euro 42,00

ISBN 979-12-5976-593-2

GIUSEPPE TESAURO
UN UOMO, UN EUROPEISTA

GIUSEPPE TESAURO

UN UOMO
UN EUROPEISTA

Atti del Convegno in memoria
Napoli, 1-2 luglio 2022

EDITORIALE SCIENTIFICA

GIUSEPPE TESAURO. UN UOMO, UN EUROPEISTA

GIUSEPPE TESAURO

UN UOMO, UN EUROPEISTA

Atti del Convegno in memoria

Napoli, 1-2 luglio 2022

Editoriale Scientifica
Napoli

Comitato promotore

Antonio Tizzano
Patrizia De Pasquale
Fabio Ferraro
Roberto Mastroianni

Comitato di redazione

Andrea Circolo
Benedetta Minucci

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-593-2

PRESENTAZIONE

A circa un anno dalla Sua scomparsa abbiamo voluto organizzare un convegno per onorare la memoria del Prof. Giuseppe Tesauro, e abbiamo deciso di tenerlo a Napoli, dati i Suoi ben noti legami con questa città, eletta a sede dei Suoi studi e della Sua formazione e dove ha svolto la gran parte della propria attività, accademica e non. E quindi le sedi del Convegno sono state, il primo giorno, l'Aula Magna dell'Università Federico II e, il secondo, la Biblioteca di Castel Capuano, sede storica degli uffici giudiziari della Città partenopea.

Il Convegno si è articolato su 5 sessioni, dedicate ciascuna ad una delle multiformi attività dell'Onorato: Giudice costituzionale, Professore, Avvocato generale alla Corte di giustizia, Presidente dell'AGCOM, Avvocato del libero Foro. E in ciascuna di tali sessioni sono stati invitati ad intervenire personalità che hanno con Lui collaborato o sono state testimoni diretti della Sua intensa e proficua attività.

Tutto era stato quindi predisposto per un convegno che ricordasse con affetto, ma in modo rigoroso e scientifico la personalità di Tesauro. Un avvenimento doloroso, tuttavia, si produsse proprio alla vigilia dell'incontro, con la improvvisa scomparsa di Paola, Sua devota e amorevole compagna di tutta una vita, che da Lui era inseparabile e forse proprio per questo non ha retto al dolore. È stata ricordata con grande affetto e partecipazione, ma certo la Sua scomparsa ha fatto calare un velo di tristezza su tutti i partecipanti.

Il Convegno è stato vivace e interessante, ricco di testimonianze sulle varie attività di Tesauro ed abbiamo tutti condiviso l'enorme apprezzamento del Suo contributo nelle diverse funzioni esercitate, ma abbiamo anche appreso molti particolari fino a quel momento sconosciuti di Sue osservazioni o battute su questo o quel caso o episodio, conformemente del resto al Suo carattere all'un tempo serio e scherzoso.

Ma lasciamo al lettore la scoperta di un volume che speriamo vivamente resti a testimonianza di un affetto e di un'ammirazione senza fine per il nostro amato Beppi.

Antonio Tizzano

INDICE

In Memoria: Giuseppe Tesauro XIII
Antonio Tizzano

GIUSEPPE TESAURO:
GIUDICE COSTITUZIONALE, PROFESSORE
E AVVOCATO GENERALE

1° LUGLIO 2022

SALUTI INTRODUTTIVI

Giulio Prosperetti 3

Antonio Tizzano 4

I SESSIONE
GIUDICE COSTITUZIONALE

Un ricordo del profilo caratteriale e scientifico del Maestro gentiluomo 9
Fabio Ferraro

In memoria di Giuseppe Tesauro 15
Luigi Salvato

II sessione
Professore

Ricordo di un giurista europeo 23
Roberto Adam
In ricordo di Beppi Tesauro 31
Sergio M. Carbone

Ricordo del Professore Giuseppe Tesauro, Maestro indimenticabile 37
Patrizia De Pasquale

Tesauro Professore. Un ricordo speciale 43
Bruno Nascimbene

Giuseppe Tesauro Professore. In ricordo del maestro appassionato del processo di integrazione europea a piccoli passi 47
Ornella Porchia

Il mio ricordo 57
Talitha Vassalli di Dachenhausen

Per Beppi Tesauro 61
Ugo Villani

III sessione
Avvocato generale

In Memory 73
Koen Lenaerts

Tesauro Advocate General and Friend: a trailblazer and a man of values 77
José Luís da Cruz Vilaça

Giuseppe Tesauro e la diffusione della conoscenza del diritto dell'Unione europea 83
Roberto Mastroianni

Giuseppe Tesauro e l'integrazione europea come affermazione di una cultura di difesa dei diritti dei singoli 89
Paolo Mengozzi

GIUSEPPE TESAURO: PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E AVVOCATO

2 LUGLIO 2022

Saluti introduttivi

Mario De Dominicis 97

Elisabetta Garzo 99
Raffaele Sabato 101

I sessione
Presidente AGCM

Un'esperienza personale 109
Giuseppe Maria Berruti

Giuseppe Tesauro. Presidente dell'AGCM 113
Roberto Chieppa

Un uomo al servizio delle istituzioni 119
Francesco Sclafani

Giuseppe Tesauro e la sua legacy all'Antitrust 127
Guido Stazi

L'epoca d'oro dell'AGCM sotto la presidenza Tesauro 131
Mario Todino

Il caso *Consorzio industrie fiammiferi* tra prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza 137
Paolo Ziotti

II sessione
Avvocato

Giuseppe Tesauro avvocato 145
Ferruccio Auletta

Ricordo 151
Raffaele De Luca Tamajo

INTERVENTI SCRITTI

Il Professor Tesauro e la sentenza n. 227/2010 della Corte costituzionale 155
Chiara Amalfitano

Simplex Sigillum Thesauri: la semplicità e la chiarezza come cifra stilistica del comunitarista 165
Amedeo Arena

Insieme ad Heidelberg 175
Augusto Barbera

Il rilievo del *contesto* nell'interpretazione di norme nazionali "riprese" dal diritto dell'Unione: spunti ricostruttivi a partire dalle conclusioni sulla causa *Kleinwort Benson* 179
Maria Eugenia Bartoloni

La crisi del primato del diritto dell'Unione ovvero l'integrazione negata: riflessioni sull'Unione europea come comunità di diritto e di valori 189
Maria Caterina Baruffi – Ruggiero Cafari Panico

In ricordo del Professor Giuseppe Tesauro 205
Claudio Biscaretti di Ruffia

Dalle assemblee cittadine ai *panel* della conferenza per il futuro dell'Europa: uno strumento antico per rinnovare la democrazia 209
Susanna Cafaro

Il caso *Randstad* per qualche riflessione sull'attualità del dialogo tra Corti e l'effettività della tutela 221
Valeria Capuano

Il Professor Tesauro e il diritto comunitario come professione e vocazione: un ricordo personale 235
Mario Carta

Il divieto di espulsioni collettive: riflessioni sul rischio di snaturamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle sue frontiere esterne 245
Bernardo Cortese

Ricordo di Tesauro 265
Antonella Damato

Il "senso pratico" della Corte costituzionale spiegato dal Professor Tesauro: la sentenza n. 263/2022 e la sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia europea 267
Luigi Daniele

Ricordo del Professore Giuseppe Tesauro 279
Gaspare Fiengo

Brevi note "scomposte" sulle sovranità degli Stati membri (e dell'Unione europea) in tempi di emergenze e de-globalizzazione 285
Massimo Fragola

Qualche ricordo del Professor Tesauro, tra diritto e non 303
Daniele Gallo

Fra diritto internazionale, diritto internazionale privato e diritto comunitario: un appunto sugli strumenti per il riconoscimento del diritto pubblico straniero 313
Maurizio Maresca

Il Professore Giuseppe Tesauro: Avvocato generale e Giudice costituzionale 327
Gabriella Palmieri Sandulli

In memoria di Giuseppe Tesauro 339
Filippo Patroni Griffi

Momenti di vita (accademica) con il Professore Giuseppe Tesauro 343
Celeste Pesce

Could differentiated integration provide a way forward for the Pact on migration and asylum? 353
Emanuela Pistoia

La definizione in senso stretto delle "situazioni di diritto interno" e la promozione delle libertà di circolazione: il contri-

buto dell'Avvocato generale Tesauro nell'ambito della causa "*Surinder Singh*" 365
Sara Poli

Un ricordo personale del Professor Tesauro 379
Angela Maria Romito

Ricordo del Professor Giuseppe Tesauro 387
Lucia Serena Rossi

Giuseppe Tesauro tra ricordi personali, principali insegnamenti e l'attualità dei "valori del passato" 393
Cristina Schepisi

Moneta unica, diritto dell'Unione europea e restrizioni all'utilizzo del contante 401
Lorenzo Schiano di Pepe

Il contributo di Giuseppe Tesauro nella Corte costituzionale 415
Gaetano Silvestri

L'esecuzione in Italia dei regolamenti dell'Unione 423
Fabio Spitaleri

L'Unione europea tra pace e guerra 439
Michele Vellano

Dal Canale di Beagle al mare Baltico passando per isole tropicali: qualche ricordo delle mie discussioni con Giuseppe Tesauro 455
Jacques Ziller

IN MEMORIA: GIUSEPPE TESAURO

Antonio Tizzano[*]

Com'è difficile e doloroso scrivere il ricordo di un caro Amico, più ancora un fratello, una persona cara con cui si è vissuta una intera vita in comune, si sono condivise esperienze, battaglie, delusioni e successi, senza mai una divergenza, una divisione, un'incrinatura, un'ombra, come due tronchi di un unico albero, lasciati crescere separatamente, ma uniti dalle comuni radici.

