolto dalla tutela dell'ambiente all'interno del sistema comunitario. In primo luogo, essa è

[145] Così la recente pronuncia, Corte di giustizia, Sez. I, 3 marzo 2011 n. 161; nel medesimo ambito, Corte di giustizia UE, sez. III, 24 giugno 2010, n. 571; Corte di giustizia UE, sez. grande, 16 dicembre 2008, n. 205.

[146] Ci si riferisce alle sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2010, *Commissione c. Francia*, causa C-198/08, *Commissione c. Austria*, causa C-221/08; la direttiva richiamata è invece la n. 95/59/CE del Consiglio, 27 novembre 1995, avente ad oggetto le imposte diverse da quella sulla cifra d'affari che gravitano attorno al consumo dei tabacchi lavorati, modificata dalla direttiva 2002/10/CE del Consiglio, 12 febbraio 2002.

[147] Corte di giustizia, 2 dicembre 2010, causa C-108/09, *Ker-Optika* secondo cui il divieto assoluto di commercializzazione online di lenti a contatto per asseriti motivi di tutela della salute è sproporzionato e illecito.

strettamente correlata alla salute umana, la quale le fornisce un ruolo primario; in secondo luogo, inoltre, la crescita delle conoscenze scientifiche fanno sì che anche l'opinione pubblica abbia un'altra sensibilità relativamente all'ambiente. Ciò, a maggior ragione, viene percepito in maniera differente dai tessuti sociali dei vari Stati membri, dando alla luce protezioni di intensità diverse.

In questo paragrafo, occupandoci prevalentemente di circolazione delle merci, ci si soffermerà prevalentemente sulla giurisprudenza riguardante proprio questi ultimi fattori produttivi: utile richiamare il pensiero dell'Avvocato generale Trstenjak[148] sulle sentenze *Commissione c. Belgio*[149], *Aher-Waggon*[150], *PreussenElektra*[151], *Commissione c. Germania*[152] e *Commissione c. Austria*[153]. La giurisprudenza appena citata è strettamente collegata – come si è anticipato – alla circolazione delle merci, ove, formalmente, la tutela ambientale ricade tra le deroghe esplicite. Anche nel caso di obiettivi di tutela dell'ambiente, però, l'azione degli Stati membri sarà sottoposta al vaglio della Corte di giustizia la quale dovrà effettuare il noto procedimento di bilanciamento al fine di verificare se le azioni restrittive poste in essere siano o meno proporzionate agli scopi (meritevoli di tutela) perseguiti. La Corte, negli anni, ha adottato un approccio estremamente rigido sulla materia, decretando l'illegittimità degli interventi restrittivi laddove privi di qualsivoglia riscontro probatorio sui rischi per l'ambiente e – quindi – per la salute umana. Ad esempio, in tema di circolazione di *acquascooter* i giudici hanno sancito che "il rispetto del principio di proporzionalità postula l'adozione di concrete misure attuative alternative, entro un termine ragionevole, da parte delle autorità nazionali"[154]; in tema di commercio di automobili, invece, è stato chiarito che limitarne la libertà di

[148] Conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 16 dicembre 2010, causa C-28/09, *Commissione c. Austria*, per la sentenza del 21 dicembre 2011.
[149] Corte di giustizia, 9 luglio 1992, causa C-2/90, *Commissione c. Belgio*; in tale pronuncia la Corte non si sbilancia ma il concetto è desumibile dalla parte motiva.
[150] Corte di giustizia, 14 luglio 1998, causa C-389/96.
[151] Corte di giustizia, 13 marzo 2001, causa C-379/98.
[152] Corte di giustizia, 14 dicembre 2004, causa C-463/01.
[153] Corte di giustizia, 15 novembre 2005, causa C-320/03.
[154] Così, G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. VII (2012), pp. 317 e ss.

circolazione per asseriti motivi di tutela ambientale è illegittimo, in quanto ben potrebbe lo Stato membro raggiungere i medesimi obiettivi con mezzi alternativi (come per esempio scegliere di limitare alcuni combustibili per incentivare lo sviluppo di mobilità sostenibile)[155]. Interessanti, inoltre, le due pronunce sul caso Brennero, ove sono state ritenute illegittime le restrizioni alla circolazione degli autocarri sull'autostrada del Brennero per ragioni ambientali. La Corte ha riconosciuto la sussistenza dell'esigenza imperativa, giudicando – però – in entrambe le sentenze, l'intervento come sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito e al concreto rischio per l'ambiente e la salute umana[156].

[155] Corte di giustizia, 6 ottobre 2011, *Bonnarde*, causa C-443/10 riguardante l'importazione da parte di un cittadino residente in altro Stato membro di un veicolo già immatricolato nel proprio Paese d'origine.

[156] La prima è la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, *Mickelsson e Roos*, causa C-142/05; la seconda è la sentenza della Corte di giustizia, *Commissione c. Austria*, causa C-28/09.

PARAGRAFO TERZO

La circolazione delle persone nell'Unione

3.1 Il concetto di libertà di circolazione delle persone nell'Unione

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione, nel delineare gli ambiti del mercato interno, lo definisce come quello spazio senza frontiere interne ove i fattori produttivi (merci, persone, servizi e capitali) godono di piena libertà di circolazione. Dopo aver approfondito le funzioni e le caratteristiche della circolazione delle merci, ci si occuperà in questa sede della circolazione delle persone. Una premessa è d'obbligo: non può certo considerarsi la libertà di circolazione delle persone come una mera accezione del mercato interno. Ciò sarebbe estremamente riduttivo oltre che erroneo. Il TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, infatti, ha definitivamente cristallizzato il diritto di circolazione per tutti i cittadini dell'Unione, eliminando la discrasia precedentemente sussistente tra coloro che circolavano per esigenze produttive e chi, invece, si spostava per motivi strettamente personali. Se si inquadrasse la libertà di circolazione come mero elemento aggiuntivo del mercato interno, questi ultimi non potrebbero giovarsi delle facoltà previste dai Trattati per i fattori produttivi.

Nei Trattati, le norme sulla circolazione delle persone sono contenute in vari articoli ovvero: gli artt. 20 e 21 del TFUE sulla libera circolazione dei cittadini; gli artt. 45-48 TFUE che si occupano dei lavoratori; gli artt. 49-55 del TFUE riguardanti il diritto di stabilimento e, infine, gli artt. 56-62 che si occupano dei servizi. Queste ultime norme, pur non riguardando direttamente le persone, le comprendono – in un'ottica estensiva – tenuto conto del fatto che la prestazione dei servizi può avvenire (e di solito si tratta dell'ipotesi più diffusa) proprio attraverso esse. D'altronde è difficile immaginare la libertà di circolazione di un servizio professionale (medico, ingegnere, avvocato etc.) escludendo che il prestatore possa circolare. Come si è avuto modo di vedere, le norme dei Trattati

prevedono da un lato il diritto alla libera circolazione[157] e, dall'altro, il divieto di restrizioni a tali libertà[158]. Nel primo caso, per i cittadini, l'art. 21 par. 1 è laconico, nel senso che prevede sinteticamente il diritto di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri mentre per i lavoratori è più dettagliato, prevedendo espressamente varie facoltà. È di fondamentale importanza, inoltre, evidenziare come in più parti viene sancito il divieto di discriminazione dei soggetti per via della loro nazionalità e questo, com'è evidente, proprio nell'ottica di un'Unione *senza confini interni*.

Al giorno d'oggi, invero, i cittadini europei hanno la possibilità di spostarsi da uno Stato all'altro dell'Unione Europea senza la necessaria sottoposizione a specifici controlli[159].

La "migrazione" all'interno dell'Europa non sembra differire molto da quella nazionale, in quanto i cittadini non solo possono muoversi liberamente e soggiornare negli altri Paesi, ma divengono destinatari degli stessi diritti della popolazione dello Stato ospitante. La creazione del così definito "spazio senza frontiere" ha senz'altro contribuito, così, al rafforzamento e alla diffusione del sentimento europeista[160]. Invero, la possibilità di recarsi in qualsiasi altro Stato membro, per motivi di lavoro, di studio o semplicemente svago e vacanza, vedendosi gli individui garantiti i propri diritti e non risultando essere, dunque, vittime di politiche discriminatorie, non fa altro che accrescere il sentimento di appartenenza alle istituzioni europee e, così, alimentare tale processo di integrazione europea[161].

Nonostante ciò, la libertà di circolazione, volendosi tenere conto di quelle che sono le sue origini[162] nonché di tutto il suo processo evolutivo, è stata caratterizzata da forti limiti i quali sono visibili anche tuttora attraverso l'analisi

---

[157] Ci si riferisce all'art. 21 par. 1 e art. 45 par. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

[158] Tali diritti sono contenuti nell'art. 49 primo comma e nell'art. 56 primo comma del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

[159] ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[160] TESAURO G.; *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2018.

[161] STROZZI G.; *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[162] Anni 50 del Novecento.

di casi particolari come, ad esempio, il recente caso belga che successivamente verrà analizzato[163].

3.2 La libertà di circolazione delle persone: da libertà economica a vero e proprio diritto del cittadino

Il diritto di circolare e di soggiornare liberamente all'interno dell'Unione Europea costituisce ormai un diritto fondamentale non solo per i cittadini europei ma anche per le persone dei Paesi Terzi[164].

Con la locuzione "diritto fondamentale" si individua una situazione giuridica soggettiva[165] che deve essere garantita dagli ordinamenti degli Stati dell'Unione che la prevedono.

Si tratta, quindi, di una specifica facoltà riconosciuta e attribuita liberamente ai cittadini degli Stati membri mentre, per quanto attiene agli abitanti dei Paesi Terzi, la stessa è attribuita soltanto a quei cittadini che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro, a cui tale facoltà è riconosciuta mediante la stipulazione di trattati[166].

La definizione di codesto diritto è, tuttavia, stata raggiunta attraverso una lunghissima serie di mutamenti che si sono verificati nel corso del tempo.

Le origini della libertà di circolazione, infatti, delle persone possono essere analizzate a partire dal Trattato di Roma del 1957 il quale ha condotto all'istituzione della Comunità Economica Europea.

Il Trattato di Roma è noto, in particolare, per l'istituzione della Comunità Economica Europea – CEE - ed è stato firmato il 25 marzo 1957 in contemporanea al Trattato che ha istituito, invece, la Comunità Europea

---

[163] CALAMIA A.M. – VIGIAK V., *Diritto dell'Unione Europea. Manuale breve*, Giuffrè Editore, 2017.

[164] NASCIMBENE R. – ROSSI DAL POZZO F.; *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione dell'Unione Europea*, CEDAM, 2012.

[165] Posizione che un determinato soggetto assume nell'ambito di un rapporto giuridico. Le situazioni giuridiche soggettive sono attribuite da norme giuridiche e costituiscono il contenuto dei rapporti giuridici.

[166] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; proclamata inizialmente con la Carta di Nizza del 2000 e, successivamente, con il Trattato di Lisbona del 2007 e ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati divenendo così vincolante per le istituzioni europee.

dell'Energia Atomica (TCEEA); insieme tali Trattati vengono denominati "Trattati di Roma" rappresentando il momento costitutivo della Comunità Europea.

In particolare, il Trattato CEE, riteneva che fosse necessaria la rimozione, all'interno dei Paesi membri della Comunità, di tutti quegli ostacoli che impedivano alle persone di circolare liberamente.

Siffatto diritto, però, non poteva essere esercitato da tutte le categorie di persone, ma solo dalle persone ritenute "economicamente attive", intendendo come tali quei soggetti che fossero lavoratori subordinati o autonomi[167].

In particolare, l'art. 3, lett. c) del trattato CE[168] sanciva che ai fini della realizzazione dell'obiettivo espresso nell'art. 2 dello stesso Trattato[169], ossia ai fini della creazione di un mercato unico e del ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, non solo dovessero essere aboliti i dazi doganali, intesi quali barriere al mercato comune, ma dovessero essere eliminati anche gli ostacoli alla libertà di movimento delle persone economicamente attive in quanto erano le persone stesse, in primis, a partecipare al rafforzamento e allo sviluppo di tale Mercato[170].

In quest'ottica, come si vede, la libertà di circolazione delle persone assumeva una connotazione solo esclusivamente economica in un tempo in cui gli Stati membri diedero inizio al processo di integrazione europea il quale sembrava essere essenzialmente di tipo mercantilistico[171].

---

[167] VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, 2013.

[168] Il mutamento della denominazione del Trattato CEE in Trattato CE avviene nel 1992 con il Trattato di Maastricht che riunisce le tre Comunità – EURATOM, CECA, CEE – per giungere poi alla costituzione dell'Unione Europea.

[169] **Art. 2 CE**: "La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri".

[170] BONANNO M.; *Diritto dell'Unione Europea*, Key Editore, 2019.

[171] NASCIMBENE B. – CONDINANZI M.; *Cittadinanza dell'Unione Europea e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.

L'art. 48 del trattato CEE[172], conferendo il diritto a circolare liberamente ai lavoratori dipendenti e professionisti, evidenzia come tale stesso diritto possa essere esercitato in conformità ad altri due.

Il primo di questi due diritti è il "diritto di stabilimento" espresso dall'art. 52 CEE[173]; lo stesso dispone la possibilità di potersi definitivamente stabilire in uno Stato membro diverso da quello di provenienza.

Il secondo diritto è la "libertà di prestazione dei servizi" espressa dall'art. 59 CEE[174], tale statuizione dichiara il diritto di recarsi temporaneamente in un Stato membro dissimile da quello nel quale si ha la cittadinanza per svolgere la propria attività economica[175].

È necessario, però, sottolineare l'esistenza di un'altra categoria di individui, non appartenenti a quella di operatori economici, che potevano beneficiare di tali diritti anche in maniera più limitata; tale categoria era costituita dalle persone che possedevano lo *status* di familiare del soggetto economicamente attivo[176],

---

[172]**Art. 48 CEE**: "Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro".

[173]**Art. 52 CEE**: "Per realizzare la liberalizzazione di un determinato servizio, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Parlamento Europeo, stabilisce direttive, deliberando a maggioranza qualificata. Nelle direttive di cui al paragrafo 1 sono in generale considerati con priorità i servizi che intervengono in modo diretto nei costi di produzione, ovvero la cui liberalizzazione contribuisce a facilitare gli scambi di merci".

[174]**Art. 59 CEE**: "Le disposizioni dell'articolo 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria 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; b) 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. Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il presente trattato. Le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 56".

[175] CALAMIA A. – VIGIAK V., *Diritto dell'Unione Europea. Manuale breve*, Giuffrè Editore, 2017.

[176] NASCIMBENE N. – CONDINANZI M.; *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.

con conseguente e incontestabile discriminazione nei confronti dei cittadini non lavoratori.

Nonostante le disposizioni del trattato CEE analizzino separatamente le tre categorie di persone prima descritte, la Corte di giustizia[177] cercò di mettere in pratica una interpretazione uniforme dei diversi articoli, così stabilendo:

«Il diritto, per i cittadini di uno Stato membro, di entrare nel territorio di un altro Stato membro e di dimorarvi è attribuito, a chiunque rientri nella sfera d'applicazione del diritto comunitario, direttamente da trattato — in specie dagli articoli 48, 52 e 59 — ovvero, a seconda dei casi, dalle disposizioni adottate per la sua attuazione indipendentemente da qualsiasi documento di soggiorno rilasciato dallo Stato ospitante.»

Fu proprio grazie alla Corte di Giustizia che, non limitandosi alla interpretazione uniforme circa la libertà di circolazione per le suddette categorie di individui, che si ampliarono i destinatari di tale stesso diritto.

Nel processo di estensione della titolarità della libertà di circolazione, ruolo preminente è stato svolto proprio dalla Corte di Giustizia.

Attraverso le sue statuizioni, innanzi tutto, l'organo di giurisdizione europeo è riuscito ad inglobare nell'ambito di coloro che hanno il "diritto alla circolazione" non solo i prestatori di servizi, bensì anche i loro destinatari, tra cui, ad esempio, i turisti[178].

A onor del vero, si deve rilevare che questi ultimi, in quanto acquirenti di beni e servizi dei prestatori, debbano necessariamente godere dello stesso diritto di circolazione[179]. Momento di rilevante importanza per l'ampliamento dei

[177] La Corte di Giustizia dell'Unione Europea interpreta il diritto dell'UE al fine di garantire che lo stesso sia applicato in maniera uniforme in tutti i Paesi europei, e dirime le controversie giuridiche tra governi nazionali ed istituzioni dell'Unione. In determinate circostanze, può essere adita anche da singoli cittadini, imprese o organizzazioni allo scopo di intraprendere un'azione legale contro una istituzione dell'UE qualora ritengano che abbia in qualche modo violato i loro diritti.

[178] ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[179] NSCIMBENE N. – CONDINANZI M.; *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.

beneficiari della libertà di circolazione delle persone è costituito dalla stipulazione degli Accordi di Schengen.

Lo spazio di Schengen è inteso quale "zona di libera circolazione" nell'ambito della quale i controlli alle frontiere sono aboliti per tutti i viaggiatori, salvo eccezionali circostanze. Tale area si compone di ben 26 Paesi, di cui 22 membri dell'Unione Europea.

Questo importante spazio di circolazione è entrato progressivamente in vigore a partire dal 1985, data di un accordo concluso da un gruppo di governi europei nella località di Lussemburgo.

Più precisamente, con l'accordo di Schengen, firmato in data 14 giugno 1985 da Belgio, Francia, Paesi Bassi e Lussemburgo che decisero, per primi, di eliminare progressivamente i controlli alle frontiere interne introducendo la libertà di circolazione per tutti i cittadini dei Paesi firmatari, di altri Paesi dell'UE e di alcuni Paesi Terzi[180].

All'atto pratico, all'interno di questa zona definita "spazio di Schengen", i cittadini dell'UE nonché quelli di Paesi Terzi hanno il diritto di spostarsi liberamente senza la sottoposizione ai controlli tipici delle frontiere; di contro, v'è da dire, che un volo interno all'UE il quale collega uno Stato Schengen a uno Stato "non – Schengen" sarà comunque sottoposto a specifici controlli[181].

La caduta delle frontiere interne ha come corollario il rafforzamento delle frontiere esterne allo spazio di Schengen, controllate – come noto – dall'Unione; gli Stati membri che si trovano ai confini, dunque, hanno la responsabilità di organizzazione di rigorosi controlli e di assegnazione di visti di breve durata agli individui che varcano l'ingresso[182].

Negli anni '80 del Secolo scorso la libera circolazione delle persone nonché le differenti modalità di controllo alle frontiere per cittadini europei e cittadini di Paesi terzi, furono oggetto di ampio dibattito all'interno della Comunità

---

[180] ADINOLFI A. – GAJA G., *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Editori LATERZA, 2015.

[181] QUEIROLO I. – SCHIANO L., *Lezioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2014.

[182] CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli Editore, 2016.

Economica Europea[183].

Tra gli effetti più evidenti dell'area Schengen, come poc'anzi accennato, primariamente si rileva la divisione effettuata, all'interno degli aeroporti e dei porti, tra i viaggiatori di Stati aderenti a tale accordo e quelli invece non aderenti allo stesso, in capo ai quali era previsto l'obbligo di mostrare il passaporto per poter accedere ad un altro Stato membro[184].

Da quel momento, per i cittadini degli Stati facenti parte di Schengen, è sufficiente mostrare soltanto il documento di identità per poter circolare nel territorio degli Stati dello Spazio Schengen[185].

Tale area, con l'andare del tempo, è stata via via estesa non solo ad altri Paesi della Comunità Economica Europea ma anche ad alcuni Paesi Terzi, come ad esempio l'Islanda o la Norvegia.

Tenendo conto di tutto quanto detto, ben si può comprendere che il 1985 indichi un vero e proprio "anno di svolta" per l'Europa, inteso quale momento in cui si verifica il passaggio da "libertà di circolazione delle persone", esclusivamente riservata ai lavoratori, a "libertà di circolazione estesa a tutte le persone degli Stati membri"[186]. Nonostante ciò, v'è da dire, l'evoluzione di siffatto diritto non si è arrestata, bensì ha continuato il suo ampio processo di consolidamento ed estensione. Alla fine degli anni Ottanta, il clima della Comunità Europea era caratterizzato da ampie divergenze tra gli Stati membri attinenti all'assetto istituzionale della "futura Europa".

Tutti i Paesi erano, infatti, concordi nel pensare come necessaria l'effettuazione di un ulteriore passo in avanti in questo processo di integrazione, ma, mentre alcuni Paesi erano a favore di un'Unione con un obiettivo federale alla base, altri Stati, tra cui il Regno Unito, erano a favore di una Europa sempre più stretta tra

---

[183] "Lo spazio e la cooperazione Schengen".

[184] RECCHI E.; *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Editore Il Mulino, 2013.

[185] NUGENT N., *Governo e politiche dell'Unione Europea: storie e teorie dell'integrazione*, Editore Il Mulino, 2008.

[186] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Editore Il Mulino, 2013.

i vari popoli che comprendeva[187]. Fu proprio durante questo periodo che si intensificò il dibattito sull'esigenza di un ennesimo ampliamento iniziando a diffondersi l'idea di costituire una cittadinanza sovranazionale che unisse gli Stati membri[188].

L'evoluzione della libertà di movimento, dopo essere stata estesa anche ai soggetti che non erano considerati "economicamente attivi", quali studenti, pensionati e disoccupati, con le Direttive 90/364[189], 90/365[190], 90/366, 93/96[191], è stata poi caratterizzata da un ulteriore momento di enorme rilevanza, costituito dal Trattato di Maastricht del 1992[192].

Tale accordo sembra, ad oggi, dover essere considerato quale "punto di arrivo" successivo ad un periodo di intense dispute e riflessioni, ad opera sia di istituzioni comunitarie e nazionali, in cui si è sviluppato tra gli Stati un sentimento di appartenenza alla CEE sempre più acuto.

Con il Trattato di Maastricht furono innanzi tutto sistemate le scadenze per le successive tappe del processo di integrazione europea, e successivamente fu anche istituita la cittadinanza europea di cui era ed è tuttora titolare qualsiasi persona possedente la cittadinanza di un Paese membro[193].

La cittadinanza in uno degli Stati dell'UE sembra essere subordinata a quella nazionale, tanto è vero che i criteri di acquisto o di perdita della stessa dipendono dalle modalità che i Paesi europei impiegano per la cittadinanza nazionale[194].

Qualora un cittadino dovesse perdere la cittadinanza nazionale di uno Stato membro, perderebbe automaticamente anche quella europea. In tal modo, il cittadino europeo non sarà considerato solo come "soggetto economicamente

---

[187] NUGENT N., *Governo e politiche dell'Unione Europea: storie e teorie per l'integrazione*, Il Mulino Editore, 2008.

[188] QUEIROLO I. – SCHIANO L., *Lezioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[189] Direttiva 90/364 CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno.

[190] Direttiva 90/365 CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale.

[191] Direttiva 93/96 CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

[192] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Editore Il Mulino, 2013.

[193] ADAM R. – TIZZANO A.; "Lineamenti di diritto dell'Unione Europea", Giappichelli Editore, 2016.

[194] BENACCHIO G., *Diritto privato dell'Unione Europea*, CEDAM Editore, 2012.

attivo", ma visto anche quale "soggetto politico" che partecipa attivamente al processo di integrazione europea. Più precisamente, a tal riguardo, è importante tenere a mente i diritti che sono conferiti al cittadino europeo scaturenti dal possesso della "cittadinanza europea"; tra questi si ricordano, ad esempio, il diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri, il diritto di partecipazione alle elezioni del Parlamento Europeo (elettorato sia attivo sia passivo), il diritto alla tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari e il diritto di presentare petizioni al Parlamento Europeo[195].

La Corte di giustizia, dal canto suo, prendendo in considerazione svariati casi in cui gli Stati membri non attribuivano la cittadinanza europea ai cittadini aventi la doppia cittadinanza[196], mediante le sue sentenze, ha sostenuto la necessità di attribuire sempre e comunque la cittadinanza europea nel rispetto del diritto comunitario[197]. In relazione a ciò, l'unico requisito del possesso della cittadinanza di uno Stato membro è sufficiente per l'ulteriore attribuzione anche di quella europea[198]. I Trattati successivamente stipulati, nonché le Direttive adottate, altro non hanno fatto se non confermare l'importanza della cittadinanza europea. Degna di nota è certamente la Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini europei e dei loro familiari di circolare liberamente e di soggiornare nel territorio degli Stati membri; la stessa ha modificato i precedenti regolamenti unificando i vari aspetti di tale diritto che erano stati regolamentati separatamente[199].

La direttiva del 2004, ancora, ha reso maggiormente accessibile la comprensione della legislazione europea relativa al diritto analizzato, dando successivamente attuazione al concetto astratto di "cittadinanza europea" contenuto nel Trattato di Maastricht[200]: *«La cittadinanza dell'Unione dovrebbe costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri quando essi esercitano il loro*

---

[195] VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, 2013.
[196] Sia di uno Stato membro che di un Paese Terzo.
[197] VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, 2013.
[198] NASCIMBENE R. – ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, CEDAM, 2012.
[199] VILLANI U., op. cit.
[200] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.

diritto di libera circolazione e di soggiorno. È pertanto necessario codificare e rivedere gli strumenti comunitari esistenti che trattano separatamente di lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, studenti ed altre persone inattive al fine di semplificare e rafforzare il diritto di libera circolazione e soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione.»

Nonostante il raggiungimento degli obiettivi, per la prima volta, attinenti ai diritti di circolazione e soggiorno ben definiti, ritenuti fondamentali per i cittadini degli Stati membri, è necessario tuttavia sottolineare anche la sussistenza di forti limiti che non ne consentono il pieno esercizio.

3.3 Gli ostacoli attuali al completo processo di integrazione europea

Con la direttiva 2004/38/CE[201], riguardante il diritto dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari a circolare e soggiornare liberamente nel territorio di tutti gli Stati membri, si giunge, come poc'anzi accennato, ad un documento sintetizzante tutte le precedenti disposizioni relative al diritto di circolazione e soggiorno all'interno degli Stati membri con i rispettivi limiti[202].

È questo un atto di particolare rilevanza mediante il quale si realizza la conferma circa l'effettiva importanza della cittadinanza europea e dei diritti ad essa legati, quali il diritto di ingresso e soggiorno, che rappresentano diritti fondamentali per i cittadini europei. Per il processo di integrazione europea, la possibilità di muoversi nel territorio dei vari Paesi senza incontrare ostacoli, facilita dapprima l'economia e poi aumenta anche quel senso di appartenenza dei cittadini all'Unione[203].

La facilità di potersi muovere da uno Stato membro all'altro, proprio come ci si sposta da una regione all'altra all'interno dello stesso Stato, e il vedersi garantiti i propri diritti in un altro Paese, a parità dei cittadini locali, aumenta a dismisura il sentimento di "*nazionalità europea*" e di sicurezza in tutto il territorio

[201] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004.
[202] BENACCHIO G., *Diritto privato dell'Unione Europea*, CEDAM Editore, 2012.
[203] RECCHI E.; *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.

dell'Unione[204]. Tuttavia, la direttiva menzionata definisce in dettaglio quelli che sono dei veri e propri "limiti" a tale menzionato "diritto di soggiorno".

In primis, si deve tenere a mente come nel caso in cui il soggiorno abbia una durata inferiore ai tre mesi, l'unico requisito per poter soggiornare in un altro Stato membro è il possesso di un documento valido e idoneo di identità[205], non occorre, dunque, munirsi di visto.

Nel caso in cui, invece, il soggiorno dell'individuo sia superiore ai tre mesi, la direttiva ora menzionata prevede alcune condizioni volte ad evitare che il cittadino ospitato diventi un "onere" per lo Stato ospitante; in altre parole lo Stato che "ospita" ha anch'esso il "diritto di essere salvaguardato"[206].

Più precisamente, in relazione ad un soggiorno che abbia una durata superiore ai tre mesi, il cittadino ospitato; sia esso lavoratore subordinato o autonomo o semplicemente un "soggetto economicamente inattivo", quale pensionato o studente iscritto presso un istituto pubblico o privato per seguirvi un corso di studi o di formazione professionale, deve possedere necessariamente quelle che sono le risorse economiche necessarie al mantenimento di se stesso e della propria famiglia, senza gravare in alcun modo sull'assistenza sociale dello Stato ospitante; deve possedere, inoltre, una assicurazione sanitaria[207].

Alla luce di tale ragionamento, si individuano – certamente - svariate incongruenze nella giurisprudenza europea, giungendo necessariamente ad un approccio critico. Nonostante fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso si fosse messo a punto un vero e proprio "processo di continua evoluzione della fruizione della libertà di movimento all'interno degli Stati europei", vige ancora tutt'oggi un limite importante il quale mette in rilievo i rapporti tra gli Stati dell'UE, rapporti principalmente di tipo economico.

La direttiva 2004/38/CE, nonostante attesti come i beneficiari del diritto di circolazione e soggiorno siano aumentati, ribadisce d'altro canto come la

---

[204] ADAM R. – TIZZANO A.; *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.
[205] Carta di identità o passaporto.
[206] GERLI S., *Diritto dell'Unione Europea*, Simone Editore, 2018.
[207] Parlamento Europeo e Consiglio – Direttiva 2004/38/CE, 29 aprile 2004.

concezione di tale diritto sia subordinata alla disponibilità economica dei soggetti economicamente attivi o inattivi[208]. Occorre, ancora, mettere in evidenza che, poiché tra i soggetti a cui è stata estesa tale libertà di movimento, è ricompresa anche la categoria dei turisti in quanto destinatari di beni e servizi, non è chiaro come le persone economicamente inattive, ma che sono in ogni caso intesi quali "destinatari di beni e servizi", siano soggette alle restrizioni prima specificate[209]. Se si considera, inoltre, il raggiungimento dello *status* di "cittadino europeo", la visione economica, a cui si fa riferimento per la fruizione del diritto di soggiorno, dovrebbe essere da tempo superata. La pretesa da parte dei Paesi ospitanti circa tali requisiti economici sussistenti in capo ai cittadini ospitati, non sembra conformarsi in alcun modo alla giurisprudenza europea maggioritaria, ponendosi anzi da ostacolo al processo di integrazione unionale al quale tanto si mira[210]. Questa problematica, tuttavia, sembra essere stata in qualche modo arginata mediante i riferimenti al principio di ragionevolezza e proporzionalità che, come si è avuto modo di vedere, sono applicabili al diritto dell'Unione nell'ambito delle cc.dd. competenze di natura concorrente quale è proprio il mercato interno[211]. La direttiva 2004/38/CE, come accennato, mette in risalto una sorta di tutela nei confronti dei cittadini, c.d. "economicamente inattivi", affermando il divieto per gli Stati ospitanti di stabilire un importo preciso delle risorse che tali individui devono avere, che possono variare a seconda della situazione personale del cittadino ospitato.