E queste comuni radici sono state, oltre gli accidenti della vita (siamo entrambi nati a Napoli e lì abbiamo vissuto gli anni della formazione) e un seguirsi l'un l'altro in molti riconoscimenti e incarichi, soprattutto il nostro Maestro, Rolando Quadri, dal quale entrambi abbiamo appreso a muovere i primi passi nella vita accademica e a inoltrarci nello studio del diritto internazionale, poi del diritto "comunitario", un Maestro straordinario che, per la forza e la profondità del Suo pensiero, per il fascino della Sua personalità, per la genialità delle Sue intuizioni, ha esercitato un'influenza così decisiva da condizionare il nostro modo di essere e di pensare, anche dopo la Sua scomparsa e ancora nella nostra età matura.

In questo ricordo di Tesauro, quindi, non posso non rivolgere anzitutto un grato e commosso pensiero a Rolando Quadri, cioè a Colui da cui tutto è nato e che ci ha profondamente plasmati, sapendo per certo che questo sarebbe stato anche il desiderio del mio carissimo Amico.

* * *

Tesauro nasce a Napoli il 15 novembre 1942 da una importante famiglia di accademici e politici; nel 1964 si laurea in Giurisprudenza all'Università di Napoli discutendo una tesi in diritto internazionale con Rolando Quadri; diventa assistente ordinario di Diritto internazionale nel 1965; studia presso il Max Planck Institut di Heidelberg; pren-

[*] Professore emerito di Diritto dell'Unione europea, Università "La Sapienza" di Roma; già vicepresidente della Corte di giustizia.

de la libera docenza nella stessa materia nel 1969 e diventa professore ordinario nel 1972.

In quegli anni Egli insegna prima nell'Università di Catania, poi in quella di Messina e Catanzaro (quando questa era inizialmente legata all'ateneo messinese). Nel 1975 viene chiamato a Napoli sulla cattedra di Diritto internazionale della Facoltà di Scienze Politiche della Università Federico II; ma nel 1982 si trasferisce a Roma presso la Facoltà di Economia e Commercio dell'Università "La Sapienza", dove diviene anche Direttore della Scuola di specializzazione in Diritto delle Comunità europee e Direttore dell'Istituto di Diritto internazionale, per poi ritornare nel 1994, ma questa volta definitivamente, a Napoli presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II.

Nel frattempo, a metà degli anni '80, Tesauro si fa le ossa anche come Avvocato, nell'allora prestigioso Studio Carnelutti, nel quale ha modo di esprimere, accanto alla sua preparazione di studioso, quelle doti di fiuto giuridico, di concretezza e di buon senso, che completano e qualificano la formazione di un ottimo professionista.

Questa attività viene interrotta nel 1988 dalla nomina, in qualità di Avvocato generale, alla Corte di Giustizia (allora) delle Comunità europee, carica nella quale resterà fino al 1998, quando viene nominato alla Presidenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Nel 2005 il Presidente Ciampi lo nomina giudice della Corte costituzionale, in questo dando ideale soddisfazione a Suo padre, il Senatore Alfonso Tesauro, che della legge sul funzionamento della Corte era stato relatore nel 1953. Verso la fine del suo mandato (2014) assumerà anche la presidenza di quella Istituzione.

La fine del mandato alla Corte costituzionale non segna però anche la fine dell'impegno scientifico e professionale di Tesauro, il quale resta ancora sulla scena con attività e riconoscimenti di grande rilievo. Per non menzionarne che alcuni, Egli è stato: membro del Consiglio del Contenzioso Diplomatico del Ministero degli Affari Esteri; dottore *honoris causa* in giurisprudenza dell'Università Paris II Panthéon-Assas nel 2004; Cavaliere di Gran Croce; membro del Consiglio di indirizzo della Fondazione del prestigioso Teatro San Carlo; Presidente della Banca Carige; e così via, con partecipazione al comitato scientifico e/o redazionale di varie riviste italiane (tra cui quella che ospita questo ricordo) e straniere, a convegni, colloqui, ricerche, giornate di studio, ecc.

In questa ricostruzione non può mancare la menzione della Presidenza dell'Associazione italiana di studiosi del diritto dell'Unione eu-

ropea (AISDUE), che Egli fondò e diresse, con equilibrio ed efficacia, fino ai primi mesi di quest'anno, quando fu costretto, a causa delle Sue condizioni di salute, a lasciarla, restandone tuttavia, per decisione unanime dell'Assemblea dell'Associazione, Presidente emerito. Per un periodo purtroppo molto breve, Egli ci ha portato verso il mare aperto dell'autonoma navigazione, senza mai farci mancare il Suo saggio consiglio e la Sua esperta conduzione, ed ha fatto crescere su solide basi e con incoraggianti prospettive una creatura che a Lui oggi si vuole estremamente grata.

* * *

Nei lunghi anni nei quali si è sviluppata questa brillante carriera Tesauro ha scritto di molti temi, soprattutto ovviamente di Diritto dell'Unione europea (DUE), disciplina alla quale ha consacrato il Suo impegno scientifico, ma anche la Sua passione civile, essendosi impegnato per tutta la vita a sostenere il progetto d'integrazione europea e a difenderlo dalle critiche argomentate, ma anche dagli attacchi pretestuosi o comunque dai tentativi di svalutarne la portata storica e ideale.

Se, data la giovane età, non può essere annoverato tra i primi padri fondatori della materia in Italia (i Suoi scritti giovanili sono infatti dedicati al diritto internazionale: *Il finanziamento delle organizzazioni internazionali*, 1969; *L'inquinamento marino nel diritto internazionale,* 1972; *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, 1976), Egli tuttavia ha contribuito in modo decisivo allo sviluppo dei relativi studi, oltre che con l'azione concreta svolta nelle numerose cariche ricoperte, soprattutto con gli scritti di varia natura e portata dedicati al DUE, incluso l'importante "Manuale" che ha coronato la sua carriera di studioso ed operatore di quel diritto.

Dei risultati di questa varia e molteplice attività non posso dar conto compiutamente in questa sede. Mi limiterò a qualche breve ma significativo richiamo, e comincerò proprio col ricordare i principali interventi di Tesauro in qualità di Avvocato generale per segnalare il contributo che Egli ha dato allo sviluppo della giurisprudenza della Corte, al quale teneva più di ogni altra cosa. In effetti, l'esperienza lussemburghese sarà da Lui sempre ricordata con un pizzico di nostalgia, perché essa Gli aveva permesso "di godere della ricchezza di questa Corte, che è il confronto quotidiano tra culture giuridiche diverse. E, pur nella diversità, così vicine, accumunate dallo stesso obiettivo di ritrovarsi su un risultato comune". Come Avvocato generale, poi, essa gli aveva dato la

possibilità di esprimersi in modo indipendente, assumendo "la responsabilità piena ed intera della propria posizione, che espone alla valutazione non solo dei giudici ma dell'intera comunità giuridica", e ciò con la "fierezza" di essere Membro dell'"istituzione che fa vivere le norme, anima quel documento cartaceo che è il Trattato, ne asseconda le ampie possibilità, cogliendo l'occasione di un'applicazione al singolo caso concreto" (*Riflessioni sull'esperienza di un avvocato generale presso la Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 1998, p. 1 ss.).

Mi limiterò a citare alcuni casi che rivelano in concreto il vero significato di quelle parole. E comincio con il caso *Factortame e a.* (causa C-213/89), forse (almeno per Lui) il più importante tra tutti. In questa vicenda era stato richiesto alla Corte in via pregiudiziale di pronunciarsi sulla compatibilità di una legge britannica con il diritto dell'Unione, ma prima ancora era stata sottoposta dallo stesso giudice nazionale (nella specie, la Camera dei Lords) un'altra questione, pregiudiziale rispetto a quella principale: e cioè se, nella pendenza del giudizio, il giudice nazionale potesse sospendere in via provvisoria l'applicazione della legge controversa, malgrado che nella specie un simile potere non solo non fosse conferito dall'ordinamento nazionale, ma fosse da esso addirittura escluso. Nelle Sue conclusioni, dopo aver evocato i principi del primato del diritto comunitario e dell'autonomia processuale degli Stati membri, Tesauro conclude che "il giudice nazionale deve poter apprestare la tutela cautelare, ricorrendone i presupposti, ai diritti vantati dal singolo in base a norme comunitarie provviste di efficacia diretta, nelle more dell'esito definitivo del giudizio, ivi compreso quello pregiudiziale dinanzi alla Corte", e chiede alla stessa Corte "di ancorare espressamente tale potere-dovere del giudice nazionale all'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva che s'impone relativamente alle norme comunitarie non meno che alle norme nazionali". Su questa base, quindi, la Corte, sancendo in modo inequivoco e compiuto la possibilità di quella tutela, dichiarò che la "piena efficacia del diritto comunitario sarebbe […] ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario", col risultato che, in una situazione del genere, "il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori" (sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*).

Dopo aver ottenuto questo importante risultato, l'Avvocato generale Tesauro si confronta, nelle cause riunite *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame II* (cause riunite C-46/93 e C-48/93), con il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato. Le due cause fanno seguito alla importante sentenza *Francovich*, nella quale la Corte aveva sancito, suscitando molto clamore, il principio della responsabilità del legislatore, sconosciuto a vari ordinamenti nazionali, in riferimento alla mancata attuazione di una direttiva priva di effetti diretti. E per quelle che invece producevano effetti diretti? Parve a molti che anche in tal caso il principio restasse uguale, cioè che vi fosse anche qui responsabilità del legislatore. Ma il risultato non era così scontato, o per lo meno non lo fu fino a quando non ricevette l'autorevole avallo delle conclusioni dell'Avvocato generale, che nelle conclusioni nelle due citate sentenze inquadrano sia gli elementi costituivi della responsabilità, sia le condizioni del diritto al risarcimento. Per il primo aspetto, per l'appunto, Tesauro considera che la responsabilità e il conseguente obbligo risarcitorio devono sorgere anche quando la norma è provvista di effetti diretti. E quanto alla responsabilità extracontrattuale della Comunità, che Egli considera giustamente sottoposta a condizioni eccessivamente restrittive, sollecita la Corte a rivedere le condizioni e ad armonizzare i presupposti della responsabilità degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie rispetto a fattispecie equivalenti (sentenza del 5 marzo 1996).

Ma non meno rilevanti sono le molte conclusioni presentate da Tesauro sui temi del diritto materiale dell'Unione europea, tra le quali meritano di essere ricordate quelle in cui Egli prospetta l'estensione della giurisprudenza sulle misure restrittive della libera circolazione delle merci alla libera circolazione dei servizi (sentenza del 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Gouda*); o quelle sui servizi di interesse economico generale che, con conclusioni che hanno segnato un passaggio significativo della giurisprudenza della Corte sull'art. 90 TCE, Tesauro ritiene che debbano essere sottratti alla logica di profitto delle imprese private e finalizzati piuttosto a criteri di protezione del consumatore (sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*); o alle conclusioni nel caso *Micheletti* (sentenza del 7 luglio 1992, causa C-369/90), che porranno le basi della giurisprudenza con cui la Corte delimiterà l'esercizio della competenza degli Stati membri rispetto all'attribuzione della cittadinanza nazionale; o alle conclusioni nel caso *Kalanke* (sentenza del 17 ottobre 1995, causa C-450/93), nelle quali, con riguardo all'attuazione del principio d'uguaglianza e del divieto di discrimina-

zioni, Tesauro si pronuncia contro le quote a favore delle donne ai fini delle assunzioni e delle promozioni, ritenendo che il principio di non discriminazione in base al sesso "consenta unicamente quelle deviazioni che, in quanto tese al raggiungimento di una uguaglianza sostanziale, siano giustificate dallo scopo di assicurare un'effettiva parità tra persone"; o, ancora, alle conclusioni in una causa relativa a un caso di licenziamento di un transessuale in ragione del sesso (sentenza del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S.*), nelle quali Egli afferma che "allorché il trattamento sfavorevole destinato al transessuale è connesso al (o, meglio, è determinato dal) mutamento di sesso, si è in presenza di una discriminazione in ragione del sesso o, se si preferisce, fondata sul sesso", sicché il principio di uguaglianza esige in simili casi di considerare che si è in presenza di una discriminazione vietata.

* * *

Lasciate le brume del Lussemburgo, Tesauro si impegna, con eguale determinazione, a Roma, dove svolge un ruolo importante come Presidente dell'Antitrust, in un momento difficile per questa Istituzione, viste le trasformazioni in atto nel sistema economico italiano ed europeo (specie con l'instaurazione dell'unione economica e monetaria). Egli si prodigherà per tutto il Suo mandato soprattutto nel tentativo di dare all'Autorità da Lui presieduta un ruolo centrale nella tutela e nella promozione della concorrenza, adottando importanti (anche se talvolta controverse) decisioni che non solo si preoccupano del corretto gioco del mercato ma anche della tutela delle libertà dei cittadini e della tutela dei consumatori.

Ma l'attività che Egli privilegiò in questa seconda fase della Sua vita fu soprattutto quella di Giudice e, poi, sia pur per pochi mesi, di Presidente della Corte costituzionale. Qui, oltre a concorrere alla formazione di molte sentenze, Egli redasse, sotto la propria responsabilità, un numero elevatissimo tra sentenze e ordinanze (più di duecento casi, tra ricorsi in via principale e giudizi incidentali), affrontando spesso questioni destinate a incidere non solo sul Suo campo di specifico interesse (i rapporti tra l'ordinamento nazionale e il diritto internazionale o dell'Unione europea), ma anche su temi di carattere più generale o comunque diversi.

Mi limito a ricordare, tra le tantissime, la sentenza n. 349 del 2007 con la quale, insieme con la sentenza "gemella" n. 348 dello stesso anno, la Consulta chiarì che la funzione del nuovo art. 117, primo com-

ma, Cost. è di colmare una lacuna nel quadro dei principi costituzionali che garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali dello Stato. L'art. 117, primo comma, opera infatti un rinvio mobile alla norma convenzionale rilevante, comunemente qualificata come "norma interposta", e questa è a sua volta soggetta ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione, con la conseguenza che il sindacato sull'antinomia tra norma convenzionale e norma di legge si traduce in una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., e non in un sindacato diffuso da parte dei giudici comuni.

Importante è poi anche l'analisi della diversa natura della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) in rapporto al diritto dell'Unione europea (DUE) ("una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta") e del rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri ("un rapporto, variamente, ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale"), analisi dalla quale si deduce che il parametro dell'art. 11 Cost. (ma anche dell'art. 10 Cost.) è inconferente rispetto alla CEDU e che "la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU (non può) trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune". La CEDU si configura come una struttura molto peculiare, distinta e diversa dall'Unione europea e dagli ordinamenti nazionali, con una propria Corte che ne garantisce l'interpretazione centralizzata e uniforme, e quindi deve essere presa in considerazione "così come interpretata dal 'suo' giudice", senza dimenticare comunque che la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, pur avendo in definitiva ruoli diversi, sono tese "al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo".

Quanto al tema dei rapporti tra l'ordinamento dell'UE e quello nazionale, viene in rilievo la sentenza n. 227 del 2010, nella quale è ripercorsa tutta la giurisprudenza costituzionale sull'art. 11 Cost., che costituisce il fondamento della partecipazione dell'Italia all'Unione. È vero che successivamente è intervenuto l'art. 117, primo comma, Cost., che ha espressamente confermato l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ma il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è "solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora 'sicuro fondamento' nell'art.

11 Cost.". Anche dopo la riforma costituzionale, dunque, restano immutati, "oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici". La garanzia dell'art. 11 Cost. conferma anche che, "diversamente dalle norme internazionali convenzionali, l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona".

Infine, va ricordata – fuori dell'ambito delle Sue competenze principali – la sentenza n. 238 del 2014, riguardante la questione dei crimini di guerra commessi *iure imperii* dal Terzo Reich e della giurisdizione nelle azioni risarcitorie per i danni conseguentemente subiti dai privati. Sul punto, a fronte di una pronuncia della Corte internazionale di Giustizia nella sentenza *Germania c. Italia* del 3 febbraio 2012 che aveva riconosciuto l'immunità dalla giurisdizione di quello Stato, la Corte costituzionale ha deciso in senso diverso, con una pronuncia del tutto inattesa, ma certamente importante. Per la prima volta, infatti, essa ha azionato il c.d. meccanismo dei controlimiti, impedendo il funzionamento del rinvio, operato dall'art. 10 Cost., alla norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri. Secondo la Corte, il fatto che, in virtù di tale norma, le vittime di quei crimini non possano vantare alcuna tutela giurisdizionale contro le conseguenze di quei crimini "rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità". In questo modo, e pur provocando un largo dibattito e perfino aspre critiche, la sentenza ha prodotto conseguenze importanti sulla configurazione del ruolo della Corte quale custode dei principi fondamentali della Costituzione, ma anche sui limiti della discrezionalità di Governo e Parlamento nel campo delle relazioni internazionali.