Codesto importo, però, "*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 ovvero alla pensione minima sociale erogata dallo Stato membro ospitante*"[212].

---

[208] BENACCHIO G., *Diritto privato dell'Unione Europea*, CEDAM Editore, 2017.
[209] DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, 2016.
[210] CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea*, Giappichelli Editore, 2015.
[211] Il rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità impone che, in riferimento al caso concreto, la P.A. utilizzi un provvedimento proporzionato alle finalità da conseguire, supportato da appropriata motivazione che tenga conto dell'interesse primario, degli interessi con cui questo può venire in conflitto e di tutte le circostanze di fatto. Più precisamente, la violazione di codesto principio comporta il vizio dell'eccesso di potere ossia la patologia della discrezionalità.
[212] NASCIMBENE B. – CONDINANZI M., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.

Per quanto attiene, invece, alle risorse dei cittadini inattivi, è stato recentemente asserito dalla Corte di Giustizia che le stesse possono derivare anche da un altro soggetto, un soggetto dunque diverso dal cittadino interessato, e che tale persona possa essere anche un "partner non coniugato"[213]. Si pensi al caso dello Studente senza particolari disponibilità economiche proprie alle quali sopperiscono il padre o la madre. Sulla base di ciò, v'è da considerare che non viene data importanza alcuna alla stabilità del rapporto tra i due soggetti e, anche se il loro legame non è giuridico, contrattuale o legale, viene attribuito rilievo alla circolazione del partner non subordinatamente alla circolazione del lavoratore[214]. Ulteriore circostanza prevista dalla direttiva in questione è quella relativa alla situazione dei cittadini ospitati richiedenti l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente. I beneficiari di tale diritto sono tutti i cittadini europei che hanno risieduto in via legale all'interno di uno Stato europeo per almeno cinque anni consecutivi, con la condizione di non essere stati oggetto di nessun tipo di misura di allontanamento[215].

Siffatto diritto non è rivolto a categorie predeterminate di cittadini ma, a differenza del diritto di soggiorno il quale è collegato necessariamente alla cittadinanza europea e non per questo non è un diritto che può essere perso, quello di soggiorno permanente, invece, si perde nel momento in cui l'individuo risulti assente sul territorio dello Stato membro ospitante per almeno due anni ininterrotti[216]. Tutte le considerazioni finora evidenziate, pongono in risalto come lo sviluppo della normativa europea spieghi un ruolo centrale per lo sviluppo della libertà di circolazione delle persone e per il rilevante processo di integrazione europea[217]. Purtuttavia, ai fini di un'analisi più completa, non può non tenersi conto dei limiti imposti ai Paesi membri in fase di adesione all'Unione Europea derivanti dal processo di allargamento.

---

[213] CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli Editore, 2015.
[214] NASCIMBENE B. – CONDINANZI M., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.
[215] Direttiva 2004/38/CE.
[216] Parlamento Europeo e Consiglio, Direttiva 2004/38/CE.
[217] CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea*, Giappichelli Editore, 2015.

L'Unione, infatti, prevede per i suoi Stati, la possibilità di porre delle restrizioni, per sette anni, ai cittadini provenienti da Paesi terzi che hanno effettuato domanda di adesione all'Unione[218]. Un esempio che può essere, a tal proposito, esemplificativo è quello degli Stati della Bulgaria e della Romania.
Dopo avere presentato la domanda di adesione nel 1995, i negoziati sono iniziati nel 2000 e sono stati conclusi nel 2004, e i due Paesi sono diventati membri dell'Unione Europea a partire dall'anno 2007.
Da questo momento, alcuni Stati membri[219] hanno deciso di mettere delle effettive restrizioni alla libertà di circolazione dei cittadini bulgari e rumeni, presi dalla "paura" di dover ospitare un numero troppo amplio di cittadini provenienti da quegli Stati[220]. Si tratta, in consimili casi, di vere e proprie restrizioni di natura transitoria che sono dirette soltanto agli individui in cerca di lavoro negli Stati dell'UE, e non invece a quei cittadini che decidono di frequentare un corso, l'università o ancora di esercitare il loro lavoro autonomo in un altro Stato membro.

Tali limitazioni non sono durate più di sette anni in quanto dal 1° gennaio 2014 sono state rimosse concedendo in tal modo una libertà piena ed esclusiva di circolazione alle persone in cerca di lavoro[221]. Altro caso che può prendersi in considerazione è quello della Croazia, la quale ha aderito all'Unione Europea nel mese di luglio 2013 e i cui cittadini saranno soggetti a restrizioni nel mondo del lavoro per ben sette anni[222]. I setti anni vengono divisi in fasi differenti.
Nella prima fase, che comprende gli anni che vanno dal 2013 al 2015, i Paesi che hanno adottato le restrizioni sono tredici, tra cui la nostra Repubblica Italiana. Sulla base di ciò, la Croazia ha comunicato alla Commissione che anch'essa predisporrà quelle che sono le restrizioni a tutti i cittadini provenienti

---

[218] NASCIMBENE B. – CONDINANZI M., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.
[219] Regno Unito, Francia e Germania.
[220] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.
[221] Commissione Europea; "Free movement of workers after accession of Bulgaria and Romania: frequently Asked Questions".
[222] CANNIZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli Editore, 2015.

dai tredici Paesi e in cerca di lavoro.

Gli Stati che continueranno ad applicare le restrizioni nelle fasi successive, invece, dovranno dichiararlo nel momento in cui starà per terminare il sopra indicato periodo 2013-2015[223]. La fine delle restrizioni applicate agli abitanti della Croazia è prevista nel mese di giugno dell'anno 2020[224].

Tenuto conto di tutto quanto detto, è possibile rilevare come l'evoluzione della libertà di circolazione delle persone da uno Stato all'altro dell'Europa abbia attraversato diverse fasi contribuendo, da un lato, al processo di integrazione europea e dall'altro ostacolandolo a causa dei limiti che prevede[225]. Sembra essere evidente, però, come la libertà di circolazione delle persone, che in passato appariva come una realtà circoscritta all'interno dei singoli Paesi dell'UE, a partire dagli inizi del nuovo Millennio è divenuta tangibile tanto da essere in grado di oltrepassare i confini tra i singoli Stati europei[226]. Si è, così, pervenuti alla formazione di un particolare regime, formatosi tra i membri dell'Unione, tra cui la Croazia, all'interno del quale viene compiuta una sorta di "migrazione internazionale" sulla base, però, di quelle che sono le modalità stabilite per una "migrazione interna"[227].

Il concetto stesso di "*migrazione*", attualmente utilizzato soltanto in relazione agli abitanti di "Paesi terzi", ha perso gran parte del suo significato originario essendo stato sostituito da una nuova locuzione, la "*mobilità*", concetto che indica la migrazione dei cittadini degli Stati membri all'interno dell'Unione Europea[228].

---

[223] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.
[224] Commissione Europea, "Croazia".
[225] CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli Editore, 2015.
[226] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.
[227] NASCIMBENE B. – CONDINANZI M., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2007.
[228] RECCHI E., *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.

PARAGRAFO QUARTO

La libera circolazione dei servizi

4.1 La nozione di "servizi" nel sistema U.E.

I servizi sono definiti quali "*prestazioni normalmente fornite dietro retribuzione, in quanto non siano regolati dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali*"[229].

Essi comprendono quelle particolari attività di carattere industriale e non, avente natura commerciale[230], artigianale, delle libere professioni[231].

Allo stesso modo che per la libertà di stabilimento, il Consiglio, entro la fine della prima tappa del così detto "periodo transitorio"[232], ha deliberato, come prevedeva l'art. 52 CE[233], un programma generale volto a sopprimere le specifiche restrizioni esistenti all'interno della Comunità in relazione allo scambio dei servizi. Le norme concernenti la libertà di prestazione dei servizi, invero, da un lato, ancora ribadivano che dovessero applicarsi alla materia le stesse eccezioni previste per la libertà di stabilimento[234], dall'altro mettevano a punto il fatto che fino al momento in cui le restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi non fossero state soppresse, gli Stati membri avrebbero dovuto applicarle senza discriminazione alcuna di nazionalità e di residenza[235].

---

[229] **Art. 50 CE**: "Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni".

[230] E finanziario in genere.

[231] RECCHI E., op. cit.

[232] 1961.

[233] Ex articolo 63 / **Art. 52 CE**: "Per realizzare la liberalizzazione di un determinato servizio, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del comitato economico e sociale del Parlamento Europeo, stabilisce direttive, deliberando a maggioranza qualificata. Nelle direttive di cui al paragrafo 1 sono in genere considerati con priorità i servizi che intervengono in modo diretto nei costi di produzione, ovvero la liberalizzazione contribuisce a facilitare gli scambi di merci".

[234] Diritto di stabilimento.

[235] GASPARI F., *Libertà di circolazione dei capitali privatizzazioni e controlli pubblici*, Giappichelli Editore, 2014.

Gli Stati membri, infine, tenendo conto dell'articolo 53 CE[236], si dichiaravano disposti a procedere alla liberalizzazione dei servizi anche in maniera superiore a quella obbligatoria prevista dalle direttive approvate dal Consiglio per l'attuazione del programma generale; quando ciò fosse consentito dalla situazione economica generale e dal singolo settore considerato[237].

Il principio generale della libertà di circolazione dei servizi è fornito dall'articolo 56 TFUE[238]: *"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.*

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione". È il seguente articolo 57 TFUE, però, che mette in rilievo la definizione di servizio; l'esercizio di un'attività lavorativa autonoma, condotta in modo stabile nel territorio di uno Stato membro dell'Unione diverso dal proprio, rientra, più precisamente, nelle disposizioni di cui all'art. 49 TFUE[239] attinenti al "diritto di stabilimento", che verrà successivamente trattato, mentre la prestazione temporanea ed occasionale di una data attività, sempre in un Paese differente rispetto a quello di stabilimento, è presa in considerazione dall'art. 56 TFUE prima esposto. Più precisamente, si deve riscontrare come la "libertà di circolazione dei servizi" meriti, all'interno dei Trattati, un'autonoma

---

[236] Ex articolo 64/ **Art. 53 CE**: "Gli Stati membri si dichiarano disposti a procedere alla liberalizzazione dei servizi in misura superiore a quella obbligatoria in virtù delle direttive stabilite in applicazione dell'articolo 52, paragrafo 1, quando ciò sia loro consentito dalla situazione economica generale e dalla situazione del settore interessato".

[237] Recchi E.; "Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa", Il Mulino Editore, 2013.

[238] Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

[239] **Art. 49 TFUE**: "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, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

menzione che la distingua da quella riguardante le persone; invero, nel caso di tale specifica libertà non è il soggetto che esegue la prestazione l'elemento caratterizzante il contenuto dell'attività economica ma proprio la prestazione stessa[240]. La specifica disciplina dei servizi[241] mette, innanzi tutto, in evidenza un primo ed importante elemento che permette di cogliere fin da subito quella che è la divergenza di fondo tra la concezione nazionale e quella comunitaria del lavoro: infatti, l'approccio dei giuslavoristi sostiene quello che è l'interscambio tra il profilo oggettivo, e dunque tra la prestazione o il lavoro, e il profilo soggettivo, attinente al lavoratore o comunque più in generale al soggetto che esegue la prestazione; il legislatore e il giudice comunitario, invece, mettono in evidenza l'aspetto puramente economico della prestazione[242].

4.2 Gli elementi costitutivi della "libera circolazione dei servizi"

Come visto, il contenuto terminologico esistente all'interno della locuzione "prestazione di servizi" può essere descritto in maniera sintetica quale "*esercizio temporaneo di un'attività economica non salariata in ambito transazionale*". Appare utile, a questo punto, scomporre tale definizione per comprenderla al meglio ed analizzare quelli che sono gli specifici elementi costitutivi della stessa. Si fa riferimento, innanzi tutto, all' "*esercizio temporaneo*"; la temporaneità, invero, costituisce il tratto differenziale tra libertà di stabilimento, che verrà successivamente analizzata, e prestazione dei servizi.

La Corte di giustizia europea, vista l'ampia difficoltà interpretativa circa la distinzione tra le due libertà, fondata esclusivamente sul carattere temporaneo o stabile della prestazione, ha precisato, come tale stessa valutazione dovesse essere effettuata non solo in funzione della durata del servizio ma anche in

---

[240] CONDINANZI M. - LANG A. – NASCIMBENE B., *Citizenship od the Union and Free Movement of Persons*, Brill, 2008.
[241] Capo III – Titolo IV TFUE.
[242] RECCHI E. *Senza frontiere: la libera circolazione delle persone in Europa*, Il Mulino Editore, 2013.

riferimento alla sua frequenza[243], periodicità e continuità[244]: "*il carattere temporaneo delle attività considerate deve essere valutato non solo in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa*"[245]. Ad oggi, nell'ambito del diritto primario è stabilito che "nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in termini astratti, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizi non può più essere considerata prestazione di servizi, di modo che la nozione di "servizio" ai sensi del Trattato può comprendere servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino di più anni"[246]. Non può, dunque, determinarsi in via precisa e generale il periodo di tempo che deve trascorrere per considerarsi una attività "esercitata come libero stabilimento" anziché come "libera prestazione"; tuttavia, si è ritenuto che un'attività svolta a titolo permanente o senza limiti di durata predeterminati non possa mai comunque rientrare nella disciplina relativa alla libera prestazione dei servizi[247]. I giudici di Lussemburgo, inoltre, hanno sottolineato come l'esistenza di elementi materiali utili o necessari all'attività sul luogo di esercizio della prestazione lavorativa possa costituire solo un fattore indiziario. La mera presenza sul territorio del Paese ospitante di una struttura minima, come ad esempio un ufficio, non consente di escludere che si rientri nella categoria della libera prestazione dei servizi e non invece in quella della libertà di stabilimento[248].

---

[243] Intesa in senso di regolarità.
[244] Sentenza Corte di Giustizia Europea, 30 novembre 1995, C – 55/94, "Gebhard".
[245] Sent. Corte di Giustizia Europea, C – 55/94.
[246] Sent. Corte di Giustizia Europea, 10 maggio 2012, **C – 375/10**, "Duomo Gpa Srl"; nello stesso senso il giudice comunitario ha dimostrato l'intenzione di ricomprendere nell'ambito della disciplina della libera circolazione dei servizi anche le attività la cui prestazione "*si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio*" e "*le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione*" – Corte di Giustizia sent. **C – 215/01**, 11 dicembre 2003, "Schnitzer".
[247] Sent. Corte di Giustizia Europea, **C – 456/02**, 7 settembre 2007, "Trojani".
[248] Sent. Corte di Giustizia Europea, **C – 145/99**, 7 marzo 2002, Commissione c. Repubblica Italiana (in riferimento alla professione di avvocato).

Il confine tra le due libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, così, sembra in qualche modo "assottigliarsi" essendo tutt'altro che agevole effettuare una netta distinzione tra i casi ove l'operatore economico usufruisca di uno stabilimento secondario, piuttosto che di una semplice infrastruttura meramente funzionale nel contesto di una prestazione di servizi transfrontaliera[249].

Il secondo elemento che compare nella definizione di "servizi", e che è bene analizzare, è il concetto di "attività economica indipendente". L'attività esercitata dal lavoratore deve avere natura economica, oltre che reale ed effettiva, anche nel caso in cui la stessa derivi da un profitto indiretto ed indipendentemente dalla contestualità tra prestazione e pagamento del relativo corrispettivo[250]. Si devono intendere "servizi" tutte quelle prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione; in particolare "*la caratteristica essenziale della retribuzione consiste nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione considerata*"[251]. Non è, poi, determinante che il compenso per la prestazione venga versato direttamente da chi usufruisce del servizio, potendo al contrario essere corrisposto anche da un soggetto terzo, prescindendo la qualificazione dell'attività come servizio dalla coincidenza fra colui che è beneficiario della prestazione e colui che la retribuisce[252].

La retribuzione spettante al prestatore del servizio costituisce il corrispettivo della prestazione convenuto tra prestatore e destinatario dello stesso, ma la stessa non può essere sottoposta ad alcun vincolo di subordinazione.

Si tratta, quindi, di una prestazione di carattere autonomo e perciò non salariata, fornita da un operatore economico, che può essere costituito da una persona fisica o giuridica, al di fuori di un rapporto di lavoro subordinato e sotto la

---

[249] MASTROIANNI R., *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: principi generali*, Milano, 2007.

[250] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2016.

[251] Sent. Corte di Giustizia Europea, 26 giugno 2003, "Skandia" ; nella stessa la Corte ha avuto modo di precisare che i regimi di assicurazione volontaria o integrativa per la pensione di vecchiaia, in cui il corrispettivo è pagato con ampio anticipo rispetto alla mera ed eventuale prestazione, costituiscono comunque "servizi" ai sensi del diritto comunitario.

[252] In tal senso si è ritenuto che le prestazioni mediche siano soggette alla disciplina dei servizi, a prescindere dal fatto che siano coperte direttamente dal sistema sanitario o rientrino nel sistema previdenziale, e non siano di conseguenza pagate direttamente dal paziente; in tal senso Sent. Corte di Giustizia, **C – 211/08**, Commissione / Spagna, 15 giugno 2010.

propria esclusiva responsabilità, dunque non sotto la direzione di un datore di lavoro[253]. Sono da ritenersi esclusi dalla nozione comunitaria, invece, quei servizi per cui non sia previsto compenso alcuno né altro tipo di controprestazione economica [254] e quei servizi resi dallo Stato (o, più in generale, quelle attività poste in essere come parte integrante delle funzioni dello Stato o finanziate dal bilancio pubblico)[255].

È importante, sempre ai fini di una più completa definizione di servizio, prendere in considerazione la ragione del pagamento da parte del destinatario[256], non sembrano, invece, meritevoli di alcun rilievo le motivazioni del fornitore, il quale potrebbe essere un agente commerciale, un ente di pubblico servizio o un'organizzazione senza finalità di lucro[257]. Un importante elemento rientrante, infine, nella più generica nozione di "servizio" è "l'attraversamento di una frontiera interna". Il carattere c.d. transfrontaliero del servizio per rientrare nella "libertà di circolazione dei servizi" sussiste solo se il prestatore debba collocarsi in uno Stato differente rispetto a quello del fruitore del servizio in questione.

Di conseguenza, quelle situazioni puramente interne, dunque quelle i cui elementi si esauriscano all'interno di un solo ed unico Stato o che non presentano collegamenti con l'ordinamento europeo, sono escluse dall'ambito operativo di tale libertà di circolazione[258].

Possono, in tal modo, verificarsi discriminazioni in quei casi dove agli operatori economici transfrontalieri che abbiano usufruito della libertà di circolazione sia riservato un trattamento giuridico più favorevole, previsto in ambito europeo, rispetto quello che è invece concesso ai prestatori di servizi nazionali[259].

---

[253] SANTARIELLO R., *Capire l'Unione Europea*, Il Mulino Editore, 2016.

[254] Sent. Corte di Giustizia Europea, 30 settembre 2004, **T – 313/02**, "Meca – Medina".

[255] Sent. Corte di Giustizia Europea, 7 dicembre 1993, **C – 109/92** / Sent. Corte di Giustizia Europea, 11 settembre 2007, **C – 318/058**.

[256] A titolo simbolico o caritatevole o all'opposto quale corrispettivo della prestazione.

[258] BIONDI A., *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in Bestagno F. – Radicati di Bronzolo L. G.

[259] Sent. Corte di Giustizia Europea, 11 luglio 2002, **C – 60/00**, "Carpenter" – nell'ambito di tale statuizione il giudice comunitario, dopo aver ribadito che l'esercizio al diritto alla libera circolazione dei servizi "*può essere fatto valere da un prestatore di servizi nei confronti dello Stato in cui egli è stabilito, quando i servizi sono forniti a destinatari stabiliti in un altro Stato membro*"

La Corte di giustizia ha offerto un importante contributo in relazione alla realizzazione del mercato interno dei servizi, prendendo in considerazione ulteriori ambiti applicativi della libera prestazione, anche in casi non originariamente prospettati dal diritto primario.

L'ipotesi opposta alla mobilità transfrontaliera "classica" prevista dal Trattato è, infatti, riscontrabile in maniera implicita nella situazione in cui sia il fruitore del servizio in questione a spostarsi nello Stato di stabilimento dell'operatore economico per ricevere la prestazione[260].

Un'ulteriore e considerevole forma di mobilità è identificabile nella circostanza in cui entrambi i soggetti, fruitore del servizio e prestatore dell'attività[261], si spostino contemporaneamente in un Paese europeo diverso dal proprio sul cui territorio sarà eseguita la prestazione[262].

I giudici della Corte di Giustizia, poi, hanno ricondotto nel campo di applicazione dell'articolo 57 TFUE anche quelle ipotesi in cui sia solo il servizio a circolare, senza alcuno spostamento fisico da parte del fornitore e del beneficiario[263]. In queste specifiche circostanze, nelle quali, dunque, il luogo di prestazione è diverso da quello di fruizione dell'attività, la mancanza di un movimento transazionale di persone accentua la prospettiva oggettiva dell'istituto, mettendo in luce come colui che presta effettivamente il servizio costituisca un mero "presupposto fattuale"[264] e dunque non essenziale per integrare la fattispecie comunitaria della libera prestazione.

---

ha però riconosciuto l'esistenza di una situazione assai rilevante ai fini del diritto comunitario, nel caso di un provvedimento di espulsione che, sebbene riguardasse solo la moglie del prestatore, incideva comunque in maniera negativa sull'attività transazionale di fornitura dei servizi del consorte.

[260] Sent. Corte di Giustizia Europea, 2 febbraio 1989, **C – 186/87**, "Cowan".

[261] Provenienti da Stati membri differenti o entrambi stabiliti sullo stesso.

[262] È divenuto questo il caso delle "guide turistiche" provenienti da uno Stato membro che accompagnavano turisti originari di un altro Paese dell'U.E. nella visita di uno Stato diverso da quello di stabilimento di entrambi che costituisce il luogo di prestazione del servizio – Sent. Corte di Giustizia Europea, 26 febbraio 1991, **C – 180/89**.

[263] Sent. Corte di Giustizia Europea, 10 maggio 1995, **C – 384/93**.

[264] Sent. Corte di Giustizia Europea, 6 novembre 2003, **C – 243/01**, "Gambelli".

4.3 Il diritto di stabilimento

Il diritto di stabilimento, al quale si è in precedenza fanno cenno, può essere inteso come quella specifica facoltà, attribuita dagli articoli 43[265] e 38[266] CE[267], concessa alle persone fisiche e giuridiche di uno Stato membro dell'Unione Europea di potersi stabilire nel territorio di un altro Paese europeo. L'effettiva divergenza con la libertà di circolazione dei servizi, è che il diritto di stabilimento consente la possibilità ai cittadini comunitari di prestare la propria attività, non in maniera occasionale ma stabilmente, all'interno di un altro Stato membro stanziandosi e trasferendo la propria vita all'interno di questo. Tale facoltà implica l'accesso alle attività non salariate nonché al loro esercizio, la costituzione e la gestione di imprese e la possibilità di aprire agenzie, succursali o filiali, alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato all'interno del quale l'individuo in questione si sia stabilito, nei confronti dei propri cittadini[268].

Per attuare tale diritto, gli Stati membri si sono, nel corso del tempo, impegnati nello scopo di eliminare[269] tutte le restrizioni ancora esistenti e a non introdurne di nuove rispetto alla situazione esistente alla data di entrata in vigore

[265] **Art. 43 CE**: "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, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. 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. 48, comma 2, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relative ai capitali".

[266] **Art. 38 CE**: "Quando in uno Stato membro un prodotto è disciplinato da un'organizzazione nazionale del mercato o da qualsiasi regolamentazione interna di effetto equivalente che sia pregiudizievole alla concorrenza di una produzione similare in un altro Stato membro, gli Stati membri applicano al prodotto in questione in provenienza dallo Stato membro ove sussista l'organizzazione ovvero la regolamentazione suddetta una tassa di compensazione all'entrata, salvo che tale Stato non applichi una tassa di compensazione all'esportazione. La Commissione fissa l'ammontare di tali tasse nella misura necessaria a ristabilire l'equilibrio; essa può ugualmente autorizzare il ricorso ad altre misure di cui determina le condizioni e modalità".

[267] Ex artt. 52 – 58.

[268] ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[269] Durante gli anni definiti di "periodo transitorio" / 1958 – 1969.

del Trattato di Roma[270]. Anche il Consiglio dell'Unione Europea[271], nello stesso tempo, si impegnava a stabilire, entro la fine della prima tappa definita "periodo transitorio"[272], un programma generale volto alla soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, da realizzarsi attraverso l'emanazione di specifiche direttive[273].

Dall'attuazione del diritto di stabilimento negli Stati Europei, sono escluse tutte quelle attività che nello Stato interessato partecipano, sia pure in maniera occasionale, all'esercizio dei pubblici poteri; gli Stati, poi, conservano la facoltà di applicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, che prevedono un particolare regime in capo alle persone fisiche e a quelle giuridiche straniere giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica[274]. Per quanto riguarda, invece, l'attività bancaria, in base al programma generale predisposto dal Consiglio alla fine del 1961 era stato previsto che nell'arco di due anni dovessero abolirsi tutte le discriminazioni di nazionalità attinenti all'accesso e all'esercizio delle attività bancarie nei Paesi membri dell'UE.

La FBE[275] nel 1964 evidenziò che la normativa esistente in Europa, avente ad oggetto il diritto di stabilimento nei vari Stati membri, sembrava porre le banche estere e nazionali su un piano di parità; l'apertura di filiali al di là delle frontiere avveniva comunque nei limiti in cui le banche, per il regolamento delle transazioni internazionali, non preferissero ricorrere a una rete adeguatamente estesa di corrispondenti[276]. Il Consiglio, nel corso del tempo, ha tuttavia emanato svariate direttive tutte aventi l'obiettivo di attuare in maniera più concreta la libera circolazione dei servizi bancari nella Comunità Europea.

---

[270] CAVALLARI C.; *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Nel Diritto Editore, 2019.
[271] Il Consiglio dell'U.E., noto anche come Consiglio dei Ministri Europei, in precedenza come Consiglio speciale dei Ministri, detiene insieme al Parlamento Europeo il potere legislativo nell'ambito dell'Unione.
[272] 1961.
[273] CAVALLARI C.; op. cit.
[274] ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.
[275] Federation Bancaire de l'Union Europeenne.
[276] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica Editore, 2016.

A tal proposito, possono rimembrarsi la direttiva n° 73/183/CE[277] del Consiglio del 28.6.1973, attuata in Italia con la deliberazione del 4 giugno 1976 del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio; ancora deve ricordarsi la prima direttiva del Consiglio, la n° 77/780/CE del 12.12.1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, tale direttiva è stata nel corso degli anni più e più volte modificata e attuata in Italia con la Legge n° 74 del 5 marzo 1985[278] e con il DPR del 27 giugno 1985 n° 350[279]. La stessa è stata modificata, in relazione all'elencazione delle esclusioni permanenti di taluni enti creditizi, dalla direttiva n° 86/524[280] del 27 ottobre 1986. Detta produzione normativa è culminata, infine, nell'emanazione della seconda direttiva, la n° 89/646/CE del 15 dicembre 1989, riguardante il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative attinenti all'accesso alle specifiche attività degli enti creditizi; la stessa è stata attuata in Italia con d.lgs. del 14 dicembre 1992 n° 481[281].

[277] Direttiva 73/183/CE: direttiva per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari.
[278] L n. 74/1985: Delega al Governo per l'attuazione della Direttiva Comunitaria n. 77/780 in materia creditizia.
[279] DPR n. 350/1985: Attuazione della Direttiva in data 12.12.1977 del Consiglio delle Comunità Europee n. 77/780 in materia creditizia.
[280] Direttiva n. 86/524: Direttiva relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri attinenti agli agenti commerciali indipendenti; pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 31.12.1986 n. 382 ed entrata in vigore il 23.12.1986.
[281] D.Lgs n. 481/1992: in attuazione della direttiva 89/646/CE.

PARAGRAFO QUINTO

La libera circolazione dei capitali nell'Unione

5.1 Cenni introduttivi

La libera circolazione dei capitali, fra le libertà sancite dai Trattati, oltre ad essere quella di più recente introduzione, rappresenta anche la libertà avente un'applicazione più ampia.

Più precisamente, per "libertà di circolazione dei capitali" deve intendersi la circolazione di un importo monetario da un Paese all'altro intesa quale "operazione finanziaria avente la finalità di collocare tale importo in un altro Stato o investirlo in operazioni finanziarie"[282].

La Corte di Giustizia Europea ha, in merito, così precisato: "*S'intende per movimento di capitali solo le operazioni finanziarie che non costituiscono pagamenti correnti, hanno per oggetto l'impiego di valuta e non la remunerazione di una prestazione; per pagamento corrente i trasferimenti di valuta che costituiscono controprestazione all'interno di una transazione*"[283].

La liberalizzazione dei flussi di capitale, invero, è progredita in maniera assai graduale; a partire dal Trattato di Maastricht sono state eliminate tutte le restrizioni ai movimenti di capitale e ai pagamenti, non solo tra gli Stati membri dell'Unione Europea ma anche in relazione ai rapporti con i Paesi terzi. Si deve rimembrare, invero, come inizialmente i movimenti di capitale fossero consentiti soltanto nella misura in cui potessero essere qualificati come "*indispensabili al buon funzionamento del mercato comune*"[284].

La formulazione odierna di tale principio è quella derivante, come accennato,

---

[282] BARATTA R., *Lezioni di diritto dell'Unione Europea*, Manuali LUP, 2017.
[283] Sent. Corte di Giustizia Europea, 31.01.1984, causa "*Luisi*".
[284] DANIELE L., *Diritto mercato unico. Cittadinanza, libera circolazione, concorrenza e aiuti, immigrazione, cooperazione giudiziaria*, Giuffrè Editore, 2016.

dalla modifica del Trattato di Maastricht[285] avvenuta agli inizi degli anni '90 del Secolo scorso; la norma cristallizza il principio di base che era contenuto nella direttiva comunitaria 88/361/CEE, che stabiliva la piena libertà di movimento dei capitali e dei pagamenti all'interno della Comunità Economica Europea[286].

Prima di tale modifica, la libertà in questione non trovava specifico riconoscimento all'interno del Trattato; il vecchio articolo 67, infatti, disponeva soltanto: "*gli Stati membri sopprimono gradatamente tra loro, durante il periodo transitorio e nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune, le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri e parimenti le discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o la residenza delle parti o sul luogo di collocamento del capitale*"[287].

È di tutta evidenza come tale espressa disposizione, nella sua formulazione, poco si prestasse all'attuazione degli obiettivi messi in evidenza nel Trattato di Maastricht, quali la creazione di una Unione Europea economica e monetaria, caratterizzata da una politica monetaria comune e centralizzata; mancava, infatti, quel coordinamento essenziale per l'attuazione di una strategia univoca in materia di libera circolazione del capitale[288], soprattutto tenuto conto della recente *dematerializzazione* della moneta c.d. fisica, quasi definitivamente sostituita da metodi di pagamento virtuali. Ad oggi, infatti, in una frazione di secondo si possono effettuare pagamenti – anche di somme considerevoli – in tutte le parti del mondo; tale circostanza ha acceso i riflettori sulla libertà in commento che, pian piano, ha iniziato a ricoprire un ruolo sempre più apicale nell'ambito del mercato interno.

Deve essere necessariamente menzionato, poi, anche un ulteriore evento di estrema importanza nel processo di liberalizzazione dei flussi di capitale, ossia

---

[285] Trattato di Maastricht, o Trattato sull'Unione Europea (TUE), è stato firmato il 07.02.1992 a Maastricht nei Paesi Bassi, fissando le regole politiche e i parametri economici e sociali necessari per l'ingresso dei vari stati aderenti nell'Unione Europea.
[286] Prima della creazione dell'Unione Europea era esistente la Comunità Economica Europea.
[287] SANTANIELLO R., *Capire l'Unione Europea*, Il Mulino Editore, 2016.
[288] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2016.

l'entrata in vigore dell'Euro. Il suo debutto, la moneta unica europea, sui mercati finanziari si ebbe 1999, mentre la circolazione monetaria effettiva ebbe inizio il 1° gennaio 2002 nei dodici Paesi dell'Unione che per primi adottarono la nuova valuta. Contrariamente al mercato interno, il conio della moneta europea è competenza esclusiva – ovviamente per il Paesi appartenenti al c.d. eurogruppo – dell'Unione europea.

L'euro, uniformando l'unità di conto per la determinazione del valore di beni, servizi, capitali, e più in generale di ogni attività economica a livello comunitario, ha introdotto un elemento di grandissima trasparenza nel nostro sistema, grazie al quale sono limitati gli arbitraggi e le alterazioni del mercato basati sul valore della moneta e sulle dinamiche valutarie[289].

Lì, dove i valori economici sono espressi da una stessa moneta, dunque, c'è maggiore probabilità che gli investimenti si dirigano verso la fonte economicamente più efficiente a vantaggio della liberalità e della realizzazione di un'economia globalmente considerabile. Tale processo europeo di "liberalizzazione dei flussi di capitale" ha visibilmente inciso sugli aspetti legati alla tassazione diretta, sia in riferimento alle modifiche dell'ordinamento fiscale nazionale [290], sia riguardo alla disciplina fiscale in materia di flussi intracomunitari di dividendi e interessi[291]. Le maggiori innovazioni, tuttavia, nella prospettiva fiscale di implementazione della libertà in esame, si rinvengono al di fuori del contesto normativo in senso tecnico.

Si fa riferimento, in particolare, alla Giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, la quale, applicando le disposizioni del Trattato in relazione ad alcune fattispecie impositive nazionali, ha riscontrato una sorta di incompatibilità con le statuizioni espresse nel Trattato, in particolare in relazione con alcuni principi quali il "principio di non discriminazione", la "libera circolazione dei capitali", la "libera circolazione delle merci", la "libera circolazione dei servizi", la "libera circolazione delle persone", la "libertà di

[289] SANTANIELLO R., *Capire l'Unione Europea*, Il Mulino Editore, 2016.
[290] D.L. 28 giugno 1990, n. 67 convertito con la Legge 4 agosto 1990 n. 227, normativa sul monitoraggio fiscale.
[291] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2016.

stabilimento"; si è generato, così, il processo noto con il nome di "integrazione negativa"[292].

Ad oggi, ai vari Stati è fatto divieto di attuare misure restrittive alla messa in atto di codesta libertà: sono vietate sia le misure dirette[293] che quelle indirette[294]. Rimane, però, per gli Stati la possibilità di applicare alcune restrizioni a tali movimenti di capitali; più precisamente le restrizioni in questione sono disciplinate dall'art. 65 TFUE[295]; in relazione ai contribuenti invece si prendono in considerazione situazioni che non sono tra loro obiettivamente paragonabili, come ad esempio il loro luogo di residenza o quello di collocamento del capitale. Lo stato, inoltre, può adottare qualunque misura ritenuta necessaria per impedire le violazioni delle legislazioni e delle regolamentazioni nazionali, soprattutto per quanto riguarda il settore fiscale o quello sulla vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o ancora ciascun Paese dell'UE può stabilire varie procedure aventi il fine della dichiarazione dei movimenti di capitale a scopo di informazione amministrativa o statistica, o quello dell'adozione di misure giustificate da ordine pubblico o pubblica sicurezza[296].

---

[292] BORIA P., *Metodo dell'integrazione*, Giappichelli Editore, 2018.

[293] Ad es. l'obbligo di avere una autorizzazione per l'esportazione di monete, assegni, biglietti bancari.

[294] Ad es. prevedere trattamenti più favorevoli per contrarre un prestito a chi si rivolge ad una banca con sede nello Stato e non presso una banca con sede in un altro Stato.

[295] **Art. 65 TFUE**: "Le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria 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; b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e di 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. Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i Trattati. Le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63. In assenza di misure di applicazione dell'articolo 64, paragrafo 3, la Commissione o, in mancanza di una decisione della Commissione entro un periodo di tre mesi dalla richiesta dello Stato membro interessato, il Consiglio può adottare una decisione che conferma che le misure fiscali restrittive adottate da uno Stato membro riguardo ad uno o più Paesi terzi devono essere considerate compatibili con i Trattati nella misura in cui sono giustificate da uno degli obiettivi dell'Unione e compatibili con il buon funzionamento del mercato interno. Il Consiglio delibera all'unanimità su richiesta di uno Stato membro".

[296] ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2014.

I Paesi europei, inoltre, possono apporre delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali anche in quei casi di "*golden share*"[297], ossia nei casi di fissazione di limiti al controllo da parte di capitale straniero di imprese[298], in settori considerati strategici dell'economia nazionale[299].

5.2 L'assetto normativo

La libera circolazione dei capitali (e la libertà dei pagamenti) è situata nel Capo IV, Titolo V, parte III del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE. Precisamente, a tale libertà sono dedicati gli articoli dal 63 al 66 TFUE. Come ben si evince da una prima e sommaria lettura delle disposizioni ora elencate, l'articolo 63 TFUE sembra dividersi in due parti: un primo paragrafo mette in evidenza il divieto di tutte le restrizioni in capo ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Paesi europei e Paesi terzi, il secondo paragrafo invece vieta tutte le restrizioni non ai movimenti di capitale ma ai pagamenti, sia tra Stati membri che nei riguardi dei Paesi terzi[300].

Gli articoli dal 64 al 66, invece, prevedono delle possibilità di deroga a tali divieti ed hanno un campo di applicazione più ristretto poiché si applicano solo ed esclusivamente ai movimenti di capitali tra Stati membri dell'Unione e Paesi terzi[301]. La Corte di Giustizia Europea, tuttavia, ha affermato che nonostante, come visto, gli articoli 64 e 65 TFUE prevedano delle deroghe ai divieti di cui all'art. 63, si può comunque invocare il "divieto di restrizioni al movimento di capitali" dinanzi al giudice nazionale, con conseguente possibilità di eliminazione delle norme in contrasto con tale principio.

---

[297] Con il termine "*golden share*" (azione d'oro) si indica quell'istituto giuridico, di origine britannica, in forza del quale uno Stato, durante e a seguito di un processo di privatizzazione (o di vendita di parte del capitale) di una pubblica impresa, si riserva poteri speciali che possono essere esercitati dal Governo durante il processo medesimo.
[298] Relativamente alla loro gestione e struttura azionaria.
[299] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2016.
[300] CALAMIA A. M. – VIGIAK V., *Diritto dell'Unione Europea. Manuale breve*, Giuffrè Editore, 2017.
[301] SANTANIELLO R., *Capire l'Unione Europea*, Il Mulino Editore, 2016.

Si tratta, dunque, di una norma dotata di efficacia diretta[302]; tornando, però, all'articolo 63 TFUE, infatti, v'è da dire che tale statuizione mette a punto un divieto di restrizione ai movimenti di capitali anche a quelli di pagamento[303].

Si è detto che per "movimento di capitali" si fa riferimento a quelle transazioni internazionali riguardanti attività finanziarie e reali, come azioni, obbligazioni, depositi bancari, terreni o fabbricati; la giurisprudenza maggioritaria lo ha invece così definito: "*operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento di cui si tratta e non il corrispettivo di una prestazione*".

Anche il "movimento dei pagamenti" è considerato al pari di quello dei capitali, inteso dalla Corte di Giustizia quale "*trasferimenti di valuta che costituiscono una controprestazione nell'ambito di un negozio sottostante*". Per entrambi si cerca, evidentemente, di limitare in tutto e per tutto le restrizioni.

La Corte, sul punto, non fornisce una precisa definizione di "restrizioni" limitandosi a decidere, con un approccio *case by case*, se la stessa fosse configurabile nel caso di specie o meno[304]. La medesima Corte, a titolo esemplificativo, si è ritrovata a sanzionare come "contrarie" all'art. 63 quelle normative nazionali considerate "restrittive" in quanto "discriminatorie", le quali subordinano a condizioni assai ristrette specifiche operazioni allorché siano presenti elementi di transnazionalità; sono viceversa consentite alla luce del diritto dell'Unione laddove sottoposte a condizioni meno restrittive e maggiormente favorevoli[305].

Più di recente la Corte di Giustizia dell'U.E. si è chiesta se il divieto espresso nella statuizione di cui all'art. 63 TFUE si estendesse anche alle normative indistintamente applicabili, in maniera conforme a quanto già era stato affermato in riferimento alle altre tre libertà di circolazione[306].

---

[302] Possono avere efficacia diretta quelle norme non implementate in tempo utile o implementate parzialmente o non implementate; tale efficacia è solo verticale e dunque privato contro istituzione, non invece orizzontale cioè privato contro privato.
[303] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2018.
[304] MARTINELLI F., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Simone Editore, 2018.
[305] MARTINELLI F., op. cit.
[306] Approccio globale.

La Corte ha sostenuto che l'articolo 63 TFUE vieta, in linea assai generica, le restrizioni nel campo della libera circolazione dei capitali tra gli Stati membri dell'Unione. Tale espresso divieto sembra vada oltre l'eliminazione di una disparità di trattamento tra gli operatori sui mercati finanziari in base alla loro cittadinanza; ha continuato la Corte "*le restrizioni derivanti da normative indistintamente applicabili possono sfuggire al divieto dell'art. 63 se giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico e sempre che sia rispettato il principio di proporzionalità*"[307].

Perché la normativa sfugga al divieto di cui all'art. 63 TFUE essa deve:

- essere applicabile indistintamente;
- essere giustificata dai motivi di cui all'art. 65 paragrafo 1 TFUE o da ragioni imperative di interesse generale;
- essere idonea a garantire il conseguimento del fine che si persegue;
- non andare oltre il necessario per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato[308].

[307] Il principio di proporzionalità regola l'esercizio delle competenze esercitate dall'Unione Europea, mira ad inquadrare l'operato delle istituzioni dell'Unione entro certi limiti.
[308] TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2018.

CAPITOLO TERZO
IL MUTUO RICONOSCIMENTO
DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE

Sommario: **Il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie - *1.* La cooperazione giudiziaria** – *1.1 Cenni introduttivi - 1.2 La cooperazione giudiziaria in materia civile - 1.3 La cooperazione giudiziaria in materia penale* **2. Il mandato d'arresto europeo –** *2.1 Definizione e cornice normativa – 2.2 L'abolizione della doppia incriminazione – Mutuo riconoscimento, mandato d'arresto e diritti fondamentali – 2.4 La pronuncia sul caso* Aranyosi – *2.5 La sentenza* Ognyanov – *2.6 La giurisprudenza più recente: le pronunce sui casi* LM, ML, RO – **3. Lo spazio di sicurezza, libertà e giustizia e il ruolo del mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria –** *3.1 Aspetti generali – 3.2 Mutuo riconoscimento e armonizzazione dei sistemi penali – 3.3 Europa e diritti, tra mutuo riconoscimento e cooperazione giudiziaria –* **4. Aspettative per il futuro –** *4.1 Rilievi conclusivi sul mutuo riconoscimento nello Spazio di Sicurezza, Libertà, Giustizia – 4.2 Quale futuro per il diritto penale in Europa?*

PARAGRAFO PRIMO
La cooperazione giudiziaria

1.1 Cenni introduttivi

Il principio del mutuo riconoscimento, nato nel settore economico del mercato interno, si è sempre più diffuso fino ad evolversi nell'ambito della cooperazione giudiziaria è stato messo a punto dal Consiglio Europeo di Tampere nello scopo di una costruzione di uno spazio giudiziario europeo e, come tale, è stato poi definitivamente consacrato dal Trattato di Lisbona[309].

[309] Firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009, il Trattato in questione riforma e modifica i Trattati esistenti al fine di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata. Nei suoi aspetti essenziali, il Trattato di Lisbona contiene due importanti clausole le quali prevedono una profonda modifica del Trattato sull'Unione Europea e di quello che istituisce la Comunità Europea; il Trattato U.E. mantiene il suo attuale titolo mentre quello CE viene denominato "Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea" (TFUE) in considerazione della personalità giuridica dell'Unione, il termine "Comunità", poi, viene sostituito con il termine "Unione" e si stabilisce che tali due Trattati costituiscono quelli su cui essa si fonda.

Nel prosieguo del capitolo, premessi brevi cessi sulla cooperazione giudiziaria, si approfondirà maggiormente quella in ambito processual-penalistico, attraverso il Mandato d'arresto europeo che sembra essere lo strumento più idoneo per approfondire e comprendere la portata rivoluzionaria del mutuo riconoscimento nel sistema europeo.

Come già accennato, il mutuo riconoscimento è una sorta di "accordo"[310] mediante il quale due o più Stati si impegnano a riconoscere, reciprocamente, una valutazione di conformità.

Lo stesso, senza alcuna ombra di dubbio, ha certamente innovato la cooperazione giudiziaria tra i vari Paesi membri dell'Unione Europea, soprattutto in materia penale, come si vedrà nel successivo paragrafo, con la finalità di sostituire alle relazioni esistenti un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie[311].

E infatti, nonostante l'iniziale scetticismo manifestato dagli Stati membri della comunità, il reciproco riconoscimento, nel corso del tempo, è stato ritenuto alla stregua di un importantissimo strumento volto alla realizzazione di uno spazio giudiziario comune. Siffatto principio è deputato, come visto, a superare il tradizionale atteggiamento di "*national protectionism*" mostrato dai Paesi dell'Unione in materia di cooperazione e fondato su una inadeguatezza degli altri sistemi normativi, al fine di conferire efficacia piena e diretta alle decisioni giudiziarie nell'UE[312]. In tale prospettiva, da subito si riscontra come il Trattato di Lisbona concepisca tale principio non come un "processo alternativo", bensì come meccanismo di integrazione operante sinergicamente (e strategicamente) nel corso di una profonda modificazione cui è stata sottoposta, durante l'arco temporale degli ultimi dieci anni, la cooperazione giudiziaria in materia penale[313]. Il raggiungimento di un noto livello di armonia tra gli ordinamenti

---

[310] Mutual recognition agreement – MRA.

[311] ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.

[312] MARANDOLA A., *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè Editore, 2016.

[313] BASSI N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffrè Editore, 2008.

penali dei vari Stati, infatti, è senza dubbio inteso quale "indispensabile" per garantire una tutela piena di quelli che sono i diritti fondamentali delle persone nonché delle esigenze di garanzia, sottese al principio di legalità[314], all'interno di un simile spazio giudiziario europeo[315]. Si deve rilevare, più precisamente, come la statuizione di cui all'articolo 82 TFUE[316], rubricato "*Cooperazione giudiziaria in materia penale*", si apre con la seguente affermazione: "*la cooperazione giudiziaria in materia penale dell'Unione è fondata sul principio di reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ed include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, in materia processuale[317] e nelle materie indicate all'art. 83*"[318].

Da una attenta lettura dei sopra citati articoli 82 e 83 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, attinenti all'argomento oggetto di questo capitolo, è ora doveroso svolgere ulteriori considerazioni in merito alla più importante innovazione giuridica nel campo della cooperazione giudiziaria, ossia l'istituto del mutuo riconoscimento, pocanzi soltanto brevemente citato[319].

Per cooperazione giudiziaria, deve intendersi quella attività – inizialmente ricompresa nel noto terzo pilastro – attraverso la quale gli Stati membri si impegnano a riconoscere la validità di decisioni giudiziarie, siano esse di natura civile o penale, emesse da altro Stato membro senza procedere con le verifiche di cui ai procedimenti di delibazione.

Nel settore penale[320], quello più intensamente interessato dalla questione, il

---

[314] Il principio di legalità afferma che tutti gli organi dello Stato sono tenuti ad agire secondo la legge; tale principio ammette che il potere venga esercitato in modo discrezionale ma non arbitrario.

[315] MARANDOLA A., *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè Editore, 2016.

[316] Che, insieme al successivo articolo 83 TFUE, costituisce il fulcro normativo del capo IV – Titolo V – TFUE.

[317] Art. 82 TFUE comma 2.

[318] Si fa riferimento alle materie di diritto sostanziale.

[319] È bene ricordare che il principio del mutuo riconoscimento, oltre ad essere già previsto in alcune disposizioni normative contenute nella versione originaria del Trattato CEE, veniva eletto a principio generale del diritto comunitario proprio dall'orientamento giurisprudenziale creato dalla Corte di Giustizia e consolidatosi, inizialmente, in tema di libera circolazione delle merci.

[320] Quanto si citerà in relazione al settore penale, v'è da dire, è già accaduto in altre branche del diritto. Invero, si fa riferimento al contributo dato dalla Corte di Giustizia che ha introdotto, sin dalla seconda metà degli anni settanta dell'ordinamento, la tecnica del mutuo riconoscimento quale strumento di interpretazione, ora alternativo, ora complementare, alla armonizzazione delle legislazioni nazionali ed ha fornito gli elementi per una più articolata e moderna costruzione delle

principio del mutuo riconoscimento si dichiara quale assunto che impone allo Stato di destinazione di un "oggetto"[321] di rinunciare all'applicazione ad esso della propria normativa interna, in favore di quella dello Stato di provenienza.

Tale principio tale la sua origine dalla reciproca fiducia esistente tra gli Stati dell'UE e si basa su quell'assunto secondo il quale, se le garanzie fornite dalla legislazione dello Stato originario e quelle richieste dallo Stato di destinazione sono tra di loro equivalenti, avranno rilievo le norme del primo ordinamento[322]. Per bloccare tale specifico sistema, lo Stato di destinazione dovrà mettere a punto la dimostrazione che vi sono esigenze imperative che si oppongono, in caso contrario non potrà pretendere il rispetto anche delle proprie norme di legge[323]. Tutto quanto ora detto comporta che, secondo il principio in oggetto, nel momento in cui uno Stato non può trattare una determinata questione in modo analogo a quella di un altro Paese, la decisione giudiziaria adottata sarà tale da essere accettata come corrispondente a quella che avrebbe accolto lo Stato interessato così che, in forza di una fiducia reciproca nonché di una equivalenza delle conclusioni giudiziarie, a queste ultime sarà possibile riconoscere effetti nell'ordinamento estero; attraverso tale meccanismo, poi, si potranno altresì attribuire alla stessa decisione anche effetti giuridici al di fuori

libertà di circolazione delle merci, dei servizi e delle persone. Preme, dunque, rimembrare quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Dassonville* nonché in quella *Cassis De Dijon* all'interno delle quali si metteva in evidenza come la disparità tra gli ordinamenti degli Stati membri non può costituire un ostacolo alla libera circolazione delle merci per un modo che, salvo esigenze imperative, non possa essere impedita l'importazione sul territorio di un prodotto fabbricato o commercializzato in un altro Stato della Comunità. Ne consegue che, in via generica, sarebbe eccessivo per uno Stato pretendere che i prodotti importati osservino letteralmente ed esattamente le stesse identiche tecniche prescritte per i prodotti nazionali quando il livello di protezione dell'utilizzatore sia equivalente, oppure che gli stessi prodotti siano sottoposti a controlli equivalenti a quelli già effettuati in altri Paesi membri. Il nesso tra mutuo riconoscimento e libera circolazione delle merci, rimasto implicito nelle sentenze ora citate, ha trovato un espresso riconoscimento nella Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea il 20.02.1979, nella causa 120/78 in G.U.C.E. n. C. 156 del 03.10.1980. Sulla base di ciò, si rileva come, in linea generale, sarebbe assai eccessivo per uno Stato pretendere che i prodotti importati osservino letteralmente ed esattamente le stesse identiche tecniche prescritte per i prodotti della nazione stessa quando il livello di protezione dell'utilizzatore sia equivalente, oppure che gli stessi prodotti siano sottoposti a controlli equivalenti a quelli già effettuati in altri Paesi membri.

[321] Che ben può essere una sentenza o una decisione.

[322] ILLUMINATI G., *Prova penale e Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2015.

[323] ATTINÀ F. – NATALICCHI G., *L'Unione Europea. Governo, Istituzioni, Politiche*, Il Mulino Editore, 2010.

del territorio dello Stato al quale appartiene l'autorità che l'ha adottata[324].
Si deve rilevare, poi, come l'oggetto del mutuo riconoscimento non debba essere considerato il "prodotto" (ovvero la sentenza o il provvedimento dell'Autorità giudiziaria *de qua*) bensì le regole di cui il lo stesso è il risultato; dunque, l'oggetto del principio in questione non è la decisione penale di per sé bensì le normative in base alle quali la stessa è stata adottata.

Non può omettersi, inoltre, di evidenziare come il mutuo riconoscimento possa certamente avere ad oggetto anche una decisione penale che non sia una sentenza: possono circolare liberamente sul territorio comunitario le decisioni intervenute in fase giudiziale[325], in fase pre-dibattimentale[326], e ancora, in fase di esecuzione della pena[327]. Può accadere, però, che una decisione penale sia stata adottata da una Autorità giudiziaria dello Stato di origine che non esiste nello Stato di esecuzione[328] oppure che venga pronunciata una sentenza di condanna dal primo Paese per un fatto che nello Stato di esecuzione non è considerato reato bensì comportamento lecito[329]. Le differenze tra le legislazioni sopra menzionate non legittimano, comunque, lo Stato di esecuzione a non riconoscere come valido il provvedimento straniero ed a negarne, conseguentemente, gli effetti. Il meccanismo ora considerato non potrebbe sussistere se non fosse fondato sulla comune convinzione che le legislazioni dei Paesi membri della Comunità Europea siano equivalenti; infatti deve certamente tenersi a mente che, a differenza dei settori del mercato interno, la materia penale fino a questo momento non ha ancora conosciuto un significativo percorso di armonizzazione[330]. Ciò anche perché gli Stati hanno sempre cercato di mantenere un discreto controllo sulle competenze penali, per via della delicatezza dei temi trattati. Non è un caso, difatti, che si siano incontrate

[324] MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in Cass. Pen. 1/2006, 265 B.
[325] Si fa riferimento alle sentenze di condanna o di assoluzione.
[326] Fase processuale dell'archiviazione.
[327] Accesso a misure alternative alla detenzione.
[328] Un esempio può essere dato dalla figura del giudice istruttore, tipica degli ordinamenti di civil law.
[329] Costituiscono degli esempi l'aborto o l'eutanasia.
[330] ATTINÀ F. – NATALICCHI G., *L'Unione Europea. Governo, Istituzioni, Politiche*, Il Mulino Editore, 2010

notevoli difficoltà perfino nel prevedere una costituzione europea.

Per quanto attiene all'aspetto processual-penalistico, invero, si deve rilevare come il ravvicinamento delle legislazioni si è limitato all'adozione della decisione-quadro relativa alla ubicazione della vittima nel procedimento penale nonché all'introduzione di pochissime norme procedurali con la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo; la proposta maggiormente valida ed interessante, ovvero stabilire alcune garanzie minime per l'imputato legittime per tutti i procedimenti penali svolti nell'ambito dell'Unione Europea, non è, invece, stata ancora trasformata in atto vincolante[331].

Da tutto quanto affermato, si può desumere come la cooperazione penale sia certamente una "materia sensibile", legata in tutto e per tutto alla sovranità degli Stati membri dell'UE, i quali sembrerebbero pronti ad accettare l'apertura reciproca che il principio del mutuo riconoscimento richiede, nonché l'idea di non essere più "Stati sovrani", con la facoltà di cooperazione solo in singoli casi, ma membri dell'Unione e, in quanto tali, obbligati (e non più "facoltizzati") ad aiutarsi reciprocamente[332]. A questo punto, si ritiene opportuno accennare all'estensione del principio del mutuo riconoscimento alla materia penale, che ha incontrato non poche difficoltà, provocate perlopiù dallo scarso livello di fiducia intercorrente tra gli Stati, dall'equivalenza delle garanzie nonché dal ravvicinamento delle legislazioni[333]. Come si potrà notare, finora si è tentato di illustrare come le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona nel campo della cooperazione giudiziaria in ambito penale siano state profonde e molteplici[334]. L'eliminazione del terzo pilastro[335] ad opera del Trattato, invero, ha fatto venir

[331] Per quanto attiene alla armonizzazione del diritto sostanziale, vanno tenute a mente la decisione – quadro sul terrorismo, la decisione – quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile o ancora la decisione – quadro attinente alla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti.

[332] Conclusioni relative alla causa C 303/05 – 12.09.2006.

[333] MAZZA O., *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in Riv. Dir. Proc. 2009.

[334] ATTINÀ F. – NATALICCHI G., *L'Unione Europea. Governo, Istituzioni, Politiche*, Il Mulino Editore, 2010.

[335] I tre pilastri dell'Unione Europea, con il Trattato di Maastricht del 1992, hanno costituito un modo di divisione delle politiche dell'U.E. in tre aree: 1. Attinente alle "Comunità Europee", mercato comune europeo, unione economica e monetaria – 2. Politica Estera e di Sicurezza Comune – 3. Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, rivolta alla costruzione di

meno quella forma di "separazione" cui la cooperazione era soggetta, separazione che dava luogo a un sistema parallelo ma "depotenziato" sotto molteplici aspetti, rispetto a quello previsto dal pilastro comunitario.
Se si tiene conto dell'aumentata centralità di quello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", la disciplina attuale intende favorirne l'effettiva realizzazione e, allo stesso tempo, agevolare la "circolazione" dei provvedimenti giudiziari penali già dal momento dell'esercizio stesso dell'azione penale, quindi non solo durante la fase probatoria ma fino al riconoscimento in tutta l'Europa di qualsiasi sentenza nonché decisione giudiziaria penale[336].
Tali obiettivi, predefiniti a livello pattizio, mettono in luce, però, alcuni dubbi di ordine pratico che postulano ulteriori interventi normativi da parte del legislatore europeo, interventi tesi a fornire chiarimenti circa i profili attuativi e di coordinamento, in considerazione delle profonde differenze esistenti negli ordinamenti dei vari Paesi dell'Unione, soprattutto in materia di diritto penale processuale[337].

1.2 La cooperazione giudiziaria in materia civile

Il Trattato di Amsterdam ha fornito un vero e proprio rilievo "comunitario" alla cooperazione, attraendola nel "Primo Pilastro", ed ha compiutamente associato la nozione di "cooperazione giudiziaria in materia civile" a quella di "libera circolazione delle persone" – libertà ampiamente trattata ed analizzata nel precedente capitolo [338]. L'inizio del nuovo secolo, in particolare, è stato un periodo di svolta per la cooperazione in materia civile: si è aperta una nuova fase storica, periodo non più incentrato sul solo strumento della Convenzione tra Stati membri, ma su quello della fonte comunitaria di disciplina[339]. Si tratta di

uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui vi fosse una collaborazione contro la criminalità a livello sovranazionale.
[336] MAZZA O., op. cit.
[337] MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in Cass. Pen. 1/2006, 265 B.
[338] FALATO F., *Appunti di Cooperazione Giudiziaria*, Edizioni Scientifiche, 2019.
[339] AMBROSI I. – SCARANO L. A., *Diritto civile comunitario e cooperazione giudiziaria civile*, Giuffrè Editore, 2017.

importanti misure operative che garantiscono una semplificazione della vita nel territorio comune.

La cooperazione giudiziaria civile ha l'obiettivo di stabilire una stretta collaborazione tra le autorità dei diversi Stati membri allo scopo di eliminare qualsiasi tipo di ostacolo derivante dalle discrepanze esistenti tra i diversi sistemi giudiziari e amministrativi[340].

In altre parole, in uno spazio europeo di giustizia, i privati e le imprese devono certamente essere liberi di esercitare a pieno quelli che sono i loro diritti. Detto ciò, da qui si evince come lo scopo della cooperazione giudiziaria in materia civile consista nello stabilire una stretta collaborazione e apporto tra le Autorità dei Paesi dell'Unione per eliminare tutti gli ostacoli derivanti dalle varie incompatibilità sussistenti tra i differenti sistemi giudiziari ed amministrativi[341].

Il Trattato di Maastricht[342] ha integrato, sin dall'anno 1993, tale cooperazione in materia civile all'interno del Titolo VI; il Trattato di Amsterdam ha invece trasferito l'ambito di tale stessa cooperazione al titolo IV del Trattato CE[343] andando a "comunitarizzare" la cooperazione giudiziaria in materia civile

---

[340] CARBONE S. M. – CHIAVARIO M., *Cooperazione Giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2018.

[341] Riconoscimento reciproco ed esecuzione delle decisioni, accesso alla giustizia ed armonizzazione delle legislazioni nazionali.

[342] 1992.

[343] **Articolo 65 Trattato CE**: "Le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria 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; b) 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 le misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

Le disposizioni del presente capo non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati.

Le misure e le procedure di cui ai paragrafi 1 e 2 non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63.

In assenza di misure di applicazione dell'articolo 64, paragrafo 3, la Commissione, o in assenza di una decisione della Commissione entro un periodo di tre mesi dalla richiesta dello Stato membro interessato, il Consiglio può adottare una decisione che conferma che le misure fiscali restrittive adottate da uno Stato membro riguardo ad uno o più paesi terzi devono essere considerate compatibili con i trattati nella misura in cui sono giustificate da uno degli obiettivi dell'Unione e compatibili con il funzionamento del mercato interno. Il Consiglio delibera all'unanimità su richiesta di uno Stato membro".

includendola nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il Consiglio Europeo di Tampere[344], ancora, ha elevato il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie a vero e proprio "fondamento" della cooperazione nell'UE. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona[345], la cooperazione giudiziaria è stata trasferita nel Titolo V del TFUE[346], insieme a tutti gli aspetti attinenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Facendo un passo indietro, v'è da dire che la cooperazione giudiziaria civile, inizialmente era disciplinata da convenzioni internazionali. Più nello specifico, va precisato che la cooperazione in materia civile tra gli Stati membri si poggia sulla realizzazione di svariati obiettivi, tra cui:

- l'assunzione delle prove in materia civile e commerciale;
- la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale;
- la comunicazione e la notifica degli atti in materia civile o commerciale;
- il risarcimento dei danni per le vittime di reati;
- il patrocinio a spese dello Stato[347].