In definitiva, nei Suoi nove anni di mandato Tesauro ha dato un contributo notevole anche alla Corte costituzionale. La sua mancata sostituzione con un esperto di Diritto dell'Unione europea ha prodotto conseguenze anche sulla giurisprudenza di quella Corte, testimoniate dalle incertezze che segnano alcune sentenze successive, nelle quali

sono apparse deviazioni rispetto alla linea scelta a partire dalla sentenza *Granital*, e alle quali Egli non ha mancato di reagire con la consueta discrezione, ma anche con decisione: dalla nota vicenda Taricco all'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269 del 2017, fino alla dura critica alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Weiss* sul PSPP ("La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco", scritto insieme a P. De Pasquale, in *Osservatorio europeo DUE*, 2020) nel quale esponeva con fermezza e franchezza le proprie critiche alle Corti supreme che partono in guerra contro il primato del diritto dell'UE.

Forse si continua a credere che basta occuparsi di qualche questione di diritto dell'UE per essere "specialisti" della materia. Ma in realtà non tutti i cultori di diritto dell'UE sono fungibili. Da questo punto di vista Tesauro fu molto severo con i "tanti cultori, non specialisti, da augenblick", di quel diritto, i quali, ignorando "del tutto la consistente riflessione e i contributi offerti dalla giurisprudenza del giudice comunitario e dagli specialisti già nel primo quarantennio della Comunità", si mettono per l'appunto a studiare questo o quell'aspetto della materia senza aver assorbito, con i necessari e approfonditi studi, il senso e la portata della stessa e l'insieme dei profili istituzionali e del diritto materiale (*Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista di Pedrini al prof. Giuseppe Tesauro*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, intervista peraltro rilasciata a Napoli il 20 giugno 2021, cioè una quindicina di giorni prima della Sua scomparsa).

* * *

Fin qui ho descritto, in modo necessariamente sommario, l'intensa attività accademica e professionale di Tesauro, così come hanno fatto quasi tutti gli studiosi che, con affetto e simpatia, hanno voluto ricordare la Sua opera. Vi sono però altri aspetti della Sua personalità che pure sono stati messi in rilievo da più parti, ma sui quali, a mio modo di vedere, non si insisterà mai abbastanza.

Quando, un paio d'anni dopo la Sua partenza, arrivai a Lussemburgo, anch'io come Avvocato generale, sentii subito di avere una pesante eredità, e cioè riuscire a mantenere lo stile cordiale, simpatico e anche apparentemente spensierato di un autentico napoletano, che però svolgeva il proprio lavoro – per continuare con questi confronti un po' stereotipati – come un "nordico", cioè con estrema puntualità e rigore, con conclusioni approfondite e sorrette da un serio e solido apparato

argomentativo, sia pur sempre con quella chiarezza di idee e con quella semplicità dello stile che lo contraddistingueva. A Lussemburgo c'era rimasto un po' meno di due mandati, 10 anni circa, ma aveva marcato questo periodo con una presenza leggera e gioviale, ma con uno stile ed un lavoro molto rigoroso, che avevano lasciato un segno tra tutte le componenti di quel mondo così internazionale nella sua proiezione esterna, eppure così limitato e ristretto nel suo cerchio interno.

Questo stesso atteggiamento Egli ha tenuto in tutte le altre tappe del Suo magnifico *cursus honorum*, attraversato sempre con un pizzico di ironia e soprattutto di autoironia, anche di fronte ai massimi riconoscimenti. Con Lui però non ci si doveva far trarre in inganno dalle apparenze. Dietro quell'aria gioviale e a volte scanzonata, dietro le battute scherzose e l'abituale disincanto, c'era uno studioso di qualità, una personalità complessa, un carattere volitivo, una naturale autorevolezza e in definitiva un forte carisma, che solo chi Lo aveva a lungo frequentato e conosciuto bene poteva scorgere.

Ma soprattutto era un Uomo sincero e leale, un Uomo affettuoso e generoso, sempre pronto a prodigarsi per gli altri, un Uomo vero, di carattere. Il 6 luglio del 2021 il destino ce Lo ha sottratto in modo inatteso e repentino, lasciando in tutti noi un grande dolore e un incolmabile vuoto.

Addio carissimo Amico, nostro amato e adorabile Beppi.

GIUSEPPE TESAURO:
GIUDICE COSTITUZIONALE, PROFESSORE
E AVVOCATO GENERALE

1° LUGLIO 2022

SALUTI INTRODUTTIVI

Ringrazio dell'invito a questo Convegno in ricordo di Giuseppe Tesauro e porto il saluto della Corte costituzionale.

Il Prof. Tesauro va ricordato come uno dei più eminenti studiosi italiani di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, oltre che come Giudice e Presidente emerito della Corte costituzionale.

Si deve a lui se oggi percepiamo il Diritto dell'Unione europea come parte integrante del nostro ordinamento.

Le sentenze redatte dal Presidente Tesauro hanno spaziato nei più delicati settori del nostro ordinamento giuridico.

È a lui che si deve la precisazione dell'espressione "tutela della concorrenza" come riservata alla competenza esclusiva dello Stato; è sempre alle sue sentenze che si deve l'estensione dell'ambito dei diritti fondamentali; si è occupato inoltre delle questioni relative ai diritti politici dei cittadini e alle modalità di elezione del Parlamento e soprattutto dei rapporti tra le fonti normative interne e quelle esterne sia internazionali che comunitarie.

Ho conosciuto Giuseppe Tesauro dopo la mia elezione alla Corte e ci siamo incontrati non solo in Convegni ma anche in occasioni conviviali. Posso dire che tra noi era nata un'amicizia e un rapporto di reciproca stima.

Non aggiungo altro giacché saranno i suoi allievi a ricordare la sua opera scientifica e i tratti umani della sua personalità.

Giulio Prosperetti

Giudice della Corte costituzionale

Buongiorno a tutti.

Siamo oggi riuniti per commemorare in modo disteso e compiuto il nostro Amico Giuseppe Tesauro, in presenza di tanti autorevoli rappresentanti delle Istituzioni che Egli ha servito e che ringrazio per l'adesione, oltre che dei moltissimi Amici che ha coltivato nella Sua vita.

Prima ancora, tuttavia, permettetemi di dire che non abbiamo superato lo choc che ci ha causato la tristissima notizia della improvvisa scomparsa della cara Paola, Sua devota e amorevole compagna di tutta una vita, che non ha retto a lungo il dolore di non avere più vicino a sé il Suo amato Beppi, con il quale aveva vissuto gioie e dolori e dal quale era inseparabile.

Proviamo una grande tristezza a ricordare il nostro Amico sapendo che Colei che si apprestava a vivere questo omaggio tanto atteso, non potrà esserci.

Chiedo quindi a tutti voi di osservare un minuto di silenzio in omaggio alla Sua memoria.

* * *

Ho detto che intendiamo ricordare Giuseppe Tesauro in modo disteso e compiuto, perché in effetti Egli ha già avuto molte commemorazioni scritte: da amici, colleghi, studiosi. Ma tutte scritte o pronunciate sotto l'incalzare dell'emozione e soprattutto della commozione per la Sua improvvisa scomparsa.

Oggi noi vogliamo onorare a tutto campo e con maggiore profondità l'incredibile multiforme vita di Giuseppe Tesauro in tutte le sue espressioni, con animo pur sempre dolente, ma più distaccato, avendo superato lo choc della Sua inattesa dipartita.

Abbiamo quindi diviso, nella misura in cui era possibile, il percorso della Sua ricchissima carriera in funzione del tipo di attività da Lui svolta, un'attività tradottasi sempre ai massimi livelli in tutte le funzioni che Egli ha esercitato: professore; avvocato del libero Foro; Avvocato generale alla Corte di Giustizia delle Comunità europee; Presidente dell'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato, Giudice e Presidente della Corte costituzionale italiana.

E questo per limitarci alle attività di maggiore rilievo, perché tante altre ancora se ne potrebbero aggiungere: membro del Consiglio del Contenzioso Diplomatico del Ministero degli Affari Esteri; dottore *honoris causa* in giurisprudenza dell'Università Paris II Panthéon-Assas; Cavaliere di Gran Croce; membro del Consiglio di indirizzo della

Fondazione del prestigioso Teatro San Carlo di Napoli; Presidente della Banca Carige; autore di un numero infinito di scritti, e via via, con la partecipazione al comitato scientifico e/o redazionale di varie riviste italiane e straniere, a convegni, colloqui, ricerche, giornate di studio, ecc.

Per concludere infine con la Presidenza dell'Associazione italiana di studiosi del diritto dell'Unione europea (AISDUE), che Egli fondò e diresse, con equilibrio ed efficacia, fino ai primi mesi dell'anno scorso, quando fu costretto, a causa delle Sue condizioni di salute, a lasciarla, restandone tuttavia, per decisione unanime dell'Assemblea dell'Associazione, Presidente emerito.

* * *

Basterebbe solo elencare queste funzioni per capire quanto ampia, multiforme, importante e sempre elevata sia stata l'attività di Tesauro.

Tutto questo emergerà dai ricordi che ascolteremo in questi due giorni di convegno dalla voce di testimoni diretti di ciascuna di tali funzioni.

Vi sono però altri aspetti della Sua personalità che pure sono stati messi in rilievo da più parti, ma sui quali, a mio modo di vedere, non si insisterà mai abbastanza. Sono gli aspetti più personali, meno ufficiali, del Suo carattere e della Sua persona.