Questi argomenti sono poi ulteriormente approfonditi dalla "*Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale*"[348] della Commissione europea con riferimenti al diritto comunitario e al diritto internazionale.

La Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale è stata istituita con la decisione del Consiglio 2001/470/CE del 28 maggio 2001[349], entrata in vigore il 1° dicembre 2002, e aggiornata poi con la decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio 568/2009/EC del 18 giugno 2009[350].

Quest'ultima, intesa quale "struttura flessibile" e "non burocratica", operante in modo informale ed avente come obiettivo quello di agevolare e migliorare la

---

[344] Consiglio volto alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione Europea, avvalendosi delle possibilità offerte dal trattato di Amsterdam.

[345] Dicembre 2009.

[346] Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune.

[347] CARBONE S. M. – CHIAVARIO M.; op. cit.

[348] Ha come scopo la promozione del confronto e dello scambio di conoscenze in merito ai sistemi giudiziari a beneficio dei membri delle magistrature europee.

[349] Decisione del Consiglio – 28.05.2001 – relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.

[350] DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè Editore, 2015.

cooperazione giudiziaria civile facilitando la conoscenza e l'applicazione degli strumenti comunitari da parte degli organi giudiziari in controversie transfrontaliere[351].

La "Rete Giudiziaria" ora menzionata, v'è da dire, è così composta:

- punti di contatto designati dagli Stati membri;
- organi centrali ed autorità centrali previsti da atti comunitari, strumenti internazionali cui gli Stati membri partecipano o norme di diritto interno nella sfera della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale;
- magistrati di collegamento con responsabilità nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale;
- qualsiasi altra autorità giudiziaria o amministrativa competente per la cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale la cui appartenenza alla rete sia giudicata opportuna dal rispettivo Stato membro;
- ordini professionali che rappresentano a livello nazionale, negli Stati membri, gli operatori della giustizia che concorrono direttamente all'applicazione degli atti comunitari e degli strumenti internazionali relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale[352].

Se si vuole considerare la conformazione di tale Rete nel nostro Paese, si nota subito che la stessa è imperniata presso il Ministero della Giustizia[353], Dipartimento per gli Affari di Giustizia - Direzione Generale della Giustizia Civile - Ufficio II.

Essa, più precisamente, è composta da:

- punto di contatto coordinatore (Direttore dell'Ufficio II) ed altri tre punti di contatto (due magistrati ed un funzionario amministrativo);
- autorità centrale designata per il regolamento n.2201/2003 Bruxelles II bis e per il regolamento n.4/2009 obbligazioni alimentari[354];
- autorità centrale per il regolamento n.1393/2007 notificazione e comunicazione

[351] DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè Editore, 2015.
[352] www.giustizia.it
[353] Ministero del Governo Italiano, preposto all'organizzazione dell'Amministrazione giudiziaria civile, penale e minorile, dei magistrati e di quella penitenziaria.
[354] Dipartimento per la Giustizia Minorile.

degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale (Ufficio Unico ufficiali giudiziari-sezione notificazioni atti esteri presso la Corte di Appello di Roma);

- rappresentante del Consiglio Nazionale Forense;
- rappresentante del Consiglio Nazionale del Notariato[355].

Per quanto attiene, invece, a quelli che sono definiti quali "punti di contatto"[356], v'è da dire che questi sono a disposizione degli altri membri della rete, come autorità, magistrati di collegamento altre autorità competenti per la cooperazione giudiziaria, e delle autorità giudiziaria nazionali.

Più precisamente, i punti di contatto hanno specifici compiti, ovvero:

- assicurarsi che le autorità giudiziarie locali ricevano informazioni generali sugli atti comunitari e sugli strumenti internazionali in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale.

  Essi provvedono, in particolare, a che le autorità giudiziarie locali acquisiscano una migliore conoscenza della rete, compreso il relativo sito web;
- fornire qualsiasi informazione necessaria per la buona cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, agli altri punti di contatto, agli altri membri della rete[357] e alle autorità giudiziarie locali del rispettivo Stato membro, per consentire loro di presentare richieste di cooperazione giudiziaria attuabili e di stabilire i contatti diretti più appropriati;
- fornire qualsiasi informazione che faciliti l'applicazione del diritto di un altro Stato membro, applicabile in virtù di un atto comunitario o di uno strumento internazionale.

  Le informazioni contenute nella risposta non sono vincolanti né per il punto di contatto, né per le autorità consultate, né per l'autorità che ha inviato la richiesta;
- cercare soluzioni alle difficoltà che possono sorgere quando si presenta una richiesta di cooperazione giudiziaria;

---

[355] DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè Editore, 2015.
[356] Articolo 5 Decisione del Consiglio 2001/470/CE del 28.05.2001 e successive modifiche.
[357] Autorità centrali, magistrati di collegamento e altre autorità competenti per la cooperazione giudiziaria.

- agevolare il coordinamento del trattamento delle richieste di cooperazione giudiziaria nello Stato membro interessato, in particolare ove varie richieste delle autorità giudiziarie di questo Stato debbano essere eseguite in un altro Stato membro;
- contribuire all'informazione generale del pubblico attraverso il sito web della rete sulla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione europea, sugli atti comunitari e sugli strumenti internazionali pertinenti, nonché sul diritto interno degli Stati membri, con particolare riferimento all'accesso alla giustizia;
- collaborare all'organizzazione delle riunioni periodiche della rete giudiziaria e parteciparvi;
- collaborare alla preparazione e all'aggiornamento delle informazioni disponibili all'interno della rete e delle informazioni destinate al pubblico.
- assicurare il coordinamento tra i membri della rete a livello nazionale;
- preparare ogni due anni una relazione sulle loro attività, comprese, se del caso, le migliori prassi nell'ambito della rete, presentarla a una riunione dei membri della rete e segnalare in particolare i possibili margini di miglioramento nell'ambito della rete[358].

Si deve, a questo punto, ulteriormente riscontrare come sia importante anche il sito ufficiale della Rete giudiziaria europea, in materia civile e commerciale, il quale sta progressivamente migrando verso il portale europeo della giustizia elettronica[359]. Esso non è altro che uno sportello destinato a fornire al pubblico informazioni sulla giustizia nell'Unione europea, in materia civile, penale e amministrativa; è, infatti, rivolto a cittadini, imprese, operatori del diritto e magistrati e sarà disponibile in 23 lingue[360].

L'Atlante giudiziario europeo in materia civile e commerciale, invece, è quell'innovativo strumento che consente di reperire tutte le informazioni relative alla cooperazione giudiziaria civile: informazioni queste intese quali generali, di

[358] www.giustizia.it
[359] AMBROSI I. – SCARANO L. A., *Diritto civile comunitario e cooperazione giudiziaria civile*, Giuffrè Editore, 2005.
[360] https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=it

autorità competenti, di moduli e quant' altro[361].

Nell'ambito del riconoscimento reciproco ed esecuzione delle decisioni tra Stati, nell'Unione europea sono adottate le seguenti procedure:

- il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, esso costituisce per le parti una alternativa valida a quelli che sono i procedimenti previsti dalla normativa vigente nei vari Stati U.E.[362];
- la procedura europea d'ingiunzione di pagamento; si fa riferimento al, così detto, "decreto ingiuntivo europeo"[363], mediante il quale sussiste la possibilità di recuperare in maniera alquanto agevole nonché celere i crediti pecuniari non contestati che derivano da rapporti transfrontalieri di natura civile e commerciale;
- il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati; possono essere definite quali titoli esecutivi europei, ad esempio, le "decisioni giudiziarie"[364], le "transazioni giudiziarie"[365] e gli atti pubblici, purché tutti questi provvedimenti si riferiscano ai "crediti non contestati", ossia a quei casi in cui il credito per cui si procede sia stato espressamente riconosciuto dal debitore in sede giudiziale o in un atto pubblico, a quei casi in cui il debitore, pur avendo inizialmente contestato il credito, non sia successivamente comparso ad una udienza, sempre che tale mancata comparizione equivalga ad una ammissione tacita del credito;
- il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; si intende con tale definizione quel contributo volto a dar conto della disciplina della materia contenuta nel regolamento UE 1215/2012, ponendola a raffronto con quella già dettata nella Convenzione di Bruxelles e poi nel Regolamento CE n. 44/2001;
- le procedure d'insolvenza; si fa riferimento a quelle che in Italia sono definite

---

[361] BIAGIONI G., *Carta UE dei diritti fondamentali e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Editoriale Scientifica, 2014.

[362] La sentenza emessa nel corso di un simile procedimento è riconosciuta ed eseguita in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile l'opposizione al suo riconoscimento.

[363] Strumento istituito con il regolamento n. 1896/2006 in vigore dal 12.12.2008.

[364] nozione molto ampia che comprende sentenze, ordinanze, decreti ed altri provvedimenti di natura decisoria, ivi compresa la determinazione delle spese giudiziarie.

[365] Concluse, cioè, dinanzi ad un giudice o approvate da esso.

quali "procedure concorsuali", alle quali è assoggettata un'impresa commerciale nell'ambito del diritto fallimentare italiano;

- la mediazione; intesa quale "modo alternativo di risoluzione delle controversie[366]", consiste in un'attività, posta in essere da un terzo imparziale, volta a consentire che due o più parti raggiungano un accordo o superino un contrasto già in essere tra loro[367]. Queste procedure sono descritte nell'Atlante giudiziario europeo in materia civile.

  L'Atlante, più precisamente, fornisce quelle informazioni attinenti alla applicazione delle direttive e regolamenti comunitari di riferimento e i moduli da compilare.

1.3 La cooperazione giudiziaria in materia penale

Come si è già avuto modo di evidenziare, la cooperazione giudiziaria – sia in materia civile che penale, rappresenta la nuova frontiera dell'Unione europea. E ciò per una serie di rilevanti ragioni: *in primis* fra tutte, il fatto che l'abbattimento dei confini nazionali ha incentivato lo spostamento (e lo stabilimento) dei cittadini europei, portandoli ad intrattenere rapporti in più Paesi contemporaneamente. Se, quindi, nell'ambito civile la cooperazione giudiziaria ha assunto un ruolo apicale e di pacifica importanza, nell'ambito penale essa ha mostrato qualche profilo aggiuntivo di criticità, per via degli interessi in gioco. Quest'ultima si fonda sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, includendo varie misure per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in svariati ambiti. La stessa venne introdotta dal Trattato di Maastricht nel 1993.

Più precisamente, la cooperazione giudiziaria in materia penale si affianca al c.d. "Terzo Pilastro", attraverso il quale i Paesi membri dell'Unione perseguono l'obiettivo comune attinente alla creazione di uno spazio europeo di libertà, di

---

[366] In linguaggio internazionale, ADR ovvero Alternative Dispute Resolution.

[367] AMBROSI I. – SCARANO L. A., *Diritto civile comunitario e cooperazione giudiziaria civile*, Giuffrè Editore, 2005.

sicurezza e di giustizia all'interno dell'U.E.[368]

Il trattato di Lisbona offre una base più solida per lo sviluppo di uno spazio di giustizia penale, prevedendo nel contempo nuovi poteri per il Parlamento europeo[369]. Con lo scopo di garantire, dopo la soppressione dei controlli alle frontiere, un livello innalzato di sicurezza ai cittadini dell'Unione, il Trattato di Maastricht ha definito la materia della cooperazione giudiziaria penale quale "questione di interesse comune degli Stati Membri", analogamente a quella civile.

Più precisamente, sono due le linee guida fondamentali per gli Stati membri dell'UE nell'ambito della cooperazione in materia penale:

- la lotta alla criminalità, organizzata o di altro tipo, e la creazione di uno spazio comune di giustizia;
- il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati Membri in materia penale[370].

La lotta contro la criminalità, in particolare, implica un consolidamento del dialogo e dell'azione tra le autorità giudiziarie[371] dei vari Stati membri in materia penale. Per progredire in tal senso, l'Unione ha istituito organi specifici volti a facilitare la collaborazione tra le differenti autorità giudiziarie, l'Eurojust[372] e la rete giudiziaria europea[373].

La cooperazione giudiziaria in materia penale, inoltre, racchiude anche una maggiore collaborazione tra le autorità nazionali, le quali hanno la facoltà di agire con una maggiore efficacia nel quadro delle squadre investigative comuni nonché di beneficiare della messa in rete dei casellari giudiziari nazionali. Ulteriori strumenti unici, sempre a livello unionale, sono ancora il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nazionali e il mandato di

---

[368] ALESCI T., *Cooperazione Giudiziaria Internazionale*, Giuffrè Editore, 2016.
[369] CARINGELLA F. – FALATO F., *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, DIKE Editore, 2018.
[370] ALESCI T., op. cit.
[371] Si fa riferimento alla magistratura, ai differenti tipi di questa nell'ambito dei Paesi europei.
[372] Agenzia dell'Unione Europea, si compone di un procuratore o di un ufficiale di polizia per ogni Stato membro, i quali formano il "Collegio" dell'organizzazione, il quale elegge tra i suoi membri un Presidente.
[373] FALATO F., *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè Editore, 2019.

arresto europeo, i quali garantiscono la coerenza e l'efficacia della cooperazione[374].

Se ci si focalizza, in maniera più approfondita, su quelli che sono gli obiettivi prefissatesi dall'Unione mediante la creazione di una "cooperazione giudiziaria" in ambito penale, si deve innanzi tutto riscontrare come le priorità dell'UE, in questo settore, siano state recentemente ridefinite nel "Programma di Stoccolma", intitolato "Una Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini"[375].

Da tale Documento, in particolare, emergono vari obiettivi dell'Unione:

- *una piena ed effettiva realizzazione dei diritti individuali;* la cittadinanza europea nonché l'adesione dell'Unione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, invero, conferiscono al singolo tutta una serie di diritti quali, ad esempio, la libera circolazione, il rispetto delle diversità, i diritti degli imputati, la partecipazione alla vita democratica, la buona amministrazione, l'assistenza da parte delle autorità consolari al di fuori del territorio dell'Unione, mediante lo strumento della cooperazione giudiziaria, l'U.E. mira a garantire che questi possano essere esercitati in maniera effettiva;
- *la creazione di uno spazio giudiziario europeo*; infatti, tutti gli individui cittadini dell'Unione devono avere accesso alla giustizia, e le autorità giudiziarie hanno il compito di cooperare fra loro[376]; l'Unione Europea, inoltre, deve creare una sorta di collaborazione anche con i Paesi Terzi, di modo che sussista - e quindi si crei - una coerenza fra l'ordinamento UE e quello internazionale;
- *la protezione dei cittadini:* nella strategia messa a punto dall'Europa, invero, la libertà va di pari passo con la sicurezza; é proprio per questa ragione che uno degli obiettivi comunitari consiste nella protezione dei cittadini dalla criminalità organizzata e dal terrorismo transfrontaliero, come si è accennato in precedenza. A tal fine, è indispensabile la collaborazione nella gestione delle frontiere e nella protezione civile, tenendo presente la suddivisione di compiti che deve esistere

[374] AMALFITANO C., *Codice di cooperazione giudiziaria penale dell'Unione Europea*, Giappichelli Editore, 2017.
[375] Programma approvato nel 2010.
[376] Ad esempio per il riconoscimento delle sentenze sia civili che penali.

fra Unione e Stati in questo settore.

I settori di intervento saranno, ad esempio, la tratta di esseri umani, l'abuso sessuale sui minori, la criminalità informatica, la corruzione, il traffico di droga. Nella persecuzione di questi specifici scopi, l'Unione Europea deve necessariamente avvalersi della collaborazione con Stati terzi.

- *Un accesso equilibrato al territorio dell'UE;* l'UE vuole ricercare un "equilibrio" fra due esigenze distinte ma complementari: permettere ai cittadini di Paesi Terzi di entrare in Europa e, al contempo, garantire la sicurezza dei cittadini dell'Unione. Così, da un lato sarà necessario rafforzare i controlli delle frontiere per evitare fenomeni quali, ad esempio, quello dell'immigrazione clandestina e della criminalità transfrontaliera, dall'altro gli individui e i gruppi in situazioni di vulnerabilità usufruiranno comunque del diritto di essere accolti nella nostra area;
- *la solidarietà come valore dell'Unione*: la politica di migrazione dell'Unione si basa su valori di solidarietà e responsabilità, affrontando non solo le necessità degli Stati membri ma anche quelle di tutti coloro che richiedono assistenza.

  Ciò implica, in particolare, la necessità di tener conto delle esigenze del mercato del lavoro degli Stati membri, di garantire quelli che sono i diritti dei migranti, di contrastare l'immigrazione clandestina, e di cooperare con i paesi terzi;
- *Affrontare le sfide in un contesto globale*: in particolare, i problemi delineati poco sopra non possono essere affrontati nella sola nonché "piccola" dimensione europea: è necessaria, infatti, la cooperazione degli Stati Terzi, con i quali i Paesi comunitari devono tenere una linea comune. Tale cooperazione implica non solo uno scambio di informazioni, bensì anche la promozione dei diritti umani e dei valori europei di giustizia e di solidarietà[377].

Per quanto attiene all'obiettivo primario dell'Unione, in riferimento alla cooperazione giudiziaria penale, v'è da dire che le azioni intraprese dall'UE al fine di lottare contro la criminalità organizzata si svolgono su più fronti.

[377] FALATO F., *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

Invero, attualmente, l'Unione segue il programma di "Prevenzione e lotta contro la criminalità"[378]. Il programma prevede quattro obiettivi principali:

- prevenzione della criminalità;
- attività di contrasto della criminalità; - protezione e sostegno ai testimoni;
- protezione delle vittime.

Nel 2009, poi, l'Unione ha istituito la così detta "Rete europea di prevenzione della criminalità"[379], avente lo scopo di promuovere la cooperazione fra Stati membri in questo specifico settore; di sostenere attività di prevenzione della criminalità a livello nazionale e locale; raccogliere e diffondere informazioni sulla criminalità organizzata; fornire consulenze alle istituzioni dell'Unione[380].

[378] In verità, tale programma copre il periodo 2007 – 2013.
[379] R.E.P.C.
[380] FALATO F., *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

PARAGRAFO SECONDO

Il mandato d'arresto europeo

2.1 Definizione e cornice normativa

Il mandato d'arresto europeo, introdotto con decisione-quadro 2002/584/GAI, è caratterizzata da una serie di particolarità tali da rappresentare un vero e proprio *unicum* del sistema internazionalistico[381]. In particolar modo tale procedura si può sintetizzare in tre punti cardine: il primo è dato dal fatto che essa ha natura esclusivamente giurisdizionale, non lasciando spazio alcuno ad interventi politici o governativi. Ciò corrisponde alle garanzie tipiche dell'impianto giurisdizionale, ovvero l'indipendenza, l'imparzialità e la competenza del giudicante. L'unico ruolo – certamente marginale – ricoperto da enti amministrativistici è quello di trasmissione e catalogazione delle varie richieste[382].

La natura giurisdizionale della procedura, dunque, rispecchia le garanzie tipiche del potere giudiziario, ovvero l'indipendenza, l'imparzialità e la competenza. La peculiarità del procedimento, poi, si sostanzia in altri due elementi fondamentali: il primo è rappresentato da una lista di 32 reati per i quali non è prevista la c.d. doppia incriminazione, tipica – invece – del sistema dell'estradizione[383]; il secondo – di notevole importanza – è rappresentato dai casi di rifiuto della consegna, alcuni obbligatori – azzerando così la discrezionalità dello Stato di esecuzione – e altri facoltativi. Resta comunque salvo il fatto che grazie al sistema appena delineato viene sensibilmente ridotto il "margine di apprezzamento discrezionale" dello Stato di esecuzione, come si dirà nel prosieguo del paragrafo.

---

[381] MARINO S., La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo, in Il diritto dell'Unione europea, 4/2018.

[382] Sul punto si veda l'art. 7, par. 2 della decisione quadro.

[383] Secondo i principi generali dell'estradizione, affinché potesse avvenire la consegna del soggetto, era necessario che il reato lui ascritto fosse previsto sia nello Stato di emissione che in quello di esecuzione. Circostanza di non poco conto considerata l'enorme discrasia tra gli Stati membri

Il mandato di arresto europeo, strumento collegato alla cooperazione giudiziaria in materia penale – come si vedrà -, è un provvedimento giuridico emesso da uno Stato membro dell'Unione necessario a consentire l'arresto e la consegna, da parte di un altro Paese dell'UE, di un individuo ricercato per l'esercizio dell'azione penale o per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza[384]. Lo scopo di tale specifico strumento europeo non è altro che quello di garantire agli Stati dell'Unione una rapida nonché agevole procedura di consegna dei ricercati e/o condannati.

Il MAE, dunque, può disporsi esclusivamente in caso di condanna per quei fatti puniti dalla legge dello Stato membro emittente con una pena o con una misura di sicurezza[385]che siano per il soggetto privazioni della sua libertà personale, non inferiori a 12 mesi (in caso di condanna o a una misura di sicurezza non inferiore a 4 mesi)[386]. L'efficacia della decisione giudiziaria va di pari passo con una specifica condizione ossia che i fatti per cui è stato emesso il provvedimento costituiscano reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione, a prescindere da elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso[387]. Si deve rimembrare, poi, che non soggiacciono a tale medesima condizione i reati indicati dall'articolo 2, par. 2 della Decisione-quadro 2002/584/GAI del 12 giugno 2002.

In particolare, l'appena citata fonte normativa è quella mediante cui è stato introdotto il mandato d'arresto europeo. Sono molto importanti, in proposito, gli articoli 1 e 2 della stessa i quali definiscono il mandato d'arresto europeo e le sue caratteristiche applicative. La Decisione-quadro 2002/584/GAI del 12 giugno 2002, in particolare, relativa non solo al mandato di arresto europeo ma

---

[384] SPENCER J. R., *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS – *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017.

[385] Le misure di sicurezza sono provvedimenti previsti dai vari sistemi penali, adottate per finalità terapeutiche, rieducative e risocializzanti delle persone ritenute socialmente pericolose. Può essere promossa l'educazione o la cura a seconda delle esigenze al fine di neutralizzare la pericolosità del soggetto. Vanno distinte dalla pena e dalle misure di prevenzione.

[386] MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale dell'Unione Europea*, Napoli, 2015.

[387] DI STASI A., *Spazio europeo e diritti di garanzia. Il Capo VI della Carta dei Diritti Fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014.

anche alle procedure di consegna tra Stati membri[388], rappresenta la prima concretizzazione del principio del "riconoscimento reciproco" in materia penale[389], così come formulato dal Consiglio europeo di Tampere nel 1999[390] e poi recepito dall'art. 82 comma 1 TFUE[391].

Il principio del mutuo riconoscimento, quindi, viene ad essere inteso quale "*pietra angolare*" della cooperazione giudiziaria in materia penale; ne consegue che l'autorità giudiziaria di uno Stato non può in alcun modo respingere l'esecuzione di una misura richiesta da un altro Paese, salvo nei casi di non esecuzione espressamente previsti e in situazioni eccezionali[392]. Emerge *ictu oculi*, dunque, che il mutuo riconoscimento, inizialmente nato per il settore commerciale nell'alveo del mercato interno, è progredito, si è diffuso fino ad interessare perfino il settore giudiziario (civile e penale) ove gli Stati membri hanno sempre avuto maggior riserbo. V'è da dire, in ogni modo, che la sopra menzionata decisione-quadro, così come concepita dal Consiglio GAI, va oltre quanto indicato a Tampere, dove si era prospettata come opportuna l'abolizione dell'estradizione solo ed esclusivamente nei confronti di soggetti i quali propendevano per sfuggire alla giustizia prima ancora di essere oggetto di una condanna definitiva; in altre circostanze, invece, si invitavano i Paesi dell'Unione Europea a ratificare in tempi relativamente brevi le due convenzioni in materia di estradizione, convenzioni – queste - che si sono concluse nel 1995 e nel 1996[393] e che hanno recepito come opportuna l'introduzione di "*procedure*

---

[388] Pubblicata nella GUCE L. n. 190 dell'08.07.2002.

[389] È un principio che si applica nell'ambito della libera circolazione delle merci. Gli Stati membri riconoscono reciprocamente che le norme tecniche nazionali tutelano in eguale misura gli interessi pubblici perseguiti.

[390] Le decisioni adottate nel Consiglio Europeo di Tampere sono state ampiamente analizzate dalla dottrina ed è impossibile dar conto della bibliografia in argomento.

[391] Art. 82 comma 1 TFUE.

[392] RINOLDI D., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia del diritto dell'integrazione europea. Principi generali ed aspetti privatistici*, Napoli, 2012.

[393] Si fa riferimento alla Convenzione adottata a Dublino il 10.03.1995 sulla base dell'art. K3 – ora articolo 31 – TUE, diretta a semplificare le procedure previste dalla Convenzione europea di estradizione, adottata a Parigi il 31 dicembre 1957. La Convenzione prevede che per la consegna dei soggetti ricercati non sia necessaria la presentazione della domanda di estradizione né di altri documenti; sarà, infatti, sufficiente la comunicazione, da parte dello Stato richiedente, dei seguenti dati: identità della persona ricercata ed autorità che ha richiesto l'arresto, esistenza di un ordine di arresto, qualificazione giuridica, circostanze e conseguenze del reato. Gli Stati membri, inoltre,

accelerate di estradizione, senza pregiudizio del principio del diritto ad un processo equo"[394]. Come si potrà notare, poi, la Decisione-quadro attinente al mandato di arresto europeo scambia nei rapporti tra i Paesi membri dell'Unione il tradizionale istituto dell'estradizione, vigente ancora nei confronti degli Stati terzi, con un sistema assai più semplificato e vincolante sul quale, in questa sede, non si ritiene opportuno soffermarsi[395].

Essa, invero, prevede una specifica procedura di consegna dell'imputato o dell'indagato che coinvolge in maniera diretta ed esclusiva le autorità giudiziarie degli Stati membri, attraverso un'*eurordinanza*, ossia un provvedimento posto in essere dal giudice dello Stato emittente ed indirizzato a quello dello Stato di esecuzione del mandato in questione[396]. Per quanto attiene a quelli che sono gli aspetti significativi dello strumento ora analizzato, ossia del mandato di arresto europeo, v'è da dire che gli stessi possono essere ricondotti alla mancata previsione del filtro politico-amministrativo[397], di cui si è già brevemente accennato, considerato uno dei principali ostacoli al buon funzionamento di tale procedura nonché baluardo del procedimento di estrazione, oramai accantonato.

---

possono rinunciare alla "regola della specialità", in base alla quale il soggetto estradato può essere sottoposto a restrizioni di libertà soltanto per i motivi per i quali è stata concessa l'estradizione.
La seconda Convenzione cui si fa riferimento è quella del 27.09.1996 relativa alla estradizione tra gli Stati membri dell'U.E. che è stata adottata senza dibattito nella sessione del Consiglio "Telecomunicazioni" del 27 settembre 1996.

[394] Si nota, nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio di Tampère: al punto VI, riguardante il Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie: "*Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie*" (punto 33). "*In materia penale, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a ratificare rapidamente le convenzioni UE del 1995 e del 1996 sull'estradizione. Esso ritiene che la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità dell'articolo 6 del TUE*".

[395] RINOLDI D., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia del diritto dell'integrazione europea. Principi generali ed aspetti privatistici*, Napoli, 2012.

[396] MONTALDO S., *I limiti della cooperazione in materia penale dell'Unione Europea*, Napoli, 2015.

[397] Tipico del procedimento di estradizione.

Altra rilevante novità è la deroga al requisito della doppia incriminazione[398], secondo cui l'estradizione non poteva essere concessa se il fatto che costituisce l'oggetto della domanda non fosse previsto dalla legge di entrambi i Paesi come reato. La decisione-quadro, a tal riguardo, delibera che per talune figure di reato, precisamente per quelle elencate nell'art. 2 par. 2, punite dalla legislazione della Stato emittente con una pena pari o superiore a tre anni, l'obbligo di consegna del ricercato sussista a prescindere dalla doppia incriminazione[399].

Per quanto attiene, in ultimo, ai reati non contemplati dal citato paragrafo 2 dell'articolo 2 della decisione-quadro, la consegna dell'individuo può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali il mandato sia stato emesso, costituiscano reato ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, a prescindere dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica[400]. A questo punto, si ritiene doveroso richiamare una importante sentenza della Corte di giustizia attinente all'argomento che è stato ampiamente illustrato in questo terzo capitolo, ossia alla cooperazione giudiziaria in riferimento all'ambito penalistico, ed anche allo strumento del mandato di arresto europeo, pocanzi menzionato. Ci si riferisce alla Sentenza della Corte di giustizia UE, del 29 gennaio 2013 sul caso *Radu,* rubricata *«Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2002/584/GAI – Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna tra Stati membri – Mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale – Motivi di rifiuto dell'esecuzione»*[401].

Nella sentenza in commento, relativa al mandato di arresto europeo e dunque alla cooperazione giudiziaria in ambito penale, si evince come la Corte di Giustizia dell'U.E. stabilisca che la Decisione-quadro 2002/584/GAI del

---

[398] Doppia Incriminazione; Art. 13 c.p.: "L'estradizione è regolata dalla legge penale italiana, dalle convenzioni e dagli usi internazionali. L'estradizione non è ammessa se il fatto che forma oggetto della domanda di estradizione, non è preveduto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera. L'estradizione può essere concessa ed offerta, anche per reati non preveduti nelle convenzioni internazionali, purchè queste non ne facciano espresso divieto. Non è ammessa l'estradizione del cittadino, salvo che sia espressamente consentita nelle convenzioni internazionali".

[399] MENGOZZI P., *L'applicazione del principio di mutua fiducia ed il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 2017.

[400] Troisi P.; "Mandato di arresto europeo" – www.treccani.it

[401] Sentenza Corte di Giustizia Europea – Causa C – 396/11

Consiglio, 26 febbraio 2009, debba essere interpretata nel senso che le autorità giudiziarie di esecuzione non possano rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale avente ad oggetto il fatto che la persona ricercata non sia mai stata sentita nel Paese Europeo emittente prima della emissione di tale specifico mandato di arresto. Tale pronuncia, a dire il vero, assume un rilievo estremamente importante laddove si consideri che una norma statale (come quella romena) pur se maggiormente a tutela dell'indagato/imputato non può essere considerata ostativa alla concessione di un euromandato.

2.2 *L'abolizione della doppia incriminazione*

Come si è avuto modo di vedere nel paragrafo che precede, uno degli elementi peculiari dell'euromandato è proprio l'abolizione del requisito della doppia incriminazione. Nel 2005, anno di introduzione della decisione-quadro *de quo*, l'*Arbitratiehof* belga ha contestato la validità dell'intera normativa sul MAE per una asserita violazione del principio di attribuzione nonché del principio di legalità e di quello di uguaglianza – non discriminazione. Sulla questione si è espressa la Corte di giustizia con la celebre sentenza *Advocaten voor de Wereld*[402]. Il caso *Advocaten voor der Wereld* è la prima vera pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla legittimità del mandato d'arresto europeo. Essa risale al 3 maggio 2007, ben cinque anni dopo l'adozione della decisione-quadro istitutiva sul MAE e diversi mesi dopo la sua attuazione da parte della maggior parte degli Stati membri[403]. La *Grande Chambre* della Corte di giustizia si trova a dover dirimere una

[402] Si veda sul punto O. POLLICINO, Mandato di arresto europeo e principi costituzionali degli Stati membri: un profilo giurisprudenziale alla ricerca di un punto di equilibrio inter-ordinamentale, in Dir. Pubbl. Comp. Eu., 2008, n. XI. A sua volta cita le conclusioni dell'avv. Colomer nella causa C303/05 Advocaten voor der Wereld a seguito del rinvio pregiudiziale operato dalla Corte Belga in merito alla presunta illegittimità della decisione sul mandato d'arresto europeo.

[403] L'Italia è stata tra gli ultimi Paesi a dare corso d'attuazione alla decisione quadro e la sua legge di attuazione, la n. 69 del 2005, risale all'aprile 2005; notiamo come nonostante il ritardo essa sia di più di due anni antecedente alla sentenza della Corte di giustizia.

intricata questione pregiudiziale sollevata dalla *Cour d'arbitrage* belga in un procedimento avente a oggetto il possibile contrasto tra Costituzione e legge di attuazione della decisione del 2002 sul MAE. Il problema era dovuto alla presunta incompatibilità di quest'ultima sia con il noto art. 34, comma 2, lett. b) del TUE sia rispetto all'art. 6, comma 2 dello stesso Trattato con riferimento ai principi di eguaglianza, non discriminazione e legalità messi a rischio dall'eliminazione della doppia incriminazione[404]. I giudici di Lussemburgo iniziano subito col confermare la legittimità dell'utilizzo della decisione-quadro per introdurre un nuovo istituto, nel panorama normativo dell'UE, come il mandato d'arresto europeo purché tale strumento non sconfini nel diritto comunitario vero e proprio. Sappiamo già che con la soppressione dell'estradizione tra i Paesi membri, sono variati molti aspetti: a causa di questi cambiamenti, l'attenzione della dottrina si è concentrata sulla tutela dei diritti fondamentali, gli stessi diritti che si ritiene siano protetti dagli standard di sicurezza mantenuti in tutti gli Stati[405]. In particolar modo la *vis* polemica si è incentrata sulla presunta violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione[406]. Nello specifico, secondo il giudice di rinvio, il principio di uguaglianza sarebbe stato violato perché la deroga alla doppia incriminazione viene applicata solo per alcuni reati senza un'apparente motivazione. Il principio di legalità, invece, sarebbe stato eluso poiché non sono presenti, nel testo della decisione sul MAE, le caratteristiche peculiari delle fattispecie criminose per le quali si può richiedere la consegna di un ricercato. Questa condizione, sempre secondo i giudici di rinvio, sarebbe talmente anomala da contestare uno dei cardini delle moderne costituzioni: il principio di legalità.

---

[404] Per un approfondimento sulle motivazioni, sulla sostanza e sul ruolo della doppia incriminazione si rimanda al primo capitolo di questo scritto.
[405] Per una categoria limitata di 32 fattispecie criminose.
[406] In Italia il tema, soprattutto in riferimento al principio di non discriminazione, era stato approfondito e studiato da VASSALLI, *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. e Giustizia*, 2002; oppure si veda VASSALLI, *Mandato d'arresto e principio di uguaglianza*, in *Il giusto processo,* 2002.

Ad una prima lettura della sentenza *Advocaten voor der Wereld*, molti studiosi, sono rimasti delusi: questa era l'occasione per la Corte di giustizia di affermare il proprio ruolo di giudice dei trattati e delle norme sovranazionali. Senza ombra di dubbio la Corte si è tenuta ben lontano da "allettanti protagonismi"[407] tenuto conto del fatto che lo scalpore suscitato dalle decisioni dei tribunali costituzionali di Germania, Cipro, Repubblica Ceca e Polonia avesse richiesto un approccio *low profile* onde evitare pericolosi conflitti aperti tra istituzioni. E in fin dei conti ciò che importa è che la CGUE sia giunta, seppur con procedimenti motivazionali a tratti apodittici, alla conclusione che la decisione-quadro è un atto valido sotto tutti i punti di vista.

Quanto alla prima questione, quella sull'idoneità dello strumento normativo adottato dal Consiglio, i giudici di Lussemburgo hanno statuito che questo sarebbe potuto nascere anche tramite una convenzione[408] ma "tuttavia rientra nella discrezionalità del Consiglio privilegiare lo strumento giuridico della decisione quadro quando, come in questa fattispecie, siano presenti le condizioni per l'adozione di tale atto"[409]. Bisogna dire, infatti, che le fallimentari esperienze del passato[410] hanno spinto le istituzioni europee verso uno strumento più malleabile - e allo stesso tempo efficace - come quest'ultimo. "È, dunque, la fecondità delle prospettive legate alla piena attuazione degli strumenti del reciproco riconoscimento a costituire, in definitiva, il 'volano' di una nuova dimensione della cooperazione giudiziaria penale, sempre più incentrata su forme di consegna 'non estradizionale' e su meccanismi e modelli di assistenza giudiziaria non rogatoriale".[411]

---

[407] Si ritiene utile rimandare a O. POLLICINO, op. cit., p. 1017 per un chiarimento sull'uso di questa espressione.
[408] Ai sensi dell'art. 34, comma 2, lett. d) del TUE.
[409] Motivazioni della Corte, sent. C-303/05, *Advocaten voor der Wereld*.
[410] Ci riferiamo alle Convenzioni sull'estradizione del 10 marzo 1995, del 27 settembre 1996.
[411] Così, DE AMICIS-VILLONI, op. cit., p. 395.

Quanto alla presunta violazione del principio di legalità, la Corte chiarisce che la decisione-quadro non è mai stata assunta con l'obiettivo di armonizzare i reati in questione con riferimento ai loro elementi costitutivi e alle pene da questi previste[412]; per tali motivi, anche qualora gli Stati membri dovessero riprendere letteralmente l'elencazione contenuta nella decisione sul MAE, la definizione del reato stesso e le pene applicabili nel caso di specie sarebbero sempre e solo quelle previste dallo Stato d'emissione. Questo particolare meccanismo è stato realizzato al fine di non incidere troppo marcatamente sugli ordinamenti interni, così da spianare la strada a una eventuale (e futura) omogeneizzazione dei sistemi penali all'interno dell'UE. Non solo, ma la CGUE ha avuto modo di chiarire come il principio di legalità e quello di non discriminazione siano alla base dell'ordinamento dell'Unione e parte integrante dei parametri super primari per l'accertamento della validità di un atto comunitario non tanto grazie alla presenza degli apparati costituzionali di ogni Stato membro, ma, soprattutto, pel tramite della grande rilevanza che tali principi ricoprono nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza[413], richiamata per la terza volta espressamente dai giudici di Lussemburgo[414].

Per ciò che concerne il terzo profilo di supposta illegittimità, ovvero quello inerente la presunta violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione, la Corte ha espresso un chiaro riferimento a quel *mutual trust*[415], base assiologica di qualsiasi atto normativo appartenente al III pilastro, affermando che, considerato l'alto grado di solidarietà e fiducia

[412] L'art. 2, comma 2 della decisione-quadro, prevede che i reati elencati in tale disposizione "se nello Stato (membro) emittente il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà personale è pari o superiore a tre anni" danno luogo a consegna in base al mandato di arresto europeo indipendentemente dal fatto che la condotta integri incriminata una fattispecie penale tanto nello Stato membro di esecuzione che in quello di emissione.

[413] E in particolar modo dagli artt. 49, 20, 21.

[414] Le altre pronunce sono state quelle in merito alle cause: C-438/05 del 27-06-2006; C-341/05 e la recente causa C-244/06 del 14-02-2008 tutte reperibili su www.curia.eu.int.

[415] Sul tema si veda anche S. MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato d'arresto europeo e il principio di legalità* (note a margine di Corte di giustizia, Advocaten voor der Wereld, 3 maggio 2007), in *Cass. Pen.*, 2007, n. XI, pag. 4346 e ss.

reciproca tra Stati membri, le categorie contenute nell'art. 2, comma 2 rientrano tra i reati più pericolosi per quella che i Romani avrebbero chiamato "*salus rei publicae",* tanto da giustificare la rinuncia al controllo sulla doppia incriminazione[416]. "Quel che viene sacrificato in nome di una rafforzata cooperazione giudiziaria internazionale è, allora, solo l'interesse alla piena corrispondenza dei reati per cui è presentata la richiesta di consegna rispetto alle singole previsioni normative interne dello Stato d'esecuzione, dal momento che si riconosce, quale presupposto fondamentale dell'obbligo generale di cooperazione, la sostanziale equivalenza delle scelte incriminatrici effettuate nei vari ordinamenti in relazione alla lista positiva di cui all'art. 2, par. 2 della decisione-quadro"[417]. La corte, inoltre, si è soffermata sulla necessaria rilevanza sia dei diritti fondamentali che dei principi generali di mutua fiducia e mutuo riconoscimento, atti a consentire "meccanismi" di cooperazione penale più moderni rispetto a quelli tipici del diritto internazionale[418].

In questa sede, si ritiene utile accennare a un dibattito in corso molto acceso sul tema della doppia punibilità: in alcuni casi limite, come l'eutanasia, ci si potrebbe trovare di fronte a un paradosso colossale. In determinati Stati[419] essa potrebbe configurarsi come omicidio volontario

---

[416] Per un approfondimento si veda DE AMICIS-VILLONI, Mandato d'arresto europeo e legalità penale nell'interpretazione della Corte di giustizia, in Cass. Pen., 2008, n. 1, p. 383 e ss.

[417] Così, DE AMICIS-VILLONI, op. cit., pag. 401; cfr. sulla portata e sui limiti del superamento della doppia incriminazione, PICOTTI, *Il mandato d'arresto tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in AA. VV., *Mandato d'arresto europeo, dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS, E. SELVAGGI, 2005, Giappichelli, Torino.

[418] Corte di giustizia UE, 3 maggio 2007, C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW, ECLI:EU:C:2007:261.

[419] Come l'Italia dove, pur non esistendo alcuna fattispecie criminosa denominata "eutanasia", l'eutanasia è considerata un reato. Si tratta di una fattispecie di omicidio che implica il consenso da parte della persona uccisa (Omicidio del consenziente), e che per questo è punita con una pena ridotta che, a seconda dei casi, va dai 6 ai 15 anni di reclusione. Molto ampio il dibattito sul tema che trova anche parecchie personalità del mondo culturale, accademico e televisivo le quali si sono battute per l'eliminazione di tale fattispecie criminosa.
Tale fattispecie non trova riscontro nel vecchio Codice intitolato a Zanardelli e costituisce un autonomo titolo di reato (art. 579 C.p.) rispetto all'omicidio generico previsto dall'art. 575 C.p..
Il consenso della vittima non rende applicabile l'art. 50 C.p., articolo relativo alle scriminanti; in questa ipotesi, il consenso non consente la non punibilità dell'omicidio. Il delitto è punibile a titolo di dolo generico, e l'elemento volitivo deve investire anche il consenso della vittima. Tale

del consenziente con pene anche assai severe; in altri Paesi la condotta è, al contrario, pienamente legale. Non v'è dubbio che tali situazioni possano causare non pochi problemi [420] *in primis* all'agente, *in secundis* all'interprete che deve dirimere la vicenda. Visto il *vulnus,* che dai casi appena citati può derivare alle esigenze garantistiche del reo, non sorprende la titubanza manifestata dagli animi dei legislatori nazionali al momento dell'attuazione della normativa sull'euromandato. "I casi problematici sono destinati a configurarsi in presenza di due condizioni cumulative - quando il fatto per il quale sia stato emesso il MAE sia stato commesso nel territorio di uno Stato, in virtù della cui legge penale non sia punibile, pur essendo sussumibile nella lista positiva - si comprende agevolmente che le tecniche di compensazione hanno agito o nel senso di escludere la rilevanza dei fatti territoriali o nel senso di colmare la legalità carente"[421]. Il legislatore nazionale ha a disposizione l'utilizzo di "due leve" - riprendendo l'espressione di Stefano Manacorda - per colmare il danno nascente dalla pedissequa applicazione del mandato d'arresto: la prima si aziona rimodellando, a seconda dei casi, tutte le trentadue fattispecie criminose previste dall'art. 2, par. 2 della decisione sul MAE nella fase di trasposizione dell'atto normativo comunitario nell'ordinamento interno; la seconda, invece, quale tipica azione "territoriale"[422], consente la consegna solo per le condotte realizzate nel territorio dello Stato d'emissione. Questa seconda leva, ovviamente, è più "influente" della prima e potrebbe creare seri intralci alle politiche di cooperazione tanto osannate fin dall'ormai noto Consiglio di Tampere del 1999.

---

consenso, inoltre, deve essere manifesto e/o manifestato; la forma di estrinsecazione è indifferente, ma deve perdurare fino al momento in cui l'agente commette il fatto. Fonte www.wikipedia.it; Codice Penale, 2014, Simone Editore.

[420] Si veda V. MITSILEGAS, The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU, in Common Market Law Review, 2006, Kluwer int., p. 1277.

[421] Queste le parole di S. MANACORDA, op. cit., p. 4359.

[422] Nonché quale rigurgito di quella sovranità statale alla quale più volte abbiamo accennato.

In conclusione si può affermare che, effettivamente, il nocciolo della questione ruoti attorno al concetto di mutuo riconoscimento il quale, applicato a un sistema penale - e come tale costituzionalmente sensibile -, si ritrova ad avere dei connotati ben diversi da quelli mostrati in qualità di mezzo di promozione delle libertà di circolazione di beni, persone e servizi. Se prima, infatti, si voleva dare spazio alla libertà, costituzionalmente garantita, d'iniziativa economica, oggi si vuole, al contrario, promuovere lo *jus puniendi* sorpassando confini territoriali e sovranità nazionale. Indubbiamente, infatti, il provvedimento in questione, rappresenta una notevole compressione dello *jus puniendi*[423] statale soprattutto a causa dell'ampiezza territoriale dell'Unione e dell'elevato numero di fattispecie penali toccate dal medesimo provvedimento; il tutto è controbilanciato, però, dalla possibilità di chiedere attivamente l'esecuzione di un M.A.E., incrementando l'efficacia della propria forza repressiva e riducendo le tempistiche burocratiche per la sua attuazione.

Si è già detto che la Corte, in questa pronuncia, ha mostrato tutta la sua "timidezza" e ha preferito adottare un atteggiamento sobrio. In alcuni punti della sentenza, però, ci sembra che i giudici abbiano "peccato" di superficialità: in particolar modo ci riferiamo al problema della "doppia punibilità" che, *de facto*, è stato superato senza troppi indugi; "al contrario di quanto tenta di mostrare la Corte, il punto dolente è da ritenere proprio questo, visto che, non disciplinando le fattispecie penali e le relative sanzioni, il legislatore europeo sostanzialmente lascia indeterminata la descrizione delle ipotesi cui si ricollega l'applicazione di un istituto che potrebbe rischiare di trasformarsi in un potenziale *killer* per la sua idoneità a permettere un'indiscriminata compressione delle garanzie dell'individuo

[423] Per un confronto anche sulle lesioni dei diritti fondamentali provocate dall'istituto in commento, si veda U. DRAETTA, Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico, in Il diritto dell'Unione europea, 2007.

di fronte alla restrizione della sua libertà"[424]. Da sempre il giudice comunitario ha cercato l'uniforme applicazione della disciplina derivante da fonte europea. Qui, invece, il rischio di un'attuazione diversificata del medesimo atto normativo sembra essere accettato "sulla base della considerazione del mero dato per cui la decisione-quadro non ha imposto l'armonizzazione della legislazione penale tra gli Stati membri"[425].

2.3 *Mutuo riconoscimento, mandato d'arresto e diritti fondamentali*

La questione, però, maggiormente dibattuta in dottrina e giurisprudenza nell'ambito del mandato d'arresto europeo è quella relativa all'assenza tra i motivi specifici di rifiuto della consegna, di un accenno alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo[426]. Essi, difatti, sono richiamati genericamente dall'art. 1, par. 3, che richiama direttamente i principi di cui all'art. 6 del TUE, definita dalla dottrina quale richiamo "standard"[427].

Di maggiore portata sono i contenuti dei considerando nn. 12 e 13 della Decisione quadro sul MAE: il primo si occupa del principio di non discriminazione avente ad oggetto il divieto di persecuzione per motivi penalmente irrilevanti; il secondo, invece, si conforma alla giurisprudenza *Soering*[428] della CEDU laddove sussista il pericolo/rischio che la persona sottoposta ad esecuzione possa subire trattamenti disumani e/o degradanti. I

---

[424] Così R. CALVANO, Mandato d'arresto e problemi costituzionali, in Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo, a cura di R. CALVANO, 2007, Jovene Editore, Napoli.
[425] Così R. CALVANO, op. cit., p. 32.
[426] M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo,* in *Riv. Dirt. Int., 2003*, p. 27 e ss.; I. VIARENGO*, Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della personale*, Milano, 2004, p. 151 e ss.; L. MARIN, *The European Arrest Warrant and Domestic Legal Orders, Tensions Between Mutual Recognition and Fundamental Right: the Italian Case*, in *Maastricht Journak Europ. Comp. Law*, 2008, p. 490; U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano,* in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, Napoli, 2008, p. 1313.
[427] S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, vol. II, Oxford, 2016, p. 100; S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo,* in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2018 p. 633 e ss.; C. JANSSENS, *The Principle of Mutual recognition in EU Law*, Oxford, 2013, p. 206.
[428] Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. The United Kingdom*, n. 14038/88.

considerando, però, stante la loro natura non vincolante, non sono in grado di influire sulla procedura di consegna. Nonostante ciò, va qui precisato che nella fase di recepimento, gli Stati hanno reagito in modo diverso: in alcuni casi hanno provveduto ad introdurre un'ipotesi di rifiuto obbligatorio della consegna; altri hanno considerato implicita – attraverso le carte costituzionali nazionali – la tutela dei diritti fondamentali; altri hanno trasposto il contenuto del considerando nell'atto di recepimento; altri, infine, hanno imposto le proprie costituzioni quali limiti invalicabili[429]. A ciò debbono aggiungersi le prassi giudiziarie degli Stati membri.

In un contesto di tal genere, è intervenuta a più riprese la Corte di giustizia specificando che il Mandato d'arresto non può essere assimilato, se non per profili di praticità, all'istituto di diritto internazionale. Nello specifico, quello che cambia è *in primis*, l'elevato livello di fiducia intercorrente tra gli Stati dell'Unione atta a realizzare una cooperazione fondata sulla fiducia reciproca[430]. Tale principio permette di differire il momento in cui l'esecutato può esprimere le proprie ragioni senza – però – comprimere il diritto di difesa, assicurato dall'alto tasso fiduciario in essere tra gli Stati membri[431].

In realtà, la copiosa giurisprudenza della Corte, i rinvii pregiudiziali e la discordanza tra le norme di trasposizione nazionali, impongono dubbi sulla reale persistenza della rinomata fiducia reciproca laddove la richiesta di consegna leda – seppur in via ipotetica – i diritti fondamentali previsti dallo Stato di esecuzione. L'incertezza può ricondursi ad una sostanziale assenza di definizioni normative sia della fiducia reciproca che del mutuo riconoscimento, come si è avuto modo di approfondire nel primo capitolo di questo scritto. È stata posta in discussione, quindi, la natura "precettiva" della mutua fiducia,

[429] *Commission Staff Working Document Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – year 2015*, Brussels, 28 settembre 2017, SWD (2017) 320 final.
[430] Corte di giustizia UE, 19 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*, par. 41 e 42.
[431] Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107,

qualificata – dalla migliore dottrina – come avente natura politica nonché giuridica, valevole in giudizio[432].

Per quanto concerne invece il mutuo riconoscimento, di cui si è ampiamente discusso, si evidenzia come la dottrina abbia approfondito il suo rapporto con l'armonizzazione dei diritti nazionali "e la sua configurabilità come un modello di *governance*, ovvero come un metodo di selezione dell'ordinamento prevalente nei casi aventi portata transazionale"[433]. Secondo attenta dottrina, il punto focale della problematica risiede proprio nel fatto che il principio de mutuo riconoscimento nasce e si sviluppa nell'ambito del mercato interno, per poi trovare applicazione nella cooperazione giudiziaria, civile e penale[434]; secondo tale dottrina, però, le dovute distinzioni tra il settore economico del mercato interno e quello giurisdizionale avrebbero richiesto adeguate precauzioni, non proprio adottate. Secondo la dottrina citata, nel mercato interno – di cui ci siamo abbondantemente occupati – nonché nella circolazione delle merci, oggetto del mutuo riconoscimento è la norma nazionale il cui rispetto rende "libero" di circolare quel determinato prodotto anche in altri Paesi; nel settore della cooperazione giudiziaria (sia civile che, a maggior ragione, penale), invece, ciò che circola è un provvedimento giudiziale, potenzialmente in grado di limitare la libertà delle persone. La traslazione del mutuo riconoscimento dal mercato interno alla tutela giudiziale penale è stata, quindi, eseguita senza la totale consapevolezza delle conseguenze sul piano dei diritti fondamentali della

---

[432] Sul punto si consiglia un approfondimento di C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *Studi int. Europ.*, 2009. P. 73; H. LABAYE, *Faut-il faire confiance à la congiance mutuelle?*, in *Liber amicorum* Antonio Tizzano. *De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 472 e ss.

[433] S. MARINO, op. cit. p. 640. Si veda anche: M. POIARES NADURO, *So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition*, in *Journal Europ. Public Policy*, 2007 p. 815 e ss.; S. K. SCHMIDT, *Mutual recognition as a new mode of governance,* ibidem*,* 2007, p 667*;* L. MARIN, op. cit. p. 482; N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi int. Europ.*, 2012, p. 43 e ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual trust*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2017, p. 808.

[434] Si richiama S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy,* in *journal europ. Public. Policy,* 2007, p. 762 e ss.; M. POIARES MADURO, *So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition*, in *Journal Europ. Public Policy*, 2007 p. 815 e ss.; S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, op. cit., p. 62; L. MARIN, *Effective and Legittimate? Learning from the Lessons of 10 years of Practice with the European Arrest Warrant*, in *New Journal of Europ. Criminal Law*, 2014, p. 330 e ss.

persona. Parte della dottrina, sposando questa interpretazione, ritiene che si sia data la precedenza alla rapidità della cooperazione penale, anche per via dei recenti attacchi terroristici, piuttosto che soffermarsi sulla necessaria ricerca di un doveroso bilanciamento tra esigenze di polizia e tutela dei diritti fondamentali. Non mancano, però, opinioni contrastanti basate sul fatto che tutti gli Stati appartenenti all'Unione sono sottoscrittori della CEDU e che tutte le costituzioni nazionali prevedono norme a tutela dei diritti fondamentali. Secondo questa interpretazione, dunque, non sussisterebbe un vero e proprio rischio per l'incolumità e per la libertà dei cittadini poiché tutti gli Stati membri debbono sottostare ai principi generali dell'Unione, alla Carta di Nizza, alla CEDU e, infine, alle loro costituzioni nazionali.

Dopo questo breve *excursus*, su cui si tornerà, è il caso di tornare ad affrontare la questione della mutua fiducia. La sua nozione più esaustiva può rinvenirsi nel parere 2/13 sulla adesione dell'Unione alla CEDU[435] in cui la Corte pone in risalto la natura apicale della mutua fiducia, atta a realizzare uno spazio "senza frontiere interne" sulla base del fatto che "tutti gli Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, il diritto fondamentali riconosciuti da quest'ultimo" [436]. Pertanto, sulla scorta di una simile interpretazione, si risolverebbe la questione partendo dal fatto che la fiducia reciproca fa sì che tutti i procedimenti giudiziali svolti in uno Stato membro si svolgono costantemente secondo i principi generali dell'equo processo e che, quindi, non comportino per l'imputato trattamenti disumani, degradanti o ad essi assimilabili [437]. Nel panorama della cooperazione giudiziaria in materia penale, in effetti, in virtù della mutua fiducia, non dovrebbero sorgere questioni sulla certezza o meno del livello di tutela garantito dagli altri Stati membri. Laddove dovessero sorgere

[435] Corte di giustizia UE, 18 dicembre 2014, parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.
[436] Corte di giustizia UE, parere 2/13 cit., par. 191.
[437] Tra la dottrina che ritiene applicabile questa interpretazione si segnala, K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 525; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Unione*, in *European Papers*, 2017, p. 81; B. CORTESE, *ECJ and National Constitutionale Courts: A Collaborative Law Approach*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 88; E. REGAN, *The Role of the Principles of Mutual Trust and Mutual Recognition in EU Law*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 231 e ss.

questioni sulla fiducia, lo Stato ben potrebbe – a discapito di quanto sinora detto – esaltare i valori fondamentali garantiti dalla carta costituzionale[438]. Tali circostanze potrebbero riassumersi nei *casi eccezionali* già ammessi dalla Corte di giustizia, causando una ulteriore posizione di chiusura.

2.4 La pronuncia suo caso Aranyosi

Un caso specifico è quello della nota pronuncia *Aranyosi*[439] in cui i giudici dell'Unione hanno affrontato il caso, sorto in seguito alla richiesta di consegna con mandato d'arresto europeo da parte dell'Ungheria e della Romania, nei confronti di due cittadini residenti, però, in Germania. Lo Stato tedesco, invero, dubitava dell'eseguibilità della richiesta poiché in precedenza i Paesi emittenti venivano condannati per detenzioni considerate inumane e degradanti dalla Corte EDU. Il Giudice tedesco, dunque, chiedeva alla Corte di giustizia se l'art. 1, par. 3 della Decisione sul mandato d'arresto europeo, potesse essere interpretato quale motivo di rifiuto qualora lo Stato richiedente fosse stato condannato per detenzioni violative dei diritti fondamentali. Secondo i Giudici dell'Unione è inapplicabile qualsiasi "automatismo" nel rifiuto che, piuttosto, può essere valutato oltre che nei casi di cui agli artt. 3, 4 e 4 bis della Decisione quadro, anche previa valutazione concreta di ipotesi reali e comprovate di trattamenti disumani e degradanti. Viene da sé che tali circostanze debbono essere valutate sulla scorta di elementi attendibili, precisi e incondizionati attestanti la presenza di carenze sistemiche o generalizzate. Secondo la Corte, dunque, la procedura deve attuarsi mediante due fasi: in prima battuta devono coesistere indici di sussistenza di conclamate e ripetute violazioni; in secondo luogo, il giudice dell'esecuzione dovrà valutare l'applicabilità dei requisiti

[438] La Corte di giustizia si è espressa sul punto sancendo che la semplice adesione ad una Convenzione internazionale, come la CEDU, non ne garantisce *ex se* il rispetto – Corte di giustizia UE, 6 settembre 2016, C-182/15, *Petruhhin*. In senso conforme si è altresì espressa anche la Corte europea dei diritti umani, la quale ha accertato l'assenza di garanzie date dalla semplice adesione alla Convenzione – Corte EDU, 28 febbraio 2008, *Saadi c/ Italia*, n. 37201/06.

[439] Corte di giustizia UE, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldararu*; in dottrina A. ROSANÒ, *Il caso Celmer dinanzi all'Alta Corte d'irlanda: il test Aranyosi e Caldararu e il diritto a un processo equo*, in *Dir. Umani dir. Int.*, 2018, p. 435.

dianzi indicati al caso in esame, chiedendo – altresì – al Giudice emittente, adeguate informazioni. Nel medesimo frangente, la procedura può essere sospesa e, successivamente, chiusa in caso in cui i dubbi persistano. Il salvataggio in mare: aspetti giuridici e questioni problematiche alla luce del nuovo decreto sicurezza. La pronuncia in oggetto, ricopre un ruolo apicale nel panorama del mandato d'arresto in quanto ha individuato in maniera specifica un caso eccezionale alla mutua fiducia in caso di trattamenti disumani e degradanti. Non sono mancati, a seguire, sulla scorta di questa giurisprudenza, diversi interrogativi che hanno portato a ben tre pronunce pregiudiziali nel solo 2018[440].

La Corte di giustizia dell'Unione europea, però, è intervenuta anche sulla discussa decisione quadro 2008/909/GAI sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene privative della libertà personale, sulla scia della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo di cui si è già abbondantemente parlato. La pronuncia in commento si inserisce nel solco già tracciato dalla precedente sentenza *Aranyosi,* di cui si è appena discusso. Essa ha sostituito la normativa precedentemente in vigore sui trasferimenti delle persone condannate, occupandosi, non senza difficoltà, di stabilire le norme applicabili in seguito al riconoscimento di una sentenza straniera e in vista della sua esecuzione in altro Stato membro. Tale decisione, è di poco successiva alla nota decisione-quadro del 2002 istitutiva del Mandato d'arresto[441] con la quale il legislatore europeo ha contribuito alla costruzione di uno spazio giuridico comune a tutti gli Stati membri[442].

È indubbio, quindi, che quanto realizzato finora "è il risultato di un notevole sforzo di mediazione tra gli Stati sostenitori dell'ampliamento del modello di integrazione comunitaria, oltre l'ambito economico, macroeconomico e

[440] Si veda A.P. VAN DER MEI, *The European Arrest Warrant System: Recent Developments in the Case Law of the Court of Justice*, in *Maastricht Journal Europ. Comp. Law*, 2017, p.900.
[441] Decisione-quadro 584/2002/GAI
[442] Il processo di costruzione dello spazio comune europeo è concretamente iniziato nei primi anni '90 del secolo scorso con l'abbattimento delle frontiere operato dal Trattato di Maastricht del 1992; tale processo ha toccato la Cooperazione in materia penale nel 1999 con il noto Consiglio di Tampere.

monetario, a settori tipicamente politici, quali la sicurezza interna, e gli Stati strenui sostenitori delle garanzie statali e della preservazione intergovernativa" [443]. Un siffatto contrasto è probabilmente dovuto alla consapevolezza che l'Unione, il cui motto "uniti nella diversità" ha un pericoloso significato bivalente, è costituita da una moltitudine di tradizioni costituzionali, spesso disomogenee da cui deriva, *de plano*, una concreta mancanza di fiducia reciproca "giustificata" da una (a tratti) esasperata ricerca di tutela dei diritti fondamentali. Secondo quella dottrina definita, forse impropriamente, "euroscettica" la tutela dei suddetti diritti non può avvenire a livello sovrastatale e ciò sarebbe confermato dalla mancata realizzazione di una costituzione europea, sintomo di ideali differenti e di elementi storici non coincidenti. A sostegno di siffatta scuola di pensiero viene evocato il famoso articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali laddove, all'ultimo comma, prevede espressamente che la Carta non preclude una protezione (a livello di diritti fondamentali *ndr*) più estesa. Parlare di diritti fondamentali nello Spazio europeo, infatti, è cosa assai complessa: ciò è dovuto alla composita struttura ordinamentale che caratterizza il sistema UE. Si susseguono e si rincorrono diversi livelli normativi, in un contesto simil-federale [444]. Ad un sistema composito così complesso, si aggiungono la Convenzione EDU e, ovviamente, le carte costituzionali di tutti gli Stati membri. Ecco che l'ideale unitario di "costituzione" deve cedere il passo ad un ordinamento *multilevel*.