Quando, un paio d'anni dopo la Sua partenza, arrivai a Lussemburgo, anch'io come Avvocato generale, sentii subito di avere una pesante eredità, e cioè riuscire a mantenere lo stile cordiale, simpatico e anche apparentemente spensierato di un autentico napoletano, che però svolgeva il proprio lavoro – per continuare con questi confronti un po' stereotipati – come un "nordico", cioè con estrema puntualità e rigore, con conclusioni approfondite e sorrette da un serio e solido apparato argomentativo, sia pur sempre con quella chiarezza di idee e con quella semplicità dello stile che lo contraddistingueva.

A Lussemburgo c'era rimasto un po' meno di due mandati, 10 anni circa, e tuttavia aveva marcato questo periodo con una presenza leggera e gioviale, ma con uno stile ed un lavoro molto rigoroso, che avevano lasciato un segno tra tutte le componenti di quel mondo così internazionale nella sua proiezione esterna, eppure così limitato e ristretto nel suo cerchio interno.

* * *

Questo stesso atteggiamento Egli ha tenuto in tutte le altre tappe del Suo magnifico *cursus honorum*, attraversato sempre con un pizzico di ironia e soprattutto di autoironia, anche di fronte ai massimi riconoscimenti.

Con Lui però non ci si doveva far trarre in inganno dalle apparenze. Dietro quell'aria gioviale e a volte scanzonata, dietro le battute scherzose e l'abituale disincanto, c'era uno studioso di qualità, una personalità complessa, un carattere volitivo, una naturale autorevolezza e in definitiva un forte carisma, che solo chi Lo aveva a lungo frequentato e conosciuto bene poteva scorgere.

Ma soprattutto era un Uomo sincero e leale, un Uomo affettuoso e generoso, sempre pronto a prodigarsi per gli altri, un Uomo vero, di carattere. Un Uomo che rimpiangiamo con grande dolore e infinita tristezza, specie – se permettete – da parte di chi ha vissuto con lui, fianco a fianco, quasi tutte le esperienze di cui ho dato sommario conto.

* * *

Diamo ora inizio ai nostri lavori con l'Introduzione del Prof. Fabio Ferraro, dell'Università di Napoli, molto legato al Prof. Tesauro da rapporti universitari e personali.

Antonio Tizzano

I SESSIONE

GIUDICE COSTITUZIONALE

UN RICORDO DEL PROFILO CARATTERIALE E SCIENTIFICO DEL MAESTRO GENTILUOMO

Fabio Ferraro[*]

1. In questo breve e sentito ricordo del Professore Tesauro intendo partire dal suo lato umano e caratteriale, che colpiva dal primo impatto con l'Illustre Maestro e rimaneva impresso in tutte le persone che incontrava.

Il Professore ha sempre avuto un atteggiamento di semplicità e di grande attenzione verso gli altri, in tutte le sue esperienze universitarie e professionali (Avvocato generale, Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Giudice e Presidente della Corte costituzionale), e ha lasciato un segno indelebile, abbattendo le barriere e favorendo un dialogo proficuo con tutti, senza differenze di qualifiche. Il Prof. Tesauro ha avuto la capacità di non fare mai pesare la sua statura e di condividere con gli altri il suo sapere, nonostante i suoi tanti impegni. Ho avuto il privilegio di trascorrere tanti pomeriggi nel suo appartamento in Via Aniello Falcone, ricordando, in particolare, che i nostri incontri dovevano inizialmente durare un'oretta, ma poi finivano sempre la sera, in quanto il Professore amava raccontare aneddoti, discutere e confrontarsi.

Questo lato caratteriale del Prof. Tesauro ha avuto modo di esprimersi pienamente nella sua continua partecipazione ai convegni: quasi tutte le Università italiane hanno avuto il piacere di ospitarlo e di apprezzare la sua giovialità e umanità. Passava da convegni importanti, in Italia e all'estero, a convegni minori e di scarsa rilevanza, mantenendo costante il suo impegno ed entusiasmo, anche durante la pandemia da Covid-19. Mi preme, al riguardo, soprattutto ricordare che era in grado di stabilire un legame unico ed empatico con gli studenti, che lo adoravano e lo ascoltavano sempre con grande attenzione e interesse, avendo Egli la capacità di affrontare con semplicità problemi complessi. Il lessico era importante per farsi comprendere e ascoltare da tutti, utilizzava espressioni in napoletano e giocava con le parole; così, ad esempio, le norme incomprensibili o ambigue venivano definite come norme di "chiara oscurità", le norme non dotate di autonoma efficacia

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

venivano qualificate come "stampelle" di un armadio, o, ancora, per spiegare il concetto di servizio universale, faceva riferimento all'esigenza di fare arrivare la posta ordinaria anche al pastorello di montagna e al guardiano del faro. Tante volte è stato chiamato a tenere una lezione introduttiva per l'inaugurazione dell'anno accademico di diverse Università nonché a promuovere Corsi di perfezionamento e Master, anche perché era in grado di fare aumentare in senso esponenziale il numero delle iscrizioni. Mi è altresì capitato, soprattutto negli ultimi tempi, di trovarlo inaspettatamente in seduta di laurea per assistere, con l'entusiasmo di sempre, alla discussione di studenti che aveva conosciuto soltanto da poco tempo.

2. Questa sua semplicità e disponibilità nei confronti di tutti non deve però trarre in inganno sul suo rigore scientifico e sulla profondità del suo pensiero. Fedele al suo maestro, il Prof. Rolando Quadri, alla scuola napoletana che era orgoglioso di rappresentare e ai suoi amici (in particolare, i Professori Tizzano, Sico e Caruso), ha saputo coniugare una notevole cultura giuridica con una straordinaria vivacità intellettuale.

Egli ha introdotto degli elementi di cambiamento e di innovazione dovunque è andato, grazie anche alle sue geniali intuizioni, e ha portato avanti con fermezza e convinzione le sue idee, pur rispettando sempre quelle degli altri. È stato un grande innovatore, un Professore sicuramente illuminato e lungimirante, che ha dato lustro alla città di Napoli e, più in generale, al nostro Paese.

Ciò si è realizzato anche nella sua esperienza alla Corte costituzionale, dal 2005 al 2014, dove ha ricoperto anche la carica di Presidente. In particolare, tutte le sentenze costituzionali di cui è stato relatore, sono talmente analitiche e ben argomentate che sembrano dei veri e propri saggi. Il suo contributo è stato fondamentale e le questioni trattate hanno riguardato ambiti alquanto eterogenei. Ha sempre lasciato la sua impronta e ciò si riscontra in modo più evidente sulle tematiche del diritto dell'Unione, in quanto la sua presenza alla Corte costituzionale ha indubbiamente dato una particolare attenzione a queste tematiche. Il filo conduttore di tutta la sua attività è rappresentato dalla sua passione per il diritto comunitario, come lui amava chiamarlo anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e la sua vocazione europeista. La sua convinzione sulla centralità del processo di integrazione europea, che ha come obiettivo fondamentale la pace, non è mai venuta meno nei momenti di crisi e negli anni più oscuri dell'Unione europea, neppure

dopo la *Brexit*. Basti pensare, ad esempio, che il Professore prese fin da subito posizione in merito al recesso del Regno Unito dall'Unione europea, affermando che il processo di integrazione europea sarebbe comunque andato avanti.

Queste sue convinzioni e conoscenze sul diritto dell'Unione gli hanno consentito di svolgere un ruolo centrale all'interno della Corte costituzionale per favorire il "dialogo diretto e non più a distanza con la Corte di giustizia, a mezzo del rinvio pregiudiziale, dialogo che non può non giovare, specie in materia di tutela dei diritti fondamentali". Il Professore riteneva impensabile che non vi fosse un dialogo costruttivo tra le due Corti, soprattutto a seguito dello spostamento del baricentro del sistema comunitario nel suo insieme sulla circolazione delle persone, con la conseguente esigenza di tutelare i loro diritti (fondamentali o non), considerato che queste materie hanno rilevanza costituzionale.

3. Mi sia consentito poi riportare due ricordi personali legati alla sua esperienza di giudice della Corte costituzionale, di cui sono stato modesto testimone e che hanno rilevanza nel qualificare la personalità dell'Illustre Maestro.

Il primo è quando il Prof. Tesauro mi invitò con il Prof. Nascimbene presso la sede della Corte costituzionale e poi a pranzo. In quel periodo il Prof. Nascimbene era convinto che il Prof. Tesauro fosse in grado di fornire un contributo determinante per la nascita di un settore scientifico autonomo. Peraltro, tale autonomia è stata riconosciuta, sia nelle relazioni esterne che nei rapporti interni tra l'Unione e gli Stati membri, dalla Corte di giustizia la cui giurisprudenza era conosciuta dal Prof. Tesauro come pochi in Europa.