2.5 La sentenza Ognyanov

È su questi temi che interviene, con un prezioso contributo, la Corte di giustizia con la sentenza in commento al fine di fare chiarezza sul disposto dell'art. 52 e 53 della Carta di Nizza in riferimento alla controversa decisione-

[443] Così U. LEANZA, *La creazione di uno spazio unico europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*, a cura di E. ROZO ACUÑA, 2004, CEDAM, p. 7

[444] A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, n. 1; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited*, in *Common market law Rev.*, 1999, p. 707.

quadro[445]. La vicenda trae origine dal procedimento penale instaurato nei confronti del signor *Atanas Ognyanov* per i reati di omicidio e furto aggravato commessi in territorio danese[446]. Il sig. *Ognyanov* è stato posto in regime di custodia cautelare in Danimarca dal 28 novembre 2012 al 30 settembre 2013. Durante il suddetto periodo di detenzione, egli, ha lavorato dal 23 gennaio 2012 al 30 settembre 2013. Va rilevato che il diritto bulgaro, all'art. 41, paragrafo 3, del Codice penale prevede che: *"il lavoro svolto dalla persona condannata viene dedotto ai fini della riduzione della pena, in modo tale che due giorni di lavoro equivalgano a tre giorni di privazione della libertà personale"*. L'art. 17, par. 1 della Decisione-quadro 2008/909 prevede che l'esecuzione della pena sia disciplinata dalla legislazione dello stato d'esecuzione, il quale, dovrà detrarre dal computo complessivo della pena il periodo di reclusione già scontato nello stato di emissione.

Ciò premesso, il *Sofiyski Gradski sad* (Tribunale di Sofia), adiva la Corte di giustizia in via pregiudiziale al fine di sapere se:

1) "le disposizioni della decisione quadro consentano che lo Stato di esecuzione riduca, nel corso della procedura di trasferimento, la durata della pena detentiva irrogata nello stato di emissione a motivo del lavoro svolto durante l'espiazione della stessa nello Stato di emissione […]";

2) "tali disposizioni o altre disposizioni della decisione quadro siano applicabili alla riduzione della pena in esame, se debba di ciò essere informato lo Stato di emissione, qualora lo stesso ne abbia fatto espressa richiesta e se, in caso di opposizione da parte di quest'ultimo, si debba porre fine alla procedura di trasferimento […]" e le modalità di trasmissione di dette informazioni;

3) nel caso in cui la Corte chiarisca che le disposizioni della decisione quadro citata non consentano una riduzione di pena in base al diritto interno dello Stato di esecuzione, "sia conforme al diritto dell'Unione europea la

[445] Si tratta della Decisione-quadro 2008/909/GAI sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene privative della libertà personale. Va rilevato in questa sede che la Corte di giustizia UE è intervenuta proprio sul valore dell'art. 52 della Carta di Nizza con la nota sentenza *Melloni* sul diritto di annullamento di una decisione penale presa nei confronti dell'imputato contumace.

[446] Corte di giustizia UE, sentenza 8 novembre 2016, *Ognyanov*, C-554/14.

decisione del giudice nazionale di applicare comunque il suo diritto nazionale, in quanto più favorevole rispetto all'art. 17 della decisione quadro".

La Corte di giustizia, con sentenza dell'8 novembre 2016, rispondendo ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio, ha statuito che "l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio […] deve essere interpretato nel senso che esso osta a una norma nazionale, interpretata in modo tale da autorizzare lo Stato di esecuzione a concedere alla persona condannata una riduzione di pena a motivo del lavoro svolto da essa durante la sua detenzione nello stato di emissione, quando le autorità competenti di quest'ultimo Stato, conformemente al diritto dello stesso, non hanno concesso una siffatta riduzione di pena" e che "[…] un giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme del diritto interno nel loro complesso e ad interpretarle, quanto più possibile, conformemente alla decisione quadro 2008/909 […] disapplicando, ove necessario, di propria iniziativa, l'interpretazione accolta dal giudice nazionale di ultima istanza, allorché tale interpretazione non è compatibile con il diritto dell'Unione".

Tale decisione conferma l'orientamento già espresso in precedenza con la famosa sentenza *Melloni* del febbraio 2014 sul mandato d'arresto europeo. I giudici dell'Unione europea, infatti, si sono trovati, in più di una occasione, a dover delineare i confini tra tutela dei diritti fondamentali e cooperazione in materia penale, con particolare riguardo all'esecuzione di pene detentive in seguito a sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, ovvero in contumacia. Nel celebre caso *Melloni*, infatti, dopo una condanna definitiva a dieci anni di reclusione, l'imputato proponeva ricorso per violazione dell'art. 24 della Costituzione spagnola in virtù del fatto che esso prevede la possibilità di ottenere una revisione del processo penale in caso di condanna ad una pena detentiva comminata *in absentia*. Il Giudice di rinvio si domandava se lo stato di esecuzione di un euromandato potesse rifiutare la consegna per la violazione della suddetta norma costituzionale in virtù dell'art. 53 della Carta di Nizza, laddove esso ammette la legittimità di una tutela più elevata dei diritti fondamentali previsti dall'ordinamento interno rispetto a quelli previsti dalla

normativa europea. La risposta è cristallina: l'art. 53 della Carta non può essere intrepretato nel senso di autorizzare lo Stato membro ad applicare i propri standard (presumibilmente più elevati) discrezionalmente e autonomamente poiché, se così fosse, verrebbe gravemente sovvertito il primato del diritto UE su quello nazionale[447]. La *ratio* ispiratrice delle modifiche introdotte con la Decisione in commento, infatti, è proprio quella di armonizzare il sistema e, se si consentisse a ogni singolo Paese di applicare il proprio diritto, anche laddove siano stati fissati unanimemente criteri omogenei di tutela, ci si troverebbe davanti a una reboante sconfitta sia della cooperazione che della reciproca fiducia.

Non sono mancate critiche a questo orientamento giurisprudenziale, oggi confermato dalla sentenza *de qua*. "La Corte, sembra subordinare i diritti processuali alle istanze di cooperazione giudiziaria, privilegiando il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione rispetto alle garanzie costituzionali degli Stati membri. Anche se lo standard comune di tutela non può che coincidere con quello minimo [...] dovrebbe però essere salvaguardato quello eventualmente superiore garantito dai principi costituzionali del singolo Stato membro, in base al principio del *margine nazionale di bilanciamento"*[448]. Un siffatto bilanciamento, però, deve necessariamente tener conto del principio del mutuo riconoscimento, ormai punto cardine del diritto amministrativo europeo; esso, in ambito penale, però, si scontra, inevitabilmente, con la ricerca di una tutela costituzionale unitaria all'interno dei confini europei.

L'ordinamento costituzionale dell'Unione europea, infatti, presenta una nota peculiarità: è formato *in primis* dai Trattati, dalla Carta di Nizza e dalla CEDU; *in secundis*, dalle carte costituzionali dei vari Stati membri, spesso differenti per natura, storia e obiettivi perseguiti. Così, nell'Unione che oggi conosciamo, convivono più strumenti di tutela dei diritti fondamentali, non sempre

[447] Secondo dottrina e giurisprudenza, infatti, questo principio prevede che il diritto interno, anche di rango costituzionale, non possa limitare in alcun modo l'attuazione del diritto comunitario/europeo.
[448] Sul tema si veda FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 marzo 2013

armonizzati. Si pensi al già citato mandato d'arresto europeo la cui esecuzione non può prescindere dalle norme incriminatrici nazionali, tutt'altro che omogenee. Esempio lampante è il reato di tortura, previsto e punito sia dalla CEDU che dalla maggior parte degli ordinamenti penali degli Stati membri ma non, a mero titolo esemplificativo, dall'Italia. Cosa accadrebbe se il nostro Paese dovesse dare esecuzione ad un mandato europeo per un reato non previsto dal proprio ordinamento penale? Come nel caso in commento, anche nella sentenza *Melloni*, il giudice dell'Unione si è dovuto pronunciare al fine di tutelare l'omogenea e certa applicazione del diritto sovranazionale all'interno degli Stati membri. Senza pericolose eccezioni.

Un punto "dolente" dell'intero scheletro normativo è, come già accennato, l'articolo 53 della Carta di Nizza, ormai avente il medesimo valore dei Trattati, il quale prevede che il contenuto della Carta non può essere considerato limitativo dei maggiori livelli di protezione previsti, tra gli altri, dalle costituzioni degli Stati membri. Ecco, quindi, che si intravede il cuore del problema, affrontato, non senza difficoltà, dalla sentenza in commento. Cosa accadrebbe qualora la normativa dello Stato di esecuzione di un euromandato o di altri provvedimenti della medesima natura fosse più garantista di quella dello Stato di emissione? Su tale dilemma si sono espressi i giudici dell'Unione. Una pronuncia ferma e incondizionata che ricalca il noto precedente *Melloni*. Il diritto UE, nella sua particolare complessità, ha, ormai pacificamente, prevalenza sul diritto interno e, pertanto, i giudici degli Stati membri devono, *in primis*, tentare un'applicazione conforme del diritto nazionale a quello europeo; *in secundis*, in caso di fallimento, disapplicare la norma nazionale confliggente in virtù della supremazia di quella europea senza passare per il vaglio costituzionale interno. Se a una norma nazionale, pur se garantistica, fosse permesso di sovrastare il diritto UE si verificherebbe una grave violazione del principio della supremazia di quest'ultimo sulle norme interne, sancito a partire dalla celeberrima sentenza Costa c/ Enel del 1964. Una violazione di tal genere sarebbe, tra l'altro, in grado di minare l'uniformità dell'intero sistema normativo

europeo, già seriamente minacciato dalla diffidenza di alcuni e dalla sterile strumentalizzazione dei tristi avvenimenti di cronaca a tutti noti.

2.6 La giurisprudenza più recente: le pronunce sui casi LM, ML e RO

Il tema, come già accennato, può considerarsi tra quelli più fertili del panorama giurisprudenziale europeo degli ultimi anni: da ultimo è appena il caso di richiamare la sentenza *LM*[449] con la quale la *High Court* irlandese ha adito la Corte di giustizia al fine di sapere se poter rifiutare una consegna alla Polonia di soggetto sottoposto a procedimento penale iniquo[450]. Secondo il giudice del rinvio, nella sentenza *Aranyosi* già citata, non si rinvenivano criteri per sciogliere questioni riguardanti la tutela dei diritti fondamentali quando il rischio della loro violazione fosse già notevole a causa di una proposta della Commissione ai sensi dell'art. 7 TUE[451]. In altre parole, i giudici irlandesi si sono trovati dinanzi al dilemma sul se concedere una consegna su richiesta di un Paese *segnalato* per possibili gravi violazioni reiterate dei diritti civili, ai sensi dell'art. 7 del TUE. In consimili casi, la procedura dettagliatamente indicata nella sentenza *Aranyosi*, potrebbe non essere considerata necessaria essendo già l'avvio della procedura *ex* art. 7 un indice rilevante e pertinente. Nel caso *ML*[452] i giudici di Brema si sono occupati di un caso sostanzialmente analogo, dovendo decidere su di una consegna ai fini dell'esecuzione della pena detentiva definitiva in Ungheria, ove le strutture penitenziarie non garantivano – seppur in via ipotetica - un adeguato trattamento ai detenuti. Il giudice *a quo*, riteneva necessario ottenere chiarificazioni sul proprio *modus*

---

[449] Corte di giustizia UE, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, LM.

[450] Per un approfondimento: M. ARANCI, *Un nuovo rinvio pregiudiziale sul mandato d'arresto europeo: quale rapporto tra esecuzione e rispetto dei valori fondamentali dell'Unione?*, in *Eurojus*, 22 aprile 2018; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Umani dir. Int.,* 2018, p. 421 e ss.

[451] Nel caso in commento ci si riferisce proprio ad una proposta della Commissione ai sensi dell'art. 7 TUE avanzata nei confronti ella Polonia il 20 dicembre 2017 (COM/2017/835).

[452] Corte di giustizia UE, 25 luglio 2018, C-220/18.

operandi anche alla luce della sentenza *Aranyosi* di cui già abbiamo discusso. Sembra opportuno, in situazioni di tal genere che vengano evidenziati indici oggettivi e pertinenti attestanti la carenza sistematica ma anche le modalità concrete per l'individuazione dei criteri soggettivi con riguardo all'assunzione di ulteriori informazioni proprio come paventato dalla giurisprudenza europea.

Sulla scia dei precedenti casi, si interseca anche la sentenza *RO*[453] la quale ha approfondito un caso estremamente interessante mosso dalla *High Court* irlandese che si è interrogata sulla liceità della consegna di un ricercato al Regno Unito a pochi mesi dalla Brexit; la procedura di allontanamento dall'Unione, difatti, potrebbe causare dei rischi sulla "controllabilità" della fase esecutiva della pena in uno Stato *estero*. Pertanto, il tema principale affrontato dai giudici si concentra sia sulla *verificabilità* dei diritti umani non fondamentali sia sulla ammissibilità di un controllo soggettivo abbinato al caso di specie pur in assenza di parametri ben definiti a carattere unionale.

Seppur con le dovute diversità, le sentenze appena richiamate seguono un filo conduttore identico ovvero il dubbio sull'applicazione della mutua fiducia quando vi sia incertezza sulla tutela dei diritti umani, anche se non fondamentali. In un caso – quello della Polonia – sussisteva una comunicazione *ex* art. 7 TUE della Commissione; nel secondo, invece, una solida giurisprudenza della CEDU e, nel terzo, la ormai imminente fuoriuscita dall'Europa della Gran Bretagna. L'elemento dolente, di cui si sono occupati i giudici *a quibus*, risiede proprio nell'assenza – tra i motivi di rifiuto – di uno specifico caso riguardante consimili situazioni, lasciando – quindi – alla discrezionalità del Paese concedente la decisione; l'art. 1, par. 3, della decisione quadro, in combinato disposto con i considerando nn. 12 e 13 rappresenterebbe, così, una clausola di "salvezza" basata anch'essa su di un concetto *lato* di fiducia reciproca che consisterebbe nella cooperazione tra

[453] Corte di giustizia UE, 19 settembre 2018, C-327/18. In dottrina, sul punto, si veda D. GIRALDIN, *Mandato d'arresto europeo e Brexit: la parola ai giudici di Lussemburgo*, in *Eurojus*, 26 marzo 2018.

autorità giudiziarie di Stati membri volta all'ottenimento delle informazioni richieste ed eventualmente porre fine alle procedure di consegna.

Le soluzioni prospettate dalla Corte di giustizia esaltano in maniera tutt'altro che vaga la fiducia reciproca nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale. Esemplificativo in tal senso è il paragrafo 36 della sentenza *LM* citata, in cui la Corte modella il concetto di mutua fiducia e la proietta nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Secondo un'interpretazione europeisticamente orientata, "*gli Stati membri non possono imporre un controllo concreto sul livello di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (nello Stato emittente), né a maggior ragione esigere che la protezione sia compatibile con quella propria dello Stato membro richiesto (qualora predisponga un livello di tutela più elevato"*[454].

Ad analogo risultato portano anche le sentenze *ML* e *RO* le quali richiamano perfino alcuni paragrafi proprio della sentenza *LM*. L'interpretazione dianzi delineata, però, subisce delle mitigazioni in caso di pregiudizi dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro così come chiarito dalla pronuncia sul caso *Aranyosi* già oggetto di analisi. Sull'elencazione dei diritti fondamentali, la Corte specifica che – non sussistendo un novero preciso di essi – l'individuazione spetterà al giudice del merito e, quindi, il controllo è potenzialmente esteso ad ogni lesione dei diritti fondamentali[455]. Per tornare ai casi analizzati dalle sentenze citate, la Corte ha chiarito che la mera proposta della Commissione *ex* art. 7 TUE rappresenta certamente un indizio ma non esime il giudice da un'attenta analisi riguardante il caso di specie. Fino all'effettiva sospensione dello Stato *ex* art. 7 (sinora mai verificatasi), non possono ritenersi sussistenti ulteriori casi di rifiuto alla consegna automatici.

---

[454] S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Diritto dell'Unione europea,* 2018 n. 4, p. 645.

[455] N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza* Aranyosi e Caldararu*,* in *Dir. Umani dir. Int.*, 2016, p. 448.

In risposta ai quesiti del giudice tedesco del rinvio, invece, la Corte di giustizia ha chiarito che la giurisprudenza delle corti europee può senza dubbio rappresentare un parametro di valutazione affidabile ma, nonostante ciò, il giudice nazionale non può esimersi da un controllo aggiornato sulle condizioni dello Stato di destinazione su come esso si sia mosso in seguito alle pronunce europee al fine di porre rimedio alle contestazioni mossegli.

Nel caso *RO*, da ultimo, la Corte invece si pronuncia sull'assoluta irrilevanza della *Brexit* quale motivo ostativo alla consegna, tenuto conto che sin quando lo Stato appartiene all'Unione a nulla rileva il procedimento di *recesso*. Analoga conclusione raggiunge la Corte relativamente al futuro recesso del Regno Unito e all'esclusione della sottoposizione al suo giudizio: le controversie inerenti alle procedure di consegna, infatti, debbono essere sciolte dal giudice nazionale e, solo eccezionalmente, dalla Corte su rinvio pregiudiziale; funzione, questa, implementata solo nel 2014.

Il percorso della Corte, che appare lineare e strutturato, si pone come regolare prosieguo della celebre sentenza *Melloni*[456] ove è stato sancito che il primato del diritto dell'Unione europea fa sì che quest'ultimo non possa essere disapplicato in favore del diritto interno asseritamente più garantista. Gli sviluppi giurisprudenziali successivi, portano ad importanti riflessioni sul concetto di mutua fiducia nello Spazio di sicurezza, libertà, giustizia. Il primo caso da analizzare riguarda l'Ungheria per la quale il 12 settembre 2018, il Parlamento europeo ha dato parere positivo alla proposta della Commissione ai sensi del citato art. 7 TUE, per la prima volta nella storia, a causa della preoccupazione per la violazione di una serie di diritti umani[457]. A settembre 2019, il Consiglio europeo non ha ancora provveduto e, per doveri di

[456] Corte di giustizia UE, sentenza C-399/11, *Melloni*.

[457] Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norme dell'art. 7, par. 1, del TUE, l'esistenza di un evifente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione; in dottrina, A. ROSANÒ, *The Battle of Evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello stato di diritto*, in *Sidiblog*, 19 ottobre 2018; M. ARANCI, *Il Parlamento europeo ha votato: attivato l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria,* in *Eurojus*, 17 settembre 2018.

completezza, bisogna anche dire che l'Ungheria impugnava immediatamente, con ricorso per annullamento, la risoluzione del Parlamento *de quo*[458]. Nonostante il ricorso, il Consiglio europeo non ha sospeso la procedura nei confronti dell'Ungheria che è tuttora in corso. A destare sospetto, inoltre, v'è anche la situazione della Polonia per vie delle riforme legislative; anche le difficoltà di trovare un accordo concreto con il Regno Unito per il post Brexit paiono sempre più marcate.

Se si analizza il principio del mutuo riconoscimento correlativamente alla tutela dei diritti fondamentali e dei principi generali dell'Unione, il momento storico non è dei migliori nonostante al giudice dell'esecuzione siano imposti scrupolosi controlli, come si è avuto modo di vedere. A ciò deve aggiungersi che lo spazio ritagliato ai motivi ostativi alla consegna è davvero molto limitato. Resta, però, il fatto che la procedura *ex* art. 7 TUE tuttora in essere rappresenti un grave indice della situazione europea: essa rischia di causare una notevole frattura con la Polonia e l'Ungheria che potrebbero essere etichettati come "Stati non sicuri" così da ridurre la cooperazione reciproca. Discorso analogo può farsi con il Regno Unito, la cui uscita dall'Europa sembra sempre più inevitabile.

La Corte di giustizia, però, a prescindere dalle questioni dianzi trattate, persegue gli itinerari della mutua fiducia, insistendo con decisione sulla loro portata rivoluzionaria nel sistema unionale[459]. E in effetti, tornando al caso della Polonia e dell'Ungheria, se i giudici del Lussemburgo avessero confermato, seppur velatamente, la possibilità di sospendere le consegna verso quegli Stati, avrebbero cristallizzato – per non dire incrementato – la frattura già delineata, difficilmente recuperabile perfino in caso di archiviazione della procedura *ex* art. 7 TUE[460]. Il comportamento *moderato* della Corte di

[458] Ricorso proposto il 17 ottobre 2018 – Ungheria c/ Parlamento europeo, causa C-650/18, in GUUE, C 346/2018 p. 33.
[459] S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, op. cit., p. 131.
[460] Sul punto è interessante l'approfondimento di A. ROSANÒ, *Il caso Celmer dinanzi all'Alta Corte d'Irlanda: il test Aranyosi e Caldararu e il diritto ad un processo equo*, in *Dir. Umani dir. int.,* 2018, p. 435.

giustizia, senza dubbio comprensibile, fa sì che al giudice nazionale spetti un compito delicato oltre che complesso: esso è tenuto, come noto, all'applicazione della fiducia reciproca ma deve sottostare, altresì, ai principi generali della leale cooperazione e del primato del diritto dell'Unione. Al contempo, però, deve anche valutare possibili violazioni sistemiche dei diritti fondamentali.

La situazione del Regno Unito è, con tutta evidenza, differente: non vi sono fondati dubbi sulla tutela dei diritti fondamentali ma ve ne sono, invece, sulla sussistenza di un controllo giurisdizionale e politico successivamente all'uscita "definitiva" dall'Unione europea. Non si deve dimenticare, poi, che il giudice dello Stato d'esecuzione è tenuto ad una scrupolosa verifica anche nel caso in cui lo Stato richiedente sia considerato a tutti gli effetti "sicuro".

Attraverso il commento delle sentenze che precedono è possibile sintetizzare ciò che segue: seppur le pronunce sui casi polacco ed ungherese si differenziano da quella riguardante il Regno Unito, anche in quest'ultimo caso il rischio che venga meno qualsiasi controllo giurisdizionale è senza dubbio elevato una volta che l'operazione *Brexit* sarà conclusa. La situazione di ambigua incertezza è confermata dall'assenza di negoziati attestanti i futuri rapporti interstatali. La Corte di giustizia, con un interessante *obiter dictum*, pur escludendo l'applicabilità al caso concreto del divieto di consegna, chiarisce che "*L'organo giurisdizionale richiesto deve verificare che quest'ultima* [la persona interessata *ndr*], *non corra il rischio di subire una violazione dei propri diritti fondamentali, nonostante il fatto che lo Stato emittente possa essere considerato* sicuro; *in assenza di indici generali, permane la verifica del rischio di violazione nel caso concreto*"[461]. Appare di cristallina evidenza, dunque, come l'affermazione appena riportata, proveniente come detto dai giudici dell'Unione, avvicini sensibilmente le posizioni – inizialmente divergenti – di Polonia e Ungheria con quella del

[461] S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, n. IV pag. 650 e ss.

Regno Unito. La conclusione si allinea alle sentenze *MP* e *CK*[462] riguardanti il rimpatrio e il diritto di asilo. In entrambe le pronunce, non vi era sospetto di violazioni sistematiche ma sussisteva pienamente il sospetto che vi potesse essere un danno alla salute del soggetto interessato, qualora trasferito. Qui la sentenza si concentra sulla tutela del singolo e non anche sulla condizione generale dei diritti umani nello Stato richiedente. Il punto di vista, quindi, è mutato: se non è necessario soffermarsi sulle condizioni generali dei diritti fondamentali nello Stato richiedente, ciò vuol dire che il principio della mutua fiducia consente agli Stati membri di verificare con un approccio concreto *case by case*, rischi concreti ai diritti fondamentali. Il passaggio attraverso le violazioni generali dei diritti fondamentali è dunque, secondo la giurisprudenza, non più necessario, comprendendo – queste ultime – un ruolo meramente indiziario[463]. Tutto quanto premesso, resta salvo il fatto che l'esistenza di violazioni costanti renda più facile riscontrare rischi concreti: in altre parole, senza comprovati e costanti violazioni, l'accertamento del giudice è *ictu oculi* meno probabile. Spetterebbe, dunque, al soggetto interessato, reperire informazioni, documenti e più genericamente *prove* circa la sussistenza di rischi per la propria incolumità: operazione, questa, non di facile realizzazione.

Secondo i Giudici dell'Unione, però, il privilegio verso un esame concreto a svantaggio di un'analisi generalizzata sulla violazione dei diritti fondamentali, tutela maggiormente proprio il principio del mutuo riconoscimento: il controllo generale, difatti, implicherebbe senza dubbio anche un'accurata analisi incrociata tra gli ordinamenti dei due Stati membri, circostanza contraria ai basilari principi della mutua fiducia comunitaria[464].

---

[462] Corte di giustizia, 17 febbraio 2017, C-575/16PPU, *CK*; 24 aprile 2018, C-353/16, *MP*.

[463] Per un approfondimento si veda V. MITSILEGAS, *EU Criminal law after Lisbon*, op. cit., p. 150.

[464] Di questa opinione è la dottrina maggioritaria: E. BROUWER, *Mutual trust and Human Rights in the AFSJ: In Search of Guidelines for National Courts*, in *European Papers*, 2016, p. 805. Secondo questa dottrina, uno degli ostacoli per l'adesione alla CEDU da parte dell'Unione è proprio il potere che verrebbe a crearsi in capo ad ogni singolo Stato membro di giudicare se un altro Paese membro rispetti o meno i parametri imposti dalla Convenzione EDU.

L'approccio al caso concreto, paventato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia di cui si è appena discusso, ha con certezza un grado di invasività inferiore: rappresenta, più semplicemente, l'assunto secondo cui tutti gli Stati sono fallibili e, pertanto, in specifiche circostanze, potrebbe verificarsi una violazione dei diritti fondamentali[465].

[465] Utile richiamare la sentenza CEDU, *Tarakhel*, che ammette la presunzione di mutua fiducia, ma non accerta l'esistenza di carenze sistemiche e valuta solo il rischio concreto (Corte EDU, 4 novembre 2014, *Takakhel c. Svizzera,* n. 29217/12. In questo senso: V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights*, in *New Journal of Europe. Criminal Law,* 2015, p. 473.

PARAGRAFO TERZO

Lo spazio di sicurezza, libertà e giustizia e il ruolo del mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria

3.1 Aspetti generali

Come accennato, all'origine della decisione-quadro istitutiva del MAE, vi è il principio secondo cui ciascuno Stato membro riconosce la piena validità dei provvedimenti giudiziari di natura cautelare e degli ordini di esecuzione emessi da altri stati membri senza che ciò richieda un vaglio squisitamente politico. Si tratta del noto principio del mutuo riconoscimento, nato nell'ambito commerciale del mercato interno ed evoluto fino a sopperire alle mancanze dell'armonizzazione. Il procedimento si può ingranare in due modi diversi: nel primo caso vi è un'esplicita richiesta da parte di uno Stato membro detto d'emissione verso un altro Stato membro (detto d'esecuzione) ai fini dell'esecuzione di una pena o misura cautelare restrittive della libertà personale (comminata da un Organo Giudiziario); nel secondo caso, invece, l'emissione del MAE avviene con l'inserimento da parte dello Stato d'emissione del nominativo del ricercato nel sistema SIS[466]. Quest'ultimo, altro non è che una sofisticata banca dati nella quale confluiscono le segnalazioni provenienti dagli Stati membri con varie finalità, tutte inerenti ala sicurezza e alla tutela dell'incolumità dei cittadini europei.

In entrambe le procedure viene meno il ruolo discrezionale dell'Autorità Politica che si limita a ricoprire una funzione meramente amministrativa. Lo Stato d'esecuzione, infatti, assume come legittima la decisione giudiziaria dello Stato richiedente basando tale legittimità solo sull'alto grado di fiducia nei confronti del secondo oltre che sull'esistenza di determinate garanzie. In questa sede, anche alla luce delle osservazioni che precedono, risulta d'obbligo

[466] Acronimo di *Sistema Informativo Schengen*, viene istituito con l'accordo si Schengen del 14 luglio 1985 al fine di mantenere un livello di sicurezza soddisfacente. Nel 2006, con il Regolamento (CE) n. 1987/2006, viene creata la seconda versione del sistema SIS, quella tuttora vigente.

sottolinearne un aspetto fondamentale della Decisione sull'euromandato: essa si preoccupa di fissare importanti paletti per vincolare la procedura di automatico riconoscimento di atti giudiziari alla tutela dei diritti inderogabili dell'imputato-indagato "senza dover rinunciare a salvaguardare quelle garanzie peculiari alle diverse Costituzioni, simboli delle più avvertite e sedimentate tradizioni giuridiche di ciascun popolo"[467]. Le divergenze tra i vari ordinamenti penali legittimano il disconoscimento delle decisioni derivanti dagli altri Stati membri solo se le stesse risultano adottate in violazione dei diritti fondamentali come quelli riconosciuti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.[468] E qui si snoda la questione senza dubbio più delicata dell'intero processo di armonizzazione penale, ovvero la questione sul bilanciamento tra esigenze di politica cooperativa in ambito giudiziario, finalizzata alla costruzione di uno spazio europeo di sicurezza e libertà, e tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla maggior parte delle costituzioni dei paesi dell'Unione. Non sempre, però, i legislatori degli Stati membri, e le loro corti supreme, sono riusciti ad appianare tali discrepanze[469].

Con il Trattato di Lisbona, però, v'è da dire che il mutuo riconoscimento assurge a "fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale" nonché "uno degli strumenti fondamentali con cui l'Unione e gli Stati membri realizzano lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". La realizzazione di uno specifico "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" da parte dell'Unione europea si basa, come visto, sui Programmi di Tampere[470], dell'Aja[471] e di Stoccolma[472]

---

[467] Così A. PAGLIANO, *op. cit., p. 348.*

[468] Dello stesso avviso è M. MENNA, Il mandato d'arresto europeo tra conflitti di sistemi normativi e valutazioni casistiche, in Dir. Pen. e processo, 2010, p. 250.

[469] Ved. M. LUGATO, La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo, in Rivista di diritto internazionale, 2003; per un approfondimento vd. anche il capitolo II della presente opera.

[470] 1999 – 2004.

[471] La Convenzione dell'Aja, principalmente, riguarda l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri (nota anche come "Convenzione sull'apostilla" o "Trattato sull'apostilla") ed è un Trattato internazionale redatto dalla conferenza tenutasi a l'Aja sul diritto privato internazionale.

[472] La Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti, stabilita in occasione di un convegno tenutosi a Stoccolma dal 22 al 23 maggio 2001, si pone come obiettivo l'eliminazione e la diminuzione dell'uso di alcune sostanze nocive per la salute dell'uomo ed anche per l'ambiente circostante.

e si fonda sul Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea il quale, per l'appunto, regola lo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"[473].

Tale spazio mira, in particolare, ad assicurare la libertà delle persone in relazione alla loro svincolata circolazione all'interno dei vari Paesi membri nonché ad offrire un determinato livello di adeguata protezione ai cittadini. Lo stesso ingloba settori politici che vanno dalla gestione delle frontiere esterne dell'U.E. alla cooperazione giudiziaria in relazione agli ambiti civili e penali[474]. Lo spazio in questione, ancora, include anche quelle che sono le politiche di asilo e di immigrazione nonché la lotta contro la criminalità[475].

Nell'ambito della giustizia penale europea quando si parla di "mutuo riconoscimento"[476] non si fa che alludere a quel principio secondo cui le decisioni o, più precisamente, le sentenze dei giudici penali, o di altre autorità assimilate di uno Stato membro dell'Unione Europea, devono essere riconosciute dai magistrati o dalle autorità assimilate degli altri Paesi ed eseguite allo stesso modo delle proprie[477]. Il mutuo riconoscimento, a livello ontologico, può essere inteso in due differenti modalità: una passiva e una attiva.

---

[473] DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè Editore, 2016.

[474] CATELANI E., *L'ordinamento giuridico italiano nello <spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, 2014.

[475] lotta di terrorismo, criminalità organizzata, criminalità informatica, sfruttamento sessuale dei minori, tratta degli esseri umani, droghe illegali ecc.

[476] La prima formulazione del principio viene fatta risalire alla sentenza famosa "*Cassis De Dijon*" della Corte di Giustizia Europea, attinente alla libera circolazione delle merci.
In tale specifica circostanza, la Corte ha sancito che i prodotti fabbricati conformemente agli standard di uno Stato membro possono di norma circolare negli altri Stati membri anche qualora questi ultimi prevedano standard di produzione diversi. Gli ostacoli al libero scambio sono giustificabili solo sulla base di esigenze imperative, tassativamente previste, come ad esempio la tutela della salute pubblica, e per motivi di interesse generale (Corte di Giustizia 20/2/1979).
Il principio del mutuo riconoscimento non era una novità: già nel 1968 la Comunità Economica Europea si era dotata con la c.d. Convenzione di Bruxelles di un sistema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale tendenzialmente automatico (Convenzione 27/9/1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale).
La proposta di impiegare il principio del mutuo riconoscimento in ambito penale risale ufficialmente al Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, dove, al par. 39 delle conclusioni, si afferma che «*Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale. Esso riconosce che occorre potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto e chiede al Consiglio di determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali*».

[477] CATELANI E., *L'ordinamento giuridico italiano nello <spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, 2014.

Più precisamente, facendo riferimento alla "modalità passiva" il principio in parola fa riferimento al fatto che l'ordinamento giuridico di un dato Stato europeo individua nella decisione di un giudice penale di un altro Paese membro dell'U.E. gli stessi effetti giuridici di un'analoga decisione di un proprio magistrato interno[478]. A titolo esemplificativo, si può considerare la circostanza in cui il diritto penale di un determinato Stato membro preveda un aumento della pena per il recidivo[479]: in tal caso, si stabilisce che l'effetto avrà luogo anche se la precedente sentenza di condanna sia stata pronunciata in uno Stato membro diverso. Per quanto attiene, invece, al significato "attivo" del mutuo riconoscimento, il principio, in questa accezione, comporta che i giudici di ciascuno Stato europeo debbano non solo riconoscere e dunque ritenere valide quelle che sono le decisioni nonché i provvedimenti dei magistrati e delle autorità assimilabili degli altri Stati membri, ma anche prendere provvedimenti positivi per la loro esecuzione[480].

Uno degli obiettivi dell'Unione europea, come è stato visto, è la promozione della libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali; è proprio in relazione alla implementazione di queste libertà che il mutuo riconoscimento degli atti giudiziali trova una sua giustificazione: lo stesso, infatti, raffigura una possibile risposta agli "effetti collaterali" che potrebbe presentare la libertà di circolazione, tale da consentire alle autorità giudiziarie di cooperare fra loro sul fondamentale (e necessario) presupposto che sussista una piena fiducia reciproca fra Stati membri[481]. Essa deriverebbe dal fatto che i Paesi membri dell'Unione Europea sono accumunati da valori storicamente condivisi, tra i quali troneggiano, ad esempio, la democrazia e il rispetto dei diritti umani,

---

[478] DI STASI A., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, CEDAM Editore, 2014.
[479] Colui che torna a commettere un'azione riprovevole, nel caso del diritto penale lo stesso reato.
[480] DE CESARI P., *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giappichelli Editore, 2016.
[481] KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, 2015.

che rendono i sistemi giuridici degli Stati in questione affidabili per l'applicazione del mutuo riconoscimento[482].

Il principio di libera circolazione, trovava a sua volta fondamento nel presupposto di una "fiducia reciproca"[483]. L'idea di fondo, preesistente, era che i sistemi giuridici di ciascun Stato membro fossero sufficientemente affidabili e dunque tali da rendere "direttamente efficaci", da parte degli altri Paesi dell'U.E., le decisioni dei loro omologhi; una presunzione questa che, al contrario, non avrebbe potuto estendersi automaticamente alle decisioni penali provenienti da Paesi terzi, in relazione alle quali doveva necessariamente applicarsi una assai maggior accortezza e per le quali, tuttora, sussiste il procedimento di estradizione, con tutte le conseguenze del caso[484].

Una consimile fiducia tra Stati Europei si riteneva derivasse oltre che dal fatto che i Paesi dell'Unione condividono valori comuni già richiamati, anche dalla loro partecipazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) istituita a metà del Secolo scorso proprio a tutela dei diritti fondamentali transfrontalieri[485].

---

[482] Secondo quello che viene definito "approccio verticale", si ritiene che l'Unione possa creare un insieme di regole uniformi applicabili a tutti gli Stati membri.
Tale insieme di regole centralizzate può essere definito come "autosufficiente", ossia suscettibile di diretta applicazione all'interno dei Paesi U.E. ed essere conferito ad una nuova autorità centrale con il potere di attuarle, nel qual caso potremmo parlare di approccio verticale in senso forte, ovvero di uniformizzazione normativa.
Ancora, può trattarsi di regole fissate dall'Unione Europea a cui, però, gli Stati sono chiamati a dare attuazione mediante la produzione di ulteriori regole interne di esecuzione, come avviene per le direttive, nel qual caso potremmo parlare di approccio verticale in senso debole, ovvero di armonizzazione o di ravvicinamento delle legislazioni nazionali.
Su un piano contrapposto si pone invece l'approccio orizzontale, in base al quale la responsabilità di intervenire, catturando e processando gli autori dei reati è lasciata ai singoli Stati membri, che applicano in proposito le proprie leggi nazionali, mentre il ruolo dell'Unione europea è limitato ad un'opera di coordinamento.

[483] DI STASI A., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, CEDAM Editore, 2014.

[484] BARIATTI S., *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè Editore, 2009.

[485] La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – CEDU – è una Convenzione Internazionale redatta e adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa. La stessa è considerata come il testo principale in materia di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo poiché è l'unica dotata di un meccanismo giurisdizionale che consente a ciascun soggetto di richiedere la tutela dei diritti ivi garantiti, attraverso il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, avente sede a Strasburgo.

Il Preambolo del programma dell'Unione, attinente a misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale, adottato dal Consiglio il 12 dicembre del 2000, così statuiva: "*l'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali presuppone una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali*".

Un'affermazione questa che può avere due chiavi di lettura: secondo una prima visione, tale specifica fiducia doveva essere considerata quale dato implicito, e dunque già acquisito; una seconda interpretazione, al contrario, sosteneva che la concretizzazione di un sistema di mutuo riconoscimento avrebbe implicato, sin dal primo momento, l'adozione da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea di determinati "standard qualitativi", all'interno dei loro sistemi di giustizia penale, standard questi tali da giustificare davvero quella fiducia reciproca sussistente[486]. Questa seconda visione, sotto un certo punto di vista, sembrerebbe affiancare alla produzione normativa attinente al principio del mutuo riconoscimento, una produzione prescrittiva avente l'obiettivo di garantire dei "diritti minimi" per l'imputato[487].

Tuttavia, quando l'Unione accolse il suo primo e più importante provvedimento di mutuo riconoscimento in ambito penale lo fece dando per scontato che la fiducia (reciproca) fosse un dato già presente e inconfutabile[488]. Le pronunce giudiziali nazionali, però, non hanno certamente confermato tale ricostruzione – purtroppo ottimistica – sconfessata altresì dall'applicazione di strumenti interni quali i cc.dd. controlimiti.

3.2 Mutuo riconoscimento e armonizzazione dei sistemi penali.

Nel capito secondo del presente elaborato, si è cercato – senza pretese di esaustività e completezza – di delineare la netta distinzione tra mutuo

[486] MARTINELLI F., *Le politiche dell'Unione Europea*, Edizioni Giuridiche Simone, 2018.
[487] DI STASI A., *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, CEDAM Editore, 2014.
[488] BARIATTI S., *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè Editore, 2009.

riconoscimento ed armonizzazione all'interno del settore commerciale, costituito dal mercato comune. Come si è avuto modo di approfondire, il principio fiduciario – inizialmente sviluppatosi per i fattori produttivi – è stato poi successivamente applicato ad altri settori dell'Unione, tra cui quello delle decisioni giudiziarie. Anche in quest'ultimo ambito, per la sua facilità d'uso nonché per i minori dispendi di energie è stato sempre più spesso preferito all'armonizzazione: essa indica il processo che conduce all'instaurazione di una relazione funzionale tra sistemi, parti o componenti di sistemi, in modo che essi risultino compatibili l'uno con l'altro[489]. A tale definizione si riferisce la dottrina giuridica quando vuole intendere quel procedimento in grado di accostare e amalgamare quanto più possibile ordinamenti, istituti o norme giuridiche diversi che si completano in una cornice unitaria, come, nel nostro caso, l'Unione europea. Non è in discussione il fatto che per raggiungere tale situazione idilliaca di uniformità normativa, ciascuno stato membro debba abbandonare il concetto illuministico di sovranità[490] statale quale potere supremo e intoccabile, per dirigersi verso la sua diversa accezione di struttura complessa e reticolare dalla forte tendenza all'internazionalizzazione.

Non v'è dubbio che quanto realizzato finora "è il risultato di un notevole sforzo di mediazione tra gli Stati sostenitori dell'ampliamento del modello di integrazione comunitaria, oltre l'ambito economico, macroeconomico e monetario, a settori tipicamente *politici*, quali sicurezza interna, e gli Stati strenui sostenitori delle garanzie statali e della preservazione intergovernativa"[491]. Tra l'altro non si deve, aprioristicamente, convincersi del fatto che oggi tali dissidi si siano placati; anzi i risultati elettorali degli euroscettici[492], hanno dimostrato come, soprattutto in stati come la Francia, il

[489] Così S. MANACORDA, L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione, in La giustizia italiana nella prospettiva internazionale, XII convegno Enrico de Nicola, 8-10 ottobre 1999, Courmayeur

[490] La tematica della sovranità è posta al centro del dibattito gius-filosofico; in particolare ved. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi,* 1999, Roma.

[491] Così U. LEANZA, La creazione di uno spazio unico europeo di libertà, sicurezza e giustizia, in Il mandato di arresto europeo e l'estradizione, a cura di E. ROZO ACUÑA, 2004, CEDAM, p. 7

[492] Ci riferiamo alle elezioni per il rinnovo del Parlamento Europeo tenutesi il 25 maggio 2014.

partito *anti-europeista* (o *euroscettico*) stia, rapidamente, incrementando i propri sostenitori[493].

Il frutto di più di mezzo secolo di storia della Comunità Europea[494] è, oggi, un impianto giuridico tra i più articolati e tra i più originali dell'intero panorama mondiale, caratterizzato da "frammentarietà e flessibilità"[495], caratteristiche, queste ultime, di un continuo (e forse eterno) tentativo di bilanciamento tra esigenze intergovernative - come quelle di protezione dell'incolumità pubblica o del mantenimento della sicurezza - e tutela dei diritti umani fondamentali, garantiti oltre che, come accennato, dalle Carte costituzionali anche da numerosi organismi internazionali[496]. Allo stesso modo non possiamo trascurare gli effetti causati dall'allargamento dei confini dell'Unione che oggi risulta formata da 28 stati membri autonomi[497] ma che, presto, potrebbero aumentare. L'integrazione comunitaria, come si è avuto modo di approfondire nel primo capitolo del presente lavoro, prende le mosse dall'idea di creare un mercato unico finalizzato alla circolazione di merci, beni, persone, denaro, capitali che incidesse solamente sulla sovranità economica degli stati aderenti. Gli enormi successi di questa cessione della sovranità hanno dato luogo a un forte incremento delle materie oggetto di cooperazione internazionale: "oggi lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia costituisce uno degli obiettivi dell'Unione Europea che si affianca a quello dello sviluppo del mercato interno e della cooperazione in materia di politica estera e di sicurezza e che comporta la creazione ed il progressivo rafforzamento di un'area comune di ordine pubblico e di sicurezza interna nella quale i cittadini europei possano svolgere le proprie attività economiche e porre in essere le manifestazioni della propria vita privata"[498]

---

[493] In Francia tale partito assume il nome di *Front national* che alle ultime elezioni del 2014 si è accaparrato ben 25 eurodeputati; nel Regno Unito si chiama *Ukip* mentre in Austria *Oevp*

[494] Prendiamo come punto di partenza per questa integrazione europea, simbolicamente, il Trattato di Parigi stipulato nella capitale francese il 18 maggio 1951 istitutivo della CECA, Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio.

[495] U. LEANZA, op. cit.

[496] Ci riferiamo per esempio alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati facenti parti del Consiglio d'Europa ed entrata in vigore il 3 settembre 1953.

[497] Fonte: www.*europa.eu*

[498] Cit. U. LEANZA, op. cit.

senza rischiare che vengano intaccate le garanzie costituzionali, previste dai vari ordinamenti interni, a loro tutela.

Per ovvie ragioni di brevità e di coerenza espositiva, in questo capitolo ci si concentrerà sulla cooperazione giudiziaria. Essa è una delle componenti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia pur assumendo caratteristiche proprie del tutto peculiari: infatti in tali ambiti assistiamo a un depauperamento del potere del Parlamento europeo che cede gran parte della propria centralità alla Commissione, lasciando invece il controllo giurisdizionale alla Corte di giustizia. L'organigramma in questione deriva direttamente dai Trattati istitutivi dell'Unione che riconoscono alla Commissione l'iniziativa normativa, relegando al Parlamento un semplice diritto a essere informato, assieme a una funzione consultiva, controllata però dal Consiglio. In sostanza, l'unico organo effettivamente rappresentativo mai potrà impedire l'adozione di un provvedimento in corso di elaborazione. Rimane in capo al Parlamento il consueto potere di controllo finanziario che risulta ben più incisivo. Gli obiettivi comuni che la politica di cooperazione giudiziaria si prefigge, vengono raggiunti tramite una normazione peculiare: la nostra attenzione deve qui cadere sulle *decisioni-quadro*[499] e le *decisioni*. Le prime hanno lo scopo di favorire il ravvicinamento tra sistemi giuridici degli Stati membri e perciò sono paragonabili alle direttive comunitarie, delle quali, però, non hanno la diretta efficacia; le seconde possono essere utilizzate per raggiungere tutti gli altri fini che le politiche di cooperazione giudiziaria e di polizia perseguono. Esse hanno portata obbligatoria ma, come le decisioni-quadro, non sono fornite di efficacia diretta. Ne consegue che non possono essere invocate dai cittadini senza passare per il vaglio degli organi preposti. A questi atti si estende il controllo di legittimità e il controllo pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione. L'esigenza di cooperazione di cui ci siamo occupati finora, è fondata sulla già citata illimitatezza della circolazione di beni, soggetti, capitali. Così,

[499] Necessario qui ricordare come il mandato di arresto europeo sia stato introdotto nell'Unione attraverso una decisione-quadro, strumento di normazione che verrà cancellato con l'introduzione del Trattato di Lisbona del 2007.

approfittando di questa libertà di movimento, le organizzazioni criminali riescono a uscire dai propri confini territoriali cercando di approfittare delle legislazioni più favorevoli di alcuni Stati membri[500]. Dal punto di vista operativo, dobbiamo citare l'istituzione di sistemi rivoluzionari come *Europol*[501] e *Eurojust*[502] che hanno svolto, stanno svolgendo e, ci auguriamo, continuino a svolgere, un ottimo lavoro[503].

3.3 Europa e diritti, tra mutuo riconoscimento e cooperazione giudiziaria

Parlare di tutela dei diritti fondamentali nello spazio di sicurezza, libertà e giustizia è cosa assai complicata: ciò è dovuto alla composita struttura ordinamentale che caratterizza il sistema UE. Si intrecciano diversi livelli normativi e istituzionali in un contesto federale, da qualcuno definito, più semplicemente, "composto"[504] in cui coesistono differenti apparati e poteri radicati su linee territoriali concentriche, organizzati da meccanismi formali o non formali che ne consentono lo sviluppo e ne guidano l'evoluzione. A tutto ciò va aggiunto il panorama delle numerose giurisdizioni che da questo sistema traggono forza e potere. Ben venti anni fa Igor Pernice scriveva che "Europe already has a multilevel Constitution: a Constitution made up of the constitutions of the member States bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties"[505]. Da allora il Sistema è stato rodato, ma – ancora oggi – ci si trova dinanzi a un costituzionalismo

---

[500] Vd. Capitolo successivo per un approfondimento sulla libertà di circolazione e sulla criminalità internazionale.

[501] Istituito ai sensi della Convenzione istitutiva del 25 luglio 1995 si presenta come un organismo di raccolta, analisi e scambio di dati affinché i Paesi membri possano meglio contrastare la criminalità organizzata.

[502] Eurojust è un ente con personalità giuridica istituito con decisione del Consiglio n. 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 ed è finalizzato al contrasto dei reati più gravi. È formato da magistrati, funzionari di polizia, soggetti di pari livello, uno per ogni Stato membro; la sua competenza riguarda i medesimi reati previsti dalla normativa Europol.

[503] Cfr. CONSO, GREVI, BARGIS, *Compendio di diritto processuale penale,* 2012, CEDAM, p. 734 e ss.

[504] Per approfondimenti si veda A. D'ALOIA, Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2014, n. 1.

[505] Così I. PERNICE, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited, in Common market law Rev., 1999, p. 707.

frammentato, composto dalle Carte costituzionali dei singoli Stati UE e da un livello sovranazionale di tutele di diritto pubblico che nasce dalla volontà degli stessi Stati di associarsi per perseguire fini comuni.

Il meccanismo si fa ancor più complesso: a una Costituzione unica, scritta e intellegibile, si sostituisce un ambito super-primario osmotico[506] arricchito e completato dalle singole Carte nazionali. La percezione unitaria della Costituzione, deve cedere il passo alla particolarità di un ordinamento *multilevel* il cui motto è "uniti nella diversità"[507]. Ciò non esclude la necessità di una gerarchia ben determinata che stabilisca il ruolo degli atti derivanti da istituzioni sovra-nazionali e di quelli derivanti dai legislatori interni[508]. In questo contesto variegato, un compito importante, è stato ricoperto dalla protezione dei diritti fondamentali che hanno, fin da subito, percorso binari paralleli (e separati), progettati per non incontrarsi [509], almeno formalmente. Entrambi hanno contribuito a realizzare "[…] quasi due Europe, con una singolare asimmetria relativa tra la rilevanza del tema dei diritti in ciascuno dei due contesti, e gli strumenti che ciascuno dei due sistemi aveva a disposizione per marcare la sua progressiva idoneità a sovrapporsi ai circuiti nazionali, conquistando settori materiali, competenze normative, capacità di influenza"[510]. Da un lato si trovava la Comunità europea, fondata nel 1957 con il Trattato di Roma, poi rafforzata con il Trattato di Maastricht del 1992 fino ad arrivare alle innovazioni apportate pochi anni fa dal Trattato di Lisbona (che ha affidato alla Corte di Giustizia il ruolo di "angelo custode" dei trattati); dall'altro, il sistema della CEDU, nata dall'omonima Convenzione del 1950, la quale ha fatto della tutela dei diritti il proprio *core mission*. Veniva considerata come un vero e proprio trattato internazionale e, *ab origine*, ben diverso era il peso e la rilevanza di cui le sue

---

[506] Vd. P. HABERLE, Dallo stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale, in Dir. Pubbl. Comp. Europeo, 2002, p. 455-456.
[507] Così, U. VILLANI, op.cit.
[508] Bisogna ammettere che in realtà non tutti gli Stati hanno effettivamente accettato la supremazia del diritto UE come per esempio la Danimarca.
[509] Sul tema si veda O. POLLICINO, La genesi del diritto sovranazionale europeo. Un'analisi comparata delle origini dell'ordinamento CEDU e di quello comunitario, in Diritto costituzionale transnazionale, a cura di MEZZETTI-PIZZOLO, 2013, Bologna.
[510] Così A. D'ALOIA, op. cit., p. 6.

disposizioni potevano godere. Questi due sistemi, apparentemente non destinati a incontrarsi, hanno subito un *iter* del tutto particolare che li ha portati a combinarsi con i meccanismi di tutela costituzionale previsti dagli Stati membri e, soprattutto, si sono trovati a costruire, con una certa sinergia, uno spazio comune di protezione dei diritti. Una prima svolta in tal senso avvenne negli anni '60, quando la Corte di Giustizia cominciò a colmare le lacune garantistiche attraverso due preziosi strumenti: le norme contenute nelle costituzioni degli Stati membri e la CEDU. Così si diffuse la convinzione che l'Europa non volesse cambiare i modelli costituzionali dei sui membri ma, piuttosto, preferirebbe incorporarli e rivitalizzarli in un *unicum* arricchito e impreziosito dalla diversità. La Convenzione diventa allora il punto di riferimento per le tutele dei diritti, perché nata (e progettata) appositamente per assolvere a questi delicati compiti, ma soprattutto perché tutti gli Stati aderenti all'UE sono anche suoi sottoscrittori. Inizia un percorso di condivisione e reciproco scambio che permette la realizzazione di una intensa collaborazione, sotto il segno di uno spirito europeista sempre più accentuato. La progressione di questo spirito conduce a lasciarsi alle spalle gli obiettivi esclusivamente economici e commerciali per dedicarsi a diritti sociali, integrazione, istruzione, giustizia, tutela dei più deboli e della loro dignità sociale con la "consapevolezza che queste cose stiano tutte dentro lo stesso progetto, altrimenti il progetto finirebbe, in un caso o nell'altro, per diventare insostenibile"[511].

È stato detto che CEDU e CE, inizialmente, proprio per il loro modo di operare differenziato, fossero sorelle[512] senza legami formali. L'aumento esponenziale dei compiti delle Istituzioni comunitarie, a discapito di quelle degli Stati membri, implicava un problema di compensazione: infatti la diminuzione della sovranità dei singoli Stati a vantaggio dell'UE causava una limitazione dell'intervento della CEDU che, come abbiamo visto, trovava il suo potere incisivo nell'accordo internazionale stipulato tra gli Stati aderenti. A complicare

[511] Così, A. D'ALOIA, op. cit., p. 12.
[512] N.L. AROLD, The relationship between the ECtHR e ECJ: the story of two sisters becoming more alike?, in European Yearbook on human, 2009

le cose v'era anche l'impossibilità della Corte stessa di sindacare gli atti dell'Unione, demandati alla verifica della CGUE. È proprio quest'ultima a dare il via al meccanismo di integrazione tramite alcune pronunce che prendono spunto dai contenuti della Convenzione e li citano direttamente.

Oggi l'integrazione tra i due sistemi, dopo gli eventi che hanno segnato la nascita dei trattati di Maastricht, Amsterdam e Lisbona, sta volgendo al termine grazie all'art. 6 TUE che così statuisce: "The Union shall -and not only *can*- accede to te EC for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"[513]. Nel primo periodo di esercizio la Corte EDU produsse dei risultati deludenti e scoraggianti: tre decisioni in otto anni di attività. Infatti mentre la CGUE cercava di dimostrare di avere la forza di tutelare adeguatamente i diritti fondamentali, per la Corte EDU, nata proprio per la tutela di tali diritti, la difficoltà risiedeva nel non contrapporsi drasticamente alle decisioni dei singoli Stati ma, al contempo, di ripianare le loro lacune costituzionali. Non a caso, infatti, i primi interventi ragguardevoli riguardarono temi delicati quali il giusto processo e la tutela della proprietà, entrambi bersagliati dagli avvenimenti storici: nel primo caso v'era la necessità di contrastare i crimini terroristici degli anni '70; nel secondo, invece, al fine di incrementare le garanzie della persona dopo l'avvento dei totalitarismi, vennero adottati provvedimenti atti a relegare il diritto di proprietà ai margini delle carte costituzionali. Col passare degli anni le istanze alla CEDU aumentarono esponenzialmente e il suo metodo d'analisi basato sul raffronto di ordinamenti diversi, sull'attenzione per i fatti, sul rispetto delle opinioni dissenzienti, sulla neutralizzazione di conflitti ideologici finì per diventare la molla di un vero e proprio successo. Purtroppo bisogna ammettere che, in alcuni Stati[514], le norme derivanti dalla Convenzione EDU non assumono, nemmeno oggi, un rango costituzionale, restando equiparate alla

[513] Art. 6 TUE così come modificato dal Trattato di Lisbona nella versione originale in inglese.
[514] Come ad esempio l'Italia. C'è da dire che con due sentenze della Corte costituzionale del 2007 –la n. 348 e la n. 349- la Corte ha stabilito che, pur mantenendo una distinzione tra diritto comunitario e diritto CEDU, quest'ultimo ricopre un ruolo intermedio tra Costituzione repubblicana e norme di rango ordinario.

legge ordinaria e quindi da essa, in qualunque momento, modificabili.[515] La vera e propria trasformazione dell'UE in comunità "dei diritti" oltre che "di diritto" avverrà definitivamente con la nascita, nel 2000, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza.

Alla luce di questo breve *excursus,* il campionario sembra essere al completo: tre ordinamenti (quello UE - compresa la Carta di Nizza -, quello della Convenzione EDU e, infine, quello costituzionale dei singoli Stati) con tre Giudici apparentemente autonomi e indipendenti pronti al dialogo. L'ultimo passo di questo arduo cammino è l'attesa adesione da parte dell'UE stessa alla CEDU. Una volta che ciò sarà realizzato, quasi certamente, il sistema potrà trovare, finalmente, una sua armonia. In un complesso reticolo normativo come quello appena delineato, ci si chiede come possa garantirsi la tutela efficace dei diritti fondamentali.

Ebbene, il *fil rouge* è, sorprendentemente, il giudice, sia esso nazionale, il quale riceve il potere di interrogare la Corte di giustizia anche pregiudizialmente, o sovranazionale, con la sua influenza diretta negli ordinamenti interni. Ecco che allora la legge, a cui è soggetto il giudice per un *τόπος* del costituzionalismo moderno, diviene, in fondo, quella che il giudice dice che essa sia[516], dando la possibilità di riscoprire il prezioso strumento dell'interpretazione, unico in grado di assottigliare sensibilmente le diversità, anche culturali, del nostro *multilevel system*: il giudice diventa più "potente" proprio grazie alle svariate possibilità applicative che gli vengono donate dal sistema trittico che fin qui abbiamo delineato.

Ciò premesso, dopo il breve *excursus* che precede, sembra opportuno tornare al rapporto tra diritti fondamentali e mutuo riconoscimento: il Trattato sull'Unione Europea esalta, assieme a un intento di carattere generale, e più che

[515] Situazione diversa si è verificata In Belgio, dove la CEDU è la costituzione "ombra" oppure in Francia dove ricopre un ruolo nel blocco di costituzionalità; in Olanda, con l'art. 94 è fonte principale dei diritti fondamentali; in Germania, analogamente, dopo il caso *Gorgolu*, è diventata parametro costituzionale.

[516] Così P. GROSSI, Crisi della legge e processi di globalizzazione, in Quaderni costituzionali, 2004, Napoli.

condivisibile[517] come quello della tutela della pace, altri specifici obiettivi a esso legati da un rapporto funzionale: il primo fra essi, cioè quello oggetto di questo capitolo, riguarda il fine di offrire ai cittadini degli Stati membri uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, grazie alla libera circolazione di persone, beni e servizi. Proprio perché l'Unione è una Comunità di diritto[518], e non una mera organizzazione internazionale, questi obiettivi devono essere perseguiti *in toto* grazie allo sviluppo di un valido sistema di controllo dell'immigrazione ma anche delle condotte criminali internazionali.

In questo settore, il Trattato di Lisbona sembra davvero innovativo. Il primo segno di questa modernità *in progress* è dato dall'art. 3 del Trattato nel quale si verifica un mutamento dell'ordine degli obiettivi perseguiti dall'Unione: il "mercato interno" cede il posto allo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Questa inversione non ricopre un carattere meramente formale ma, anzi, rispecchia la volontà di portare la "vecchia" Comunità Europea al di là degli originari limiti: è evidente come ci si stia dirigendo verso un sistema nel quale v'è una reciproca interazione fra strutture economiche e autorità giuridiche che su di esse insistono. Quanto al termine "spazio", e veniamo al secondo punto nodale, per origine semantica, esso individua un circoscritto contesto fisico. Mai come nel caso dell'UE tale definizione può risultare riduttiva. Infatti, nell'analisi che stiamo conducendo, l'ambito sul quale insiste il Trattato è più che mai "indefinito". Ciò è evidente se si prendono come esempio le svariate norme che regolano i rapporti tra gli Stati dell'Unione e i loro omologhi extra-europei oppure le eccezioni consentite dai trattati ad alcuni Stati come Irlanda, Regno Unito e Danimarca[519] che hanno portato a parlare, in tal proposito, di integrazione differenziata[520]. Proprio questa *vis expansiva* del diritto comunitario dimostra come le sue potenzialità siano praticamente illimitate.