Ebbene, in quell'incontro il Prof. Tesauro ci manifestò il suo ottimismo e ci spiegò che avrebbe avuto a breve un incontro presso il MIUR al fine di spiegare le valide ragioni per la costituzione di un settore scientifico disciplinare di diritto dell'Unione. Questa "battaglia", è importante ricordarlo, si è poi rilevata vincente e anche fondamentale per dare il giusto spazio ad una materia fondamentale e in continua evoluzione. Il Prof. Nascimbene aveva ragione in merito alla capacità del Prof. Tesauro di imprimere questa svolta. È importante la memoria storica, per i più e meno giovani, ricordando che il Prof. Tesauro è stato uno dei padri fondatori del nostro settore e il primo Presidente della nostra associazione (AISDUE), anche se, è bene precisarlo, non ha mai dimenticato il legame genetico e funzionale del diritto dell'Unione con il diritto internazionale.

Proprio al diritto internazionale è legato il secondo ricordo, che riguarda l'invito ad assistere all'udienza relativa all'illegittima immunità degli Stati per i crimini di guerra, poi conclusasi con la sentenza n. 238 del 2014. Il Prof. Tesauro mi invitò insieme al Prof. Conforti e al Prof. Mastroianni, nonché a tutti i collaboratori delle cattedre di diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università di Napoli Federico II. La sentenza fortemente voluta da Tesauro è rimasta storica, anche se poi è stata messa in discussione. Con essa sono stati applicati per la prima volta i controlimiti ed è destinata a rimanere nella storia della giurisprudenza costituzionale, in quanto contiene affermazioni di principio che nessuno potrà cancellare. Mi sembra di grande attualità, anche alla luce dell'aggressione russa all'Ucraina, la statuizione che "il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale è in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona". In questa pronuncia ha trovato piena applicazione la tesi del Prof. Tesauro secondo cui "sarebbe […] arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela".

4. La sentenza 238/14 è in linea di continuità ideale con le opinioni e le convinzioni che il Prof. Tesauro aveva già espresso in altri ambiti nel corso della sua esperienza di Avvocato generale, le cui conclusioni sono tutt'ora oggetto di studio e approfondimento, così come la sua eminente figura è rimasta impressa nella memoria della Corte di giustizia.

In particolare, nelle conclusioni *Brasserie du Pêcheur* (Osteria del Pescatore, come talvolta amava ricordarla) e *Factortame*, che rappresentano un passaggio obbligato per un approfondito studio dei temi della responsabilità degli Stati sul piano risarcitorio e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Com'è noto, l'esigenza di dare piena attuazione al principio dell'effettività delle norme dell'Unione e della tutela giurisdizionale ha rappresentato un tratto costante delle sue varie esperienze, al fine di "esaltare al giusto la posizione dei singoli". Nelle sue conclusioni *Brasserie du Pêcheur* viene proprio richiamato il legame

inscindibile tra il principio di effettività e la tutela della sfera giuridica del soggetto danneggiato per dare un solido fondamento alla responsabilità degli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli.

Tali principi sono stati applicati anche nella sua esperienza di Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha consentito di portare a conoscenza di quello che definiva "il popolo della concorrenza" concetti più generali, propri del sistema giuridico del diritto dell'Unione. Invero, il Professore richiamava continuamente l'attenzione sull'affermazione, da parte della Corte di giustizia, di una serie di principi fondamentali relativi, tra l'altro, al diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, in tutte le sue numerose declinazioni ed implicazioni, dal diritto di difesa al contraddittorio, dal diritto ad una decisione amministrativa congruamente motivata ed imparziale al diritto ad un processo equo e di durata ragionevolmente breve.

Queste e tante altre riflessioni si ritrovano nel suo Manuale di Diritto dell'Unione europea, al quale si è aggiunto nel 2021 un secondo volume dedicato alle principali politiche dell'Unione. Intere generazioni si sono formate e continuano a formarsi studiando il suo Manuale, che Egli amava definire "il mio gioiellino" (ora suddiviso in due volumi). Io e la Prof.ssa De Pasquale siamo stati designati curatori di questi due Manuali e avvertiamo fortemente il peso di questa responsabilità, ma ci sentiamo onorati di continuare a ricordare il suo pensiero. Infatti, i suoi contributi fondamentali su tutte le principali questioni del diritto dell'Unione sono diventati dei punti di riferimento indispensabili per chiunque si misuri con queste tematiche.

Si potrebbero scrivere ancora fiumi di parole sulla figura del Professore, ma mi limito a evidenziare, in conclusione, che la sua straordinaria umanità e la sua raffinatezza giuridica hanno rappresentato un *unicum* nel panorama universitario italiano. Pur se ci manca e continuerà a mancarci, il Prof. Tesauro ci ha lasciato qualcosa di veramente importante e indimenticabile che il tempo non potrà cancellare.

IN MEMORIA DI GIUSEPPE TESAURO*

*Luigi Salvato***

1. Sono grato agli organizzatori del convegno per la possibilità di partecipare al ricordo del Prof. Giuseppe Tesauro, a pochi giorni dall'anniversario della sua scomparsa, e, soprattutto – nella certezza che ci starà guardando dall'alto, con il suo sorriso bonario e schietto che traspare dall'immagine riportata nella bella locandina – di ringraziarlo pubblicamente (in privato l'ho fatto molte volte).

Devo ringraziarlo per avermi permesso di collaborare con lui per nove anni, allorché ha svolto le funzioni di giudice e presidente della Corte costituzionale, e quindi, di vivere un'esperienza entusiasmante sotto il profilo professionale. Ma soprattutto, per avermi gratificato di un'esperienza umana bellissima; al rapporto professionale si era infatti affiancato negli anni un rapporto di amicizia.

Ho un solo rammarico: averlo conosciuto troppo tardi ed avere troppo presto perduto un amico.

Grato per l'invito, devo confessarvi la difficoltà nel partecipare al ricordo: per ragioni emotive e per almeno tre ulteriori motivi.

Il primo è che i giudizi davanti alla Corte costituzionale sono (e restano) connotati da una collegialità *forte*, anche nella fase della stesura della motivazione dei provvedimenti. Principi ed argomenti vanno dunque sempre ascritti alla Corte nella sua collegialità. Una personalizzazione è possibile nell'unico caso ammesso di *dissenting opinion*, traducentesi nel cambio del relatore.

Il secondo è determinato dal segreto che investe anche l'attività ancillare e prodromica alla decisione svolta dagli assistenti di studio. In particolare, il preliminare confronto in vista della preparazione della c.d. scheda del giudizio, "guidata" dal giudice, e della riunione degli assistenti; le interlocuzioni preparatorie tra giudici, talora svolte alla presenza degli assistenti. Il racconto di tale attività preparatoria riveste interesse per comprendere dinamiche e ragioni della decisione, ma di essa non è possibile parlare.

* Lo scritto è la trascrizione dell'intervento al Convegno organizzato in Napoli il 1° luglio 2022, pubblicata in www.giustiziainsieme.it, e, in coerenza con la finalità dello stesso, di mero ricordo di un'esperienza, esplicitata nel testo, è priva di riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

** Procuratore generale della Corte di Cassazione.

Il terzo è che alla figura di Giuseppe Tesauro quale giudice costituzionale ho dedicato alcune considerazioni negli scritti in suo onore, ai quali non posso che rinviare[1] e che è superfluo ripetere oggi; comunque, la riflessione, per i profili tecnici, è opportuno che resti riservata agli altri interventori, ben più titolati di me.

Da tali difficoltà mi solleva l'invito degli organizzatori a fare del convegno "una giornata di ricordo", sottolineando che "sarebbe bello, perciò, […] condividerne uno proprio con il Prof. Tesauro".

2. Mi limito dunque ad un breve racconto della mia esperienza professionale ed umana con Giuseppe Tesauro.

Non lo conoscevo personalmente; quindi, fui sorpreso dalla sua telefonata, la sera del 4 novembre 2005, di una semplicità disarmante, tipica della caratura umana della persona. La ricordo come fosse ora. Disse: "buona sera, sono Giuseppe Tesauro. Forse avrà appreso che sono stato nominato giudice costituzionale. Mi farebbe piacere scambiare due chiacchiere sull'attività degli assistenti di studio".

Ovviamente, mi dissi onorato. Ci incontrammo nell'appartamento in Roma dove all'epoca abitava. Ero emozionato; non potevo non esserlo di fronte ad un Maestro. Mi rivolse alcune domande sulle mie esperienze professionali e percepii immediatamente la sua capacità di ascoltare e di valutare l'interlocutore al di là delle parole. Dal suo canto, si soffermò, con semplicità sbalorditiva, su tre argomenti, forse per cogliere le mie reazioni:

- sulle problematiche del rapporto tra ordinamento nazionale e sovranazionale, ricordando con sintetici tratti, come è solo dei grandi, l'annosa vicenda dipanatasi da *Costa/Enel* a *Granital*;
- sulla *vulgata* comune, ma errata, dell'attenzione dell'Europa esclusivamente all'*homo economicus*;
- sulla perdurante centralità della Costituzione anche all'interno di un ordinamento sovranazionale.

Mi parlò poi della sua famiglia e della fondamentale importanza che aveva per lui, dandomi chiara l'idea di chi dà il giusto peso ai valori della vita.