---

[517] Non dimentichiamo che l'Unione nasce in un periodo storico burrascoso a ridosso del secondo conflitto mondiale.
[518] Nel senso che né gli Stati né le istituzioni nazionali possono essere sottratti al controllo della conformità dei loro atti alle norme previste dai Trattati.
[519] Celebre è la definizione di U. VILLANI in *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, 2012 di diritto UE come diritto '*à la carte'*. Per approfondimenti si rimanda a tale opera presente nella bibliografia.
[520] O di diritto penale *à la carte*.

Dopo aver sinteticamente illustrato i principali istituti tipici della cooperazione giudiziaria nello Spazio di sicurezza, libertà e giustizia, è necessario porre l'attenzione sul ruolo ricoperto dai diritti fondamentali nel progetto di armonizzazione delle decisioni penali iniziato già nel lontano 1999 al Consiglio di Tampere[521]. Si ritiene opportuno, fin da subito, evidenziare come, per gran parte della dottrina[522], lo strumento della decisione-quadro[523] non sia stato in grado di garantire gli elevati standard di tutela che ci si aspettava.

Se a tutto ciò si aggiunge anche la poliedricità delle istanze giudiziarie europee in grado di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini, con facilità, potremo notare come l'ordinamento comunitario rischi di finire nell'incertezza applicativa, responsabile di quel diritto "*à la carte*"[524] stigmatizzato da altra parte della dottrina[525]. Non si può non tenere in considerazione, giunti a questo punto, il fatto che la Decisione-quadro sul MAE, di cui si è brevemente discusso, sia una delle prime forme di reciproco riconoscimento di atti comunitari in grado di dare il via alla cooperazione giudiziaria in materia penale. E allora se questo processo di costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia procede a passo spedito, così non si può dire per la realizzazione di una costituzione europea, il cui *iter* è ormai fermo da anni[526].

---

[521] Il 15 e 16 ottobre 1999, a Tampere, il Consiglio europeo ha tenuto una riunione straordinaria sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea. All'inizio dei lavori si è proceduto, con il Presidente del Parlamento europeo, sig.ra Nicole Fontaine, a uno scambio di opinioni sui principali temi di discussione.
Il Consiglio europeo è determinato a far sì che l'Unione diventi uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia avvalendosi appieno delle possibilità offerte dal trattato di Amsterdam. Il Consiglio europeo intende trasmettere un forte messaggio politico per riaffermare l'importanza di questo obiettivo e ha convenuto una serie di priorità e orientamenti programmatici grazie ai quali il suddetto spazio si realizzerà rapidamente. *Introduzione tratta dal sito europarl.europa.ue.*

[522] Tra cui M. LUGATO e I. VIARENGO.

[523] La decisione quadro è uno strumento legislativo molto particolare, adottato dal Consiglio senza l'intervento di un'assemblea rappresentativa; è stato utilizzato per introdurre negli ordinamenti nazionali il Mandato d'arresto europeo: DQ n. 2002/584/GAI.

[524] Espressione ripresa da S. MANACORDA, Dalle carte dei diritti a un diritto penale 'à la carte'?, in Diritto penale contemporaneo, 2014.

[525] Si veda S. MANACORDA, Dalle carte dei diritti a un diritto penale 'à la carte'?, in Diritto penale contemporaneo, 2014.

[526] Il progetto costituente europeo nasce nel 2003 ma nel 2009 subisce uno stop che, pare, essere definito a causa del *referendum* svoltosi in Francia e nei Paesi Bassi. In Italia, invece, questo progetto ha riscosso molto successo, ottenendo una rapida approvazione parlamentare tra il gennaio e l'aprile del 2005 con una maggioranza notevole sia alla Camera dei deputati che al Senato della Repubblica. Per approfondimenti si vedano: www.camera.it; www.senato.it.

Se da un lato il crescente sviluppo di carte dei diritti fondamentali europee fornisce al cittadino comunitario una vasta gamma di azioni esperibili per la tutela dei propri diritti lesi, la mancanza di una gerarchizzazione tra esse, e l'assenza di un quadro normativo chiaro e preciso - come abbiamo visto -, fa sì che ci si trovi davanti a un sistema garantistico frastagliato e non del tutto rodato[527]. Se per la maggior parte degli internazionalisti tale situazione è foriera di un incremento del livello di protezione dei diritti umani, civili e politici, non si può negare come questa *patchwork* sia anche causa di un senso di smarrimento per gli interpreti[528] che, se da un lato vedono accrescere le loro possibilità di azione, dall'altro rischiano di non riuscire a orientarsi tra le influenze delle varie corti sovra-nazionali. Questa situazione "caotica" è rafforzata dalla mancanza di prospettive sistematiche che rimandino a unità, coerenza e coordinamento. Ecco che allora si assiste all'utilizzo disinvolto di istituti di notoria delicatezza come l'*interpretazione adeguatrice*, "colpevole" di ricercare una spasmodica elasticità anche nelle norme che non l'hanno né l'hanno mai voluta avere.

In sostanza, quindi, con l'aumentare delle possibilità di cooperazione giudiziaria, soprattutto in materia penale[529], mediante la valorizzazione di organismi sovranazionali, oltre che attraverso l'armonizzazione dei sistemi penali, sono lievitate, inevitabilmente, le esigenze di protezione degli interessi collettivi, come la sicurezza, la lotta alla criminalità internazionale, la repressione dei reati transfrontalieri e dogali portando, di fatto, un

---

[527] In proposito si veda: A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, 2012, Giuffrè, Milano; H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, 2011, Cambridge; A. RUGGERI, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in Politica del diritto, 2007; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in Riv. It. Dir. Pub. Comp., 2005, p. 75 e ss.; S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, 2005, Napoli; I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism in the European Union, in European Law Review*, 2002, v. 27 n. 5, p. 511 e ss.

[528] Così S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte?*, in Diritto penale contemporaneo, 2014; sul tema si veda anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, 2012, Dike Editore; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, 2011, Milano.

[529] Sia consentito ricordare come, oltre al mandato di arresto europeo, in ambito penale, siano previste altre forme di cooperazione, come il recentissimo mandato europeo di ricerca della prova, che garantisce una rapida collaborazione tra autorità giudiziarie diverse di Stati membri nella delicata fase delle indagini preliminari.

allontanamento dalla cura e dalla ricerca di garanzie processuali e personali degli indagati o dei ricercati[530]. D'altra parte è impossibile negare come la cooperazione sia stata improntata storicamente sulla trama dei rapporti politici internazionali, rispetto ai quali le situazioni dei singoli individui passano, forse comprensibilmente, in secondo piano. Non a caso nella dottrina italiana, da sempre tra le più garantiste, v'è stato qualcuno che ha considerato come completamente dimenticate le garanzie nei confronti degli imputati/condannati in questa fase iniziale di creazione di un diritto penale europeo[531].

In realtà, una conclusione di questo tipo, appare non del tutto fondata: infatti, l'Unione europea, oltre a introdurre efficaci sistemi di comunicazione fra Stati membri, si è occupata anche di rinforzare l'apparato strumentale azionabile dai singoli cittadini, sia che essi siano ricercati o condannati sia semplici parti di un procedimento penale. Per comprendere il valore di tali modifiche, basti pensare agli elevati standard richiesti a tutti i Paesi membri al fine di garantire una protezione degli interessi individuali più omogenea possibile oppure ai tanti testi paranormativi introdotti da non molti anni nell'ordinamento UE come il "Libro verde sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea[532]" oppure il "Libro verde sulla presunzione di innocenza[533]". Con tali atti si è cercato di sollecitare il confronto fra Autorità giudiziarie di Stati diversi su tematiche molto delicate, non ancora cristallizzate in veri e propri atti normativi a contenuto obbligatorio.

È pur vero, però, che, nonostante gli sforzi, l'incremento di politiche cooperative in ambito penalistico, necessiti di un'omogeneizzazione anche degli aspetti prettamente processuali che, a oggi, ha portato a risultati non proprio soddisfacenti[534]. L'assenza di organicità in tale ambito è specialmente dovuta

---

[530] Si veda in merito E. APRILE, *La tutela dei diritti fondamentali e le nuove garanzie del processo penale*, in Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona, a cura di APRILE-SPIEZIA, 2009, IPSOA.
[531] Si veda F. RUGGIERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in Cass. Pen., 2007, p. 4329.
[532] Questo atto risale al 2003.
[533] Risalente all'anno 2004.
[534] Le trattative per la realizzazione di una serie di garanzie procedurali uguali in tutti gli Stati membri, si sono arenate durante il Consiglio GAI del 12-13 giugno 2007, mentre sarebbe invece

alle varie presidenze di turno che, pur di raggiungere un qualsivoglia obiettivo, hanno rinunciato, in qualche caso, alla qualità del prodotto finale; oltre a ciò dobbiamo considerare che lo stesso procedimento formativo delle materie appartenenti al III pilastro è critico: infatti richiede notevoli sforzi intergovernativi per raggiungere l'unanimità che, di fatto, comporta una continua ricerca di soluzioni mediane non sempre efficaci né rispondenti alle esigenze dei singoli[535].

Non si può negare come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[536], approvata nel contesto collegato del Consiglio d'Europa, abbia pragmaticamente ampliato la sfera dei diritti fondamentali nel territorio dell'Unione. Infatti, come abbiamo visto, le norme contenute nella Convenzione[537] sono state recepite dall'ordinamento UE, ed in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000, ma anche dal Trattato istitutivo della Costituzione europea del 2004 e, da ultimo, ma non per importanza, dal Trattato di Lisbona con la conseguenza determinante che una qualsiasi violazione alle norme espresse dalla CEDU integra, per via indiretta, una violazione del Trattato medesimo. "Si è venuto a creare in questo modo un complesso intreccio tra norme appartenenti formalmente ad ordinamenti diversi, quello comunitario, quello convenzionale europeo e quelli nazionali. Relazioni intessute da una sempre più ricca produzione giurisprudenziale, che vede, da un

---

auspicabile che esse continuino al fine di incrementare sensibilmente le tutele per ogni singolo cittadino europeo indagato o imputato in un procedimento penale.

[535] In tal senso si veda C.A. FANEGO, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in Cass. Pen., 2008, p. 3042 e ss.

[536] La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU è un trattato internazionale che è stato creato dal Consiglio d'Europa, organismo internazionale del quale fanno parte tutti gli Stati membri UE. Il documento è stato redatto in due lingue, francese e inglese ed entrambe fanno fede.
La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati che all'epoca erano membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia) ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953, mentre in Italia ha preso vita solo il 10 ottobre1955.
È stata ratificata (o vi è stata l'adesione) da parte di tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa (aggiornato al 2007).
Ha istituito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Fonti: www.echr.coe.int; www.wikipedia.it.*

[537] Nel nostro settore è di fondamentale importanza l'art. 6 che disciplina una serie di diritti importantissimi che riguardano i procedimenti penali e che hanno portato all'annullamento di numerose sentenze penali in altrettanti numerosi Stati membri.

lato, l'attività pretoria della Corte di giustizia delle Comunità europee, sempre più frequentemente interessata a sindacare la conformità comunitaria delle norme interne alla luce di quei diritti fondamentali; dall'altro il riconoscimento di una sempre maggiore influenza delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulle scelte dei legislatori, europeo e nazionale, le cui scelte sono risultate sempre più frequentemente condizionate dalle soluzioni interpretative dettate da Strasburgo[538]".

Se poniamo l'attenzione sui prodotti della cooperazione giudiziaria, non ci sarà difficile identificarla come espressione del potere punitivo-repressivo. Quest'ultimo, in fondo, è un brillante strumento d'esaltazione della sovranità di ogni singolo Stato. La stessa sovranità che i Paesi membri hanno deciso di cedere con l'avvento dell'Unione. Come si è accennato, la creazione di uno spazio comune di sicurezza, libertà e giustizia comporta, necessariamente, la rinuncia a parte di questa sovranità nazionale. Un'operazione non proprio semplice, soprattutto per una generazione di governanti, nata a pochi anni di distanza dai tragici eventi causati dalla II guerra mondiale (e prima dalla caduta del muro di Berlino), non ancora abituata a comprendere le potenzialità e il ruolo di un ordinamento sovranazionale così particolare tanto da essere definito come Stato federale *sui generis*[539].

Le operazioni necessarie all'attuazione e al mantenimento di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia richiedono, com'è ovvio, l'espletamento di compiti di controllo e, eventualmente, di repressione nei confronti di quanti violino, in qualsiasi modo, tale *locus amoenus*. A ciò segue l'obbligo di tutelare i sottoposti a procedimento penale, nel modo più uniforme possibile soprattutto per non violare il principio di uguaglianza che vede punire allo stesso modo situazione analoghe. Se, quindi, la stessa condotta fosse punita in modo differente in due o più Paesi di un medesimo contesto federale, così come, *de facto*, sta avvenendo, ci si troverebbe col dubbio che il principio di uguaglianza possa essere in

[538] Così, E. APRILE, op. cit.
[539] Per approfondimenti in tal senso si veda B. CONFORTI, *Istituzioni di Diritto Internazionale, 2013,* Editoriale Scientifica.

pericolo. Come già accennato, siffatta preoccupazione, perde forza se consideriamo l'intervento della Carta di Nizza, proclamata a Strasburgo nel dicembre 2007, che, oggi, ha lo stesso ruolo e la medesima portata del TUE e del TFUE. E proprio la Carta di Nizza è stata oggetto di prese di posizione mutevoli, scaturenti dai dubbi sulla sua forza e sulla sua incidenza oltre che da altrettante perplessità sul suo rapporto con le fonti preesistenti. Come dimostrato dalle non troppo recenti pronunce della Corte di giustizia UE, *Fransson* e *Melloni*, del febbraio 2013, i giudici hanno manifestato notevoli perplessità, soprattutto in ambito penalistico, senza prendere decisioni effettivamente soddisfacenti. Secondo parte della dottrina[540] sarebbe stato più proficuo che la Corte fosse entrata nel cuore penalistico delle vicende, magari dando corso alla possibilità, prevista dai trattati, di istituire sezioni penali della CGUE. In questa sede non vogliamo entrare nel merito della questione, ma ci preme sottolineare come, soprattutto in Italia, i giudici delle leggi appaiano restii a conferire la giusta rilevanza alla Carta. Ad oggi, infatti, una sola è la sentenza della Consulta nella quale si fa riferimento alla Carta dei diritti fondamentali[541] e, ugualmente rari, sono i riferimenti a essa nelle varie pronunce anche laddove sarebbero stati pertinenti.

L'introduzione del Mandato d'arresto europeo, come detto, ha generato non poche perplessità, anche da parte di europeisti di fama internazionale[542]. In particolare, i rilievi critici, hanno riguardato la reale esigenza di armonizzare reati, delitti e pene individuando principi di fondo comuni a tutti gli Stati membri anche dal punto di vista processuale. In secondo luogo è stata evidenziata la carenza dell'apparato di garanzie realizzato dalla decisione quadro istitutiva del MAE[543]; "la necessaria e improrogabile semplificazione delle procedure non può essere realizzata, in nome di pretese ragioni di efficienza, a scapito delle

[540] Tra cui S. MANACORDA, op.cit.
[541] Facciamo riferimento alla sent. N. 80/2011.
[542] Come M. LUGATO, op. cit.
[543] Decisione-quadro n. 2002/584/GAI

garanzie individuali e dei diritti fondamentali degli individui"[544]. Così è comprensibile l'opera intensa di perfezionamento curata dai legislatori degli Stati membri che si sono occupati di colmare le presunte lacune create dalla decisione quadro, causando, però, un'accentuata disomogeneità tra le normative d'attuazione di cui, a breve, si accennerà.

Non può sfuggire, inoltre, come, volutamente, si sia tralasciata l'analisi del difficile rapporto tra Carte dei diritti fondamentali (in particolar modo CEDU e Carta di Nizza) e Corti supreme degli Stati membri poiché qui interessa portare l'attenzione sulla grande importanza ricoperta dalla tematica in esame, soprattutto se si considera la grande influenza sulla libertà personale della decisione quadro sul MAE; si tratta di una notevole compressione dei diritti personali dovuta a esigenze di celerità procedimentale[545]. Per ora ci si limita a sollevare profili di ambiguità tra il ventaglio di garanzie, nei confronti dell'indagato/ricercato, promosse dal legislatore europeo. Essi sono dovuti principalmente alla grande discrasia rinvenibile tra parte dispositiva e preambolo della Decisione-quadro, forse dovuta al regime di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie basato sull'alto grado di fiducia intercorrente tra gli Stati membri. In nome di codesta fiducia ogni singolo membro avrebbe dovuto recepire nel proprio ordinamento i principi sanciti dalla Convenzione EDU. Se tutti gli Stati aderenti all'UE avessero accolto questa esigenza di omogeneità strutturale, il livello di protezione dei diritti fondamentali sarebbe stato, e sarebbe tuttora, solido ed elevato in ogni parte del territorio della Comunità. In realtà, invece, la reciproca fiducia, così come teorizzata dal legislatore del 2002, è ancora lontana. Motivi di eterogeneità processuale e differenze rilevanti nell'attuazione delle garanzie fondamentali sono le probabili cause.

Bisogna qui rilevare come il legislatore europeo della Decisione-quadro abbia concentrato la tutela dei diritti nel preambolo dell'atto e non nella parte

---

[544] Così L. PULITO, *La destatualizzazione delle garanzie nello spazio giuridico europeo: reinserimento del condannato e mandato di arresto europeo*, in Arch. Nuova proc. pen., 2010, v. V, p. 594 e ss.
[545] Per approfondimenti si rimanda a L. PULITO, op. cit.

dispositiva, creando e disseminando dubbi sulla portata delle diverse disposizioni normative e sul luogo in cui sono state collocate in fase di produzione. Per questo motivo, il traguardo da tagliare dovrà essere quello di un "avvicinamento dei sistemi processuali attraverso l'individuazione di garanzie fondamentali, che devono essere alla base di qualsiasi accordo e che devono essere allineate a quelle previste nei sistemi più garantisti[546]".

Per trarre le conclusioni di quest'analisi possiamo serenamente affermare[547] che quello che sta vivendo il sistema-Europa sia un vero e proprio esperimento costituzionale in cui i principi-cardine dello stato di diritto si sono dovuti confrontare con valori di altro tipo quali l'internazionalizzazione, lo scambio commerciale, la declinazione della sovranità nazionale. Ciò che emerge oggi è, dunque, il prodotto di una lunga, frammentata storia in grado di far raggiungere al nuovo ordinamento sovranazionale un livello di coinvolgimento dei diritti fondamentali non certamente perfetto ma quanto meno sufficiente, avendo contribuito a incrementare gli standard di protezione nella più gran parte degli Stati membri. "Il mosaico appare complessivamente ben costruito ed equilibrato. Certo non tutti i pezzi combaciano perfettamente, non tutte le risorse del sistema *multilevel*, […] funzionano sempre e in tutte le condizioni. Tuttavia il saldo appare sicuramente positivo […]"[548]. Di certo l'attuale crisi economica che sta attanagliando il Continente da almeno sette anni non aiuta nell'opera di omogeneizzazione soprattutto nel campo dei diritti civili, politici e sociali. Pensiamo alla recente strage di Lampedusa in cui l'Unione ha mostrato tutte le sue insicurezze portando qualcuno[549] a ritenere che in questa Europa "degli acronimi" affondino i diritti umani cedendo il passo alle problematiche economiche, fin da principio fondamenta dell'idea europea.

---

[546] Così L. PULITO, op. cit.
[547] Si veda per un'analisi più approfondita A. D'ALOIA, op. cit.
[548] Così A. D'ALAIMO, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in Il Diritto dell'Unione Europea, n. 1/2014.
[549] Ci riferiamo a G. ROSSI, *Nell'Europa degli acronimi affondano i diritti umani*, in Il Sole 24 ore, 13 ottobre 2013.

Non sorprende nemmeno che nell'ultimo periodo alcune decisioni di supreme corti nazionali[550] abbiano rispolverato, con particolare vigore, le teorie sui controlimiti mentre altre abbiano iniziato un percorso alla volta dell'*opting out* come il Regno Unito; forse l'allargamento dell'Unione ha seguito un percorso politico troppo affrettato rispetto a una crescita sociale non ancora ben definita né ben amalgamata. Ma, tutto sommato, perché preoccuparsi? In fondo l'art. 4, par. 2 del TUE recita che "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica, costituzionale"[551]; secondo una parte della dottrina si tratterebbe di una formula ambigua in grado di dimostrare sia la legittimità dei controlimiti che, una forma speciale di quel costituzionalismo europeo di cui tanto abbiamo parlato, un suo modo d'essere.

Su tutte queste riflessioni troneggia la questione democratica: il procedimento legislativo ordinario che, dopo Lisbona, ha assunto le vesti di quella che viene chiamata "codecisione" si trova al centro di un ampio dibattito politico e dottrinale. Si tratta di uno strumento probabilmente troppo "povero" rispetto agli standard di rappresentanza democratica previsti dai singoli Stati membri e che non consente una valida alternativa alle legislazioni nazionali. In più, come nel caso della Decisione-quadro sul MAE, alcuni strumenti normativi sono in grado di incidere pericolosamente sui diritti fondamentali escludendo, *de facto*, l'unico organo realmente rappresentativo ed eletto a suffragio universale dell'Unione: il Parlamento europeo. E allora, se, indubbiamente, tanta strada è stata percorsa dall'idea europea nata nei lontani anni Cinquanta del secolo scorso, tanta altra ne abbiamo davanti: sarebbe bello affacciarsi su un lago di montagna e riuscire a vedere, nel futuro, un'Europa più attenta al suo sostrato sociale, alle tematiche lavorative, alla crescita economica ma anche a quella morale del suo popolo, un popolo, forse, non ancora tale se non da un mero punto di vista formale. Un insieme di popoli, più correttamente, con tradizioni non sempre comuni, che

[550] Ci riferiamo alle decisioni delle corti costituzionali della Polonia e della Repubblica Ceca, rispettivamente del 16 novembre 2011 e del 31 gennaio 2012.
[551] Così, art. 4, par. 2 TUE come modificato dal Trattato di Lisbona del 2007.

nemmeno parla la stessa lingua e che ha bisogno di crescere, uniformarsi pur restando variegato.

PARAGRAFO QUARTO

Aspettative per il futuro

4.1 Rilievi conclusivi sul mutuo riconoscimento nello Spazio di Sicurezza, Libertà e Giustizia

Siamo giunti alla conclusione di questo *excursus* sul mutuo riconoscimento. Siamo partiti definendo le linee essenziali e storiche del mutuo riconoscimento, confrontandolo con l'armonizzazione, all'interno del Mercato unico per poi seguirne da vicino lo sviluppo, la crescita fino ad arrivare alla sua attuazione nell'ambito dello Spazio di Sicurezza, Libertà e Giustizia. Non abbiamo omesso, per completezza espositiva, nemmeno gli elementi più critici e problematici. Da tale "viaggio" emerge, senza ombra di dubbio, che il processo di "europeizzazione" dell'era moderna trova una delle sue più pregiate evoluzioni nella cooperazione giudiziaria[552]. I primi bilanci sono altamente positivi: l'euromandato è considerato, attualmente, il miglior strumento in materia di cooperazione giudiziaria penale in grado, non solo di rafforzare la repressione terroristica, ma anche di contribuire efficacemente al ravvicinamento degli ordinamenti penalistici deli Stati membri. Analogo discorso va fatto per il sistema SIS, strumento dalla portata pratica decisamente incredibile. Esso ha innalzato la sicurezza europea in modo esponenziale, fornendo altresì uno strumento cooperativo importante.

Per uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia più efficace, sarebbe auspicabile, nell'immediato futuro, una realistica e concreta incrementazione delle indagini a carattere transnazionale. Fondamentale sarà il ruolo interpretato da *Eurojust*, cui si è sommariamente accennato, nell'esercizio

[552] Si veda per un approfondimento L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aja,* in *Cass. pen*, 2004, p. 3516.

delle sue funzioni a sostegno della cooperazione giudiziaria e del coordinamento internazionale. Ciò si potrà ottenere soltanto se verranno fortificati gli strumenti di comunicazione tra i governi nazionali e i loro rispettivi rappresentanti sia in *Eurojust* che nelle altre sedi di coordinamento internazionale. Qualche perplessità rimane in relazione ai rapporti tra *Eurojust* e *Europol* che, nonostante un protocollo risalente al 2004, mostrano scarsa propensione alla condivisione di informazioni operative. Dopo incessanti sollecitazioni della Commissione, è stato, da qualche anno, approvato un nuovo accordo pratico finalizzato alla maggiore collaborazione tra i due istituti che incide maggiormente sull'obbligatorietà dello scambio di informazioni. "Più in generale, per le materie del terzo pilastro, si osserva che l'andamento dei negoziati sugli strumenti giuridici dell'Unione europea, appare contrassegnato da un momento di stasi"[553]: la produzione normativa e la creazione di nuovi istituti è sempre più rallentata, soprattutto a causa dei tempi medi dei negoziati che si sono allungati a dismisura. Ciò è dovuto in gran parte alla situazione normativa dell'Unione che, nel settore della giustizia e della cooperazione giudiziaria, ha raggiunto, ormai, gli obiettivi prefissati. Proprio per questo, le esigenze di necessità e urgenza della normazione comunitaria si sono affievolite; a questo vanno aggiunte le innumerevoli difficoltà riscontrate dagli Stati membri in fase di attuazione delle norme europee[554]. Le istituzioni si sono più volte riunite in questi anni ed è stato osservato che sarà necessario affrontare le numerose nuove sfide dell'Unione, perseguendo, però, l'obiettivo di tutelare l'integrità dei propri cittadini con particolare attenzione ai minori e alle classi sociali più disagiate, non solo dal punto di vista della sicurezza ma sarà necessario anche prevedere un innalzamento degli standard garantistici a loro disposizione (diritti processuali compresi).

[553] Interessante l'analisi e gli approfondimenti trattati da APRILE-SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, 2009, IPSOA.
[554] Come nel caso dell'attuazione della normativa sul mandato d'arresto europeo.

Dovrà essere implementata anche la "dimensione esterna" dell'Unione europea, rendendo più efficaci e più fluidi i sistemi repressivi già esistenti. "Viene dunque a profilarsi all'orizzonte un nuovo principio, c.d. principio di convergenza. Esso esprime la diffusa esigenza di migliorare l'azione ed il funzionamento degli organismi e degli strumenti già sul tappeto, colmando altresì le lacune e le differenze, spesso marcate, tra gli indirizzi strategici ed operativi dell'Unione e le singole politiche nazionali, in una prospettiva che riesca a saldare tali aspetti, senza pregiudizio per l'assetto dei rapporti tra Unione e gli Stati membri, chiaramente scolpito dal fondamentale principio di sussidiarietà che ne caratterizza le reciproche relazioni"[555].

4.2 Quale futuro per il diritto penale in Europa?

Come è stato più volte evidenziato dalla dottrina[556], l'unica vera soluzione per migliorare l'attuale sistema penale europeo è quella di ancorarlo a modelli simili, affidabili ed efficaci di repressione ma, soprattutto, conformi ai medesimi obiettivi teleologici che caratterizzano il nostro Continente. Certamente molta strada è stata percorsa, ma tanta altra ne dovremo, indubbiamente, affrontare. Non è più ammissibile l'idea di una dimensione esclusivamente statualistica e nazionalistica del diritto penale sia dal punto di vista delle fonti di produzione che da quello dei sistemi repressivi. Deve sussistere, invece, una pedissequa dicotomia tra la parte "generale" comune a tutti gli Stati e quella speciale specifica, particolare, unica per ognuno di essi a seconda delle proprie esigenze. Tale distinzione dovrà portare all'assottigliamento delle discriminazioni attualmente presenti in caso di lesioni di interessi comunitari o statali. Si dovrà riconfigurare in modo articolato il principio di legalità, plasmandolo sui nuovi orizzonti e sulle

[555] Così APRILE-SPIEZIA, op. cit., p. 260.
[556] Ex multis G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1-5.

nuove necessità *multilevel* del sistema UE. Ma allora "quale certezza e quali garanzie [...] per i cittadini, soprattutto per quelli c.d. deboli, chiusi nella *solitudine del cittadino globale*? E soprattutto che cosa resta del principio di determinatezza, baluardo di tali garanzie?"[557]. Ma soprattutto che ruolo affidare ai giudici nazionali, sempre più schiacciati tra una normativa interna troppo stretta e una comunitaria non ancora abbastanza efficace? Già da oggi si può serenamente affermare che gli interpreti, inevitabilmente, operino continui richiami giurisprudenziali e concettuali a norme di rango extra-nazionale; questo perché l'attuale assetto globalizzato ha messo in forte crisi il concetto di territorialità, non solo come spazio fisico sul quale esercitare le proprie competenze, ma proprio come spazio in sé[558].

È auspicabile il raggiungimento di elevati livelli di comunicazione tra diverse autorità e culture giuridiche al fine di ottenere, finalmente, una adeguata sinergia finalizzata alla ricerca di nuovi strumenti giuridici e di nuove norme in grado di fronteggiare le innumerevoli esigenze del nostro Continente. Come abbiamo potuto notare con la nostra riflessione, tale processo è già iniziato grazie all'introduzione – per esempio – di strumenti pratici come il mandato d'arresto europeo che ha permesso di trasformare le statiche fattispecie criminose in concetti più ampi e maggiormente adattabili agli ordinamenti, a volte estremamente divergenti, dell'Europa unita, focalizzando l'attenzione sulle loro "radici comuni" e sui fini perseguiti piuttosto che sui banali "preziosismi linguistici" dei vari legislatori grazie all'influenza del mutuo riconoscimento. Sembra quindi inesorabilmente iniziato il cammino di "armonizzazione culturale" tra i sistemi penali nazionali e un loro fervido confronto con quelli transnazionali ed extra-europei su temi delicati come la criminalità e il terrorismo multilaterale. Spetterà alla dottrina penalistica il difficile compito di riscrivere quella che è

[557] Per interessanti approfondimenti si rimanda a E. ROSI, *L'elenco dei reati nella decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo: l'Unione europea lancia il cuore oltre l'ostacolo*, in op. cit. (a cura di) ROZO ACUÑA.
[558] Vd. E. ROSI, op. cit.

stata definita la "grammatica penale europea"[559] ovvero "una scala armonica penale europea, ispirata a grandi principi, in grado di indicare degli 'standard internazionali' di incriminazione"[560]. Tale grammatica potrebbe man mano costruire una "sintassi" e, in comune armonia, realizzare fattispecie penali europee addirittura in grado di sostituire definitivamente quelle nazionali, magari con l'ausilio dell'autorità giudiziaria[561] e con la collaborazione di noi tutti, cittadini europei.

---

[559] Cfr. G. ZUCCALÀ, *L'unitario diritto penale europeo come meta del diritto penale comparato?,* in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec*., 2002, p. 603.
[560] Così E. ROSI, op. cit., p. 90.
[561] G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001 in cui si sottolinea l'importanza della funzione giudiziale.