In seguito, ancora più ho apprezzato Giuseppe Tesauro come uomo non chiuso nella torre eburnea delle grandi questioni giuridiche e degli altissimi incarichi istituzionali che da decenni rivestiva. Egli

[1] V. L. Salvato, *Giuseppe Tesauro, Giudice della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. IV, Napoli, 2014, p. 3309 ss.

aveva lo sguardo aperto su tutti gli aspetti della vita, sui quali amava confrontarsi: dallo sport (in particolare, il calcio, e condividevamo le molte sofferenze e le rare gioie che ci dava la squadra del Napoli), alla musica (era anche un pianista; nel 2010 riprese le lezioni di piano e mi parlava con ammirazione di Roberto Mastroianni, perché fine giurista, ma con un pizzico di invidia per le sue doti di valente musicista), alla letteratura, al cinema. Con semplicità, a volte, mi telefonava e diceva: vengo a prendere il caffè, così parliamo un po'. E veniva a casa mia, che abito in provincia di Napoli, da solo con la sua auto (appunto, guidata da lui), come un amico qualunque.

La sua semplicità, il profondo, vero e non di facciata, rispetto per la dignità dell'uomo, mi furono peraltro chiari il primo giorno in cui ci recammo insieme alla Corte.

Nell'avvicinarci all'ascensore, ci precedeva una signora, impiegata della Corte, che, non appena lo vide, arretrò. Giuseppe Tesauro accennò ad un inchino e le disse: "prego signora, non sia mai che io entri prima di lei". La signora, visibilmente emozionata, ringraziò ed entrò nell'ascensore prima di lui.

Può sembrare un episodio banale, ma non lo è, ricordando che talora accadeva di non ottenere risposta al saluto d'uso nell'incrociarsi, forse perché ritenuto da riservare ai *pari*. Giuseppe Tesauro era invece cortese con tutti, sempre attento e sensibile alle esigenze di quanti lavoravano con lui (quale che fosse il loro compito, il loro "grado") e con una buona parola per coloro che avevano un problema personale.

Questo era Giuseppe Tesauro nella quotidianità lavorativa.

La sua grande umanità era reale, non di facciata; erano in lui radicati i più pregnanti valori costituzionali. Tra questi, quello della dignità dell'uomo, alla base della concezione, da lui praticata, dell'essere il diritto non un luogo di astratte dissertazioni e di formali costruzioni logiche, bensì un mezzo per il raggiungimento di fini che sono quelli della protezione degli interessi individuali e collettivi.

Questa concezione, vivificata dalla sua umanità e semplicità, e la sua matrice di giurista comunitario gli hanno permesso di contribuire all'apertura al diritto europeo quale strumento di garanzia della dimensione costituzionale della tutela dei diritti:

- attraverso l'impiego del criterio dello "effetto utile" (efficacemente evidenziato nella sentenza n. 199 del 2012 in tema di *referendum* abrogativo);
- mediante il rafforzamento del dialogo con la Corte di giustizia grazie al rinvio pregiudiziale (non è senza significato che

l'apertura si è avuta mentre egli era giudice costituzionale) ed alla "declinazione" comunitaria di concetti in precedenza oggetto di equivoci. Il riferimento è, tra l'altro, a quelli in tema di tutela della concorrenza – con riguardo all'impossibilità di ricondurre a questa gli aiuti di stato (sentenza n. 63 del 2008) – ed all'esigenza di rifuggire da una lettura esasperata della libertà di iniziativa economica, alimentata dalla valorizzazione della centralità della persona anche nel diritto dell'Unione, da una completa e puntuale ricostruzione della giurisprudenza eurounitaria e dalla formula dell'art. 41 Cost., per affermarne la legittimità della compressione, quando costituisca l'unica misura in grado di garantire al giusto la tutela degli interessi coinvolti dalla stessa (sentenza n. 270 del 2010);

- grazie al principio di proporzionalità ed al relativo *test* quale criterio di controllo della "coerenza e congruità rispetto al fine della norma" (scandita dalla sentenza n. 227 del 2010 in tema di arresto europeo).

Significativa è la modalità con cui maturò la proposta poi accolta e trasfusa in una delle sentenze "*gemelle*", la cui narrazione è ovviamente riservata, per gli aspetti tecnici, ad altri, più autorevoli, interventori. Eppure, non posso non ricordare che nel mese di luglio 2007, quando da tanto discutevamo del criterio di composizione del contrasto della norma interna con la CEDU, nel corso di una gita in barca nel golfo di Napoli, insieme alle altre due sue assistenti, ebbi la fortuna di ascoltare una *lectio magistralis* sulla valenza costituzionale ed internazionale del rapporto tra norme interne ed esterne, sul significato e sulle differenze degli artt. 10, 11 e 117, comma 1, Cost. Il risultato cui la Corte giunse con il suo contributo è di avere definito un sistema che magistralmente: ha permesso di adeguare il nostro ordinamento a quello della CEDU; ha valorizzato al giusto compiti e ruolo del giudice *comune*; ha mantenuto ferma l'ineludibile distinzione tra ordinamento dell'UE e della CEDU; ha preservato il significato più profondo della nostra Costituzione quale Carta fondamentale dei diritti in vista della realizzazione del livello più alto di tutela, all'interno di un sistema in cui non può esservi nessun "diritto *tiranno*".

La chiarezza della sua ricostruzione è stata ulteriormente scandita dalla precisa identificazione operata dalla Corte, anche in sentenze di cui è stato relatore:

- dell'art. 11 Cost. quale specifico parametro in cui trova "sicuro fondamento" l'ingresso nel nostro ordinamento della norma

UE, con tutte le note conseguenze che fondano la differenza rispetto alla norma CEDU che entra invece per il tramite dell'art. 117 Cost. (sentenza n. 227 del 2010);

- della rilevanza dei "controlimiti", del cui rispetto non può direttamente occuparsi il giudice *comune* (ordinanza n. 454 del 2006, che pose un argine al tentativo di debordamento realizzato da una sentenza del Consiglio di Stato del 2005), attivati (dalla sentenza n. 238 del 2014) come soltanto un grande internazionalista ed europeista poteva fare, confermando che in materia di diritti fondamentali la Costituzione "*resta al centro*". Palesemente inesistente è infatti l'ipotizzata contraddittorietà derivante dalla presunta, erronea, "prospettiva monistica di un ordinamento sovranazionale (o globale)", come è inesatta l'asserita operatività degli stessi soltanto rispetto alle norme internazionali successive all'entrata in vigore della Costituzione, sostenuta dimenticando l'insegnamento della prima sentenza della Corte (n. 1 del 1956).

Tanto, in armonia con la sua concezione, posta in luce anche nella premessa del gennaio 2020 al suo Manuale, che l'Unione europea costituisce "una vera e propria "Comunità di diritto", in cui è centrale il rispetto della *Rule of Law*", riferita anche ai "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed ai diritti inalienabili della persona", dimostrando di applicare al meglio l'imperativo "*Uniti nella diversità*", motto originario dell'Unione europea.

Il rispetto della *Rule of Law* Egli lo dimostrava con l'attenzione dimostrata per evitare sconfinamenti indebiti e pericolosi per la democrazia e per la tenuta dello Stato costituzionale e di diritto (tra l'altro, valorizzando il *test* di proporzionalità quale rimedio alle criticità del principio di ragionevolezza). Per quanto ho compreso, non rientrava tra coloro che – per utilizzare le parole del giudice costituzionale Nicolò Zanon, contenute in un intervento ad un seminario dello scorso anno – ritengono la Costituzione un *living document* che sta al passo coi tempi, cui far dire oggi quel che vorrebbe si dicesse, anziché ciò che dice. E neppure tra quanti, sulla scorta di questa concezione, sono inclini a trasformare in diritti i desideri, come non è accaduto, ad esempio, neppure nel caso della fecondazione eterologa (sentenza n. 162 del 2014), in cui magistralmente è stata data tutela a precisi diritti fondamentali, senza lederne nessun altro, come non è stato capito soltanto da chi non ha compreso la precisa attenzione avuta per il diritto alla salute, esattamente considerato nei suoi molteplici profili.

Giuseppe Tesauro non era uno dei tanti eruditi e non aveva bisogno di ricorrere a citazioni erudite, non di rado soltanto evanescenti ed espressive dell'incapacità di cogliere la sostanza delle questioni e degli interessi meritevoli di tutela.

Dire che ha lasciato un vuoto incolmabile non è una formula di rito; per la scienza giuridica lo è soprattutto in anni tempestosi quali stiamo vivendo, che bene avrebbero potuto giovarsi del suo apporto.

A me manca anzitutto un amico.

L'unica consolazione, soprattutto per i suoi cari figli, colpiti in questi giorni dall'ulteriore immenso dolore per la scomparsa dell'amata mamma, Paola, è che nella caducità che segna il passaggio terreno, la cui unica traccia è per i più niente altro che un'orma destinata ad essere cancellata dal primo alito di vento, Egli ha lasciato un'impronta che rimarrà ben più a lungo nella storia del nostro Paese e dell'Europa.

II SESSIONE

PROFESSORE

RICORDO DI UN GIURISTA EUROPEO

Roberto Adam[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un rapporto di amicizia sviluppatosi fuori dall'Università. – 3. Un giurista europeo. – 4. La visione del processo d'integrazione. – 5. Il contributo diretto al posizionamento accademico del diritto dell'Unione. – 6. Giuseppe Tesauro: un maestro.

1. Ricordare Beppi Tesauro come Professore…

Non è una cosa facile.

Da un punto di vista generale, il succedersi e l'intrecciarsi continuo delle diverse dimensioni che ha assunto la sua azione di giurista: il professore, l'avvocato, il magistrato, il presidente dell'AGCM, non sono stati solo un fatto temporale, ma rappresentano la cifra stessa del suo essere. È quindi difficile distinguere queste sue diverse personalità. Nei suoi scritti accademici, nel suo ragionamento teorico da professore, non veniva mai meno il contesto pratico e operativo che faceva da sfondo agli istituti che stava trattando e con cui si doveva sempre confrontare, a suo avviso, l'analisi giuridica. E d'altro canto, la sua azione da giudice o da presidente di un'Autorità indipendente era sempre impreziosita dalla particolare finezza dell'analisi teorica di cui era capace. Insomma, separare il suo essere professore dal suo essere avvocato o magistrato non è semplice e non permette di cogliere appieno, per certi versi, la vera essenza del giurista Tesauro.

Per me personalmente, poi, questa separazione finisce per essere ancor più difficile. La mia conoscenza di Beppi Tesauro comincia ovviamente in ambito universitario, dove, quando vi sono entrato, Lui era già un esponente di riferimento di quella generazione di professori che assicurava sul piano scientifico, a noi più giovani, una guida accademica e quotidiana altrettanto preziosa di quella, pur insostituibile, dei grandi Maestri storici. Ma è pur vero che quella nostra prima conoscenza si è consolidata soprattutto negli anni in cui ambedue siamo stati impegnati su fronti diversi da quello accademico.

[*] Già Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Con una strana coincidenza, infatti, a un certo punto della nostra vita universitaria tutti e due abbiamo assunto incarichi – nel mio caso ben più modesti dei suoi – che ci hanno avviato verso altre esperienze professionali. Esperienze che hanno finito però, col tempo – accomunate com'erano da una pratica dall'interno del diritto europeo – per creare tra noi un legame via via più solido, proprio per l'impronta più operativa che le caratterizzava.

2. In realtà, all'inizio questa coincidenza aveva rischiato di essere ancor più singolare, tanto sul piano temporale che su quello relazionale. Poco dopo l'inizio dell'avventura di Tesauro come Avvocato generale presso la Corte di giustizia, vi fu, infatti, la concreta possibilità che io lasciassi l'Università di Macerata, dove insegnavo al tempo come professore associato, per andare a fare il referendario presso il suo Gabinetto. L'intesa al riguardo era ormai raggiunta. E porto tuttora con me il ricordo colmo di affetto della cena cui partecipai a casa sua a Lussemburgo, a chiusura della giornata che trascorsi al Kirchberg per conoscere i luoghi e le dinamiche di quel mio futuro incarico. Una cena che è ancor oggi impressa nella mia memoria per l'ospitalità squisita dimostratami da sua moglie, la cara Paola, ma anche per il concerto del tutto inatteso, improvvisato a fine serata dallo stesso Beppi e da suo figlio Alfonso. Una cena, insomma, che, in assoluta sintonia con quella che era una caratteristica ineguagliabile di Beppi, mi diede la prospettiva dell'ambiente amicale in cui mi avrebbe proiettato quel passo professionale che mi accingevo ad intraprendere.

Purtroppo, quel passo non potei poi compierlo, perché dei gravi motivi familiari mi costrinsero all'ultimo minuto a rinunciarvi. Ma l'appuntamento, diciamo così, extrauniversitario con Beppi Tesauro fu solo rinviato, nel senso che poco meno di una decina di anni dopo ci ritrovammo nel circuito istituzionale europeo, con il mio arrivo, in questo caso, alla Rappresentanza permanente d'Italia a Bruxelles in qualità di consigliere giuridico. E di lì iniziò concretamente quel percorso parallelo, ed esterno all'Università, che ci accomunò e accostò per tutti gli anni successivi.

Per la verità, allora il mio arrivo in Rappresentanza – verificatosi peraltro, ulteriore coincidenza, quasi alla stessa età in cui Beppi era giunto alla Corte di giustizia – il mio arrivo, dicevo, avvenne poco prima della sua partenza da Lussemburgo per assumere l'incarico di Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. E ricordo bene la telefonata che Egli mi fece in Rappresentanza per anticiparmi quella

nomina, anche perché io potessi informarne informalmente l'Ambasciatore; telefonata in cui, oltre che farmi stato della curiosità, ma anche della preoccupazione per il nuovo incarico, mi trattenne a lungo sul dispiacere di lasciare la Corte per tutto ciò che essa aveva rappresentato per lui sul piano professionale e personale. Dispiacere che, del resto, Egli ha costantemente evocato nella sua vita successiva, ricordando ad ogni occasione utile la fortuna di aver potuto godere di quella ricchezza della Corte di Lussemburgo, "che è il confronto quotidiano tra culture giuridiche diverse e, pur nella diversità, così vicine, accomunate dallo stesso obiettivo di ritrovarsi su un risultato comune"[1].

Ultima coincidenza. Quel suo nuovo incarico durò esattamente quanto il mio in Rappresentanza (finimmo ambedue nel novembre del 2005). Ma il nostro cammino parallelo nelle istituzioni continuò anche dopo. Questa volta a Roma: Lui nella Corte costituzionale; io, per un periodo quasi identico, nel Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Anche per la vicinanza fisica delle rispettive sedi di lavoro, ambedue nel centro di Roma, quest'ultimo periodo intensificò la reciproca frequentazione. Esso ci offrì infatti ripetuti momenti d'incontro e di conversazione, in particolare sotto forma di periodici pranzi in centro, che erano anche l'occasione per scambi di idee sui diversi profili della partecipazione italiana all'Unione europea quali si presentavano dai nostri rispettivi e diversi punti di osservazione.

E dopo la fine di quel periodo, per la cessazione quasi contemporanea dei rispettivi incarichi, e il rientro stabile di Beppi nell'amata città di Napoli, ho ricordato più volte con nostalgia quei pranzi. Non solo per la piacevolezza e l'ironia del suo conversare, ma anche, e soprattutto, per l'ispirazione che ne traevo nella valutazione delle vicende giuridiche, e non, con cui periodicamente si confrontava il processo di integrazione europea.

D'altra parte, la ventura di aver vissuto il diritto comunitario, come Egli continuava a chiamarlo anche dopo Lisbona, da più posizioni diverse lo rendeva un testimone unico di quel processo.

3. Ciò detto, va però riconosciuto che, pur nella molteplicità e diversità degli incarichi ricoperti, Beppi Tesauro è stato prima di tutto un professore e per la precisione un professore di diritto dell'Unione

[1] Così nel suo discorso di commiato dalla Corte, del 4 marzo 1998, a seguito della nomina a Presidente dell'Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato.

europea. E tale Egli è in fondo rimasto per tutta la vita, non avendo in realtà mai abbandonato la sua riflessione teorica sull'ordinamento giuridico dell'Unione, né il desiderio, tipico del docente, di comunicarla e condividerla con gli altri.

Un professore di diritto dell'Unione europea, dicevo.

Certo. Egli nasce universitariamente come internazionalista. Gli scritti che lo porteranno alla libera docenza prima e all'ordinariato poi furono quasi esclusivamente dedicati al Diritto internazionale. E buona parte delle cattedre universitarie da Lui ricoperte nel corso della Sua vita accademica, come professore incaricato o come ordinario, hanno formalmente riguardato quella stessa materia (solo l'ultima, quella ricoperta dal 1994 fino alla pensione presso la Facoltà di Giurisprudenza della Federico II, è stata infatti di diritto delle Comunità europee).

Ma in quegli anni questo era un percorso accademico che – forse con la sola eccezione, e per il solo versante strettamente scientifico, di Antonio Tizzano – era assolutamente generalizzato. Si era nei primi anni di vita del processo d'integrazione europea e quel processo nasceva, come teneva sempre a sottolineare lo stesso Tesauro, sulla base di trattati internazionali tra gli Stati membri.

E, come per le Comunità ci fu bisogno di tempo per trasformarsi veramente in quell'"ordinamento giuridico" di nuovo genere nel campo del diritto internazionale di cui alla sentenza del 1963 della Corte di giustizia nel caso *van Gend en Loos*, così per molti studiosi dell'epoca, ma anche degli anni successivi, non fu semplice affermare e consolidare l'importanza di quel nuovo fenomeno giuridico e di un suo studio specifico. Lo stesso Beppi ricordava come il suo Maestro Rolando Quadri gli dicesse sempre, per scoraggiarlo: "adesso la smantellano 'sta Europa'"[2]. Eppure, Lui cominciò lo stesso a occuparsi di diritto europeo.

La particolarità di Giuseppe Tesauro fu anzi che quel *revirement* scientifico si realizzò, nel suo caso, con un passaggio netto. Dal 1980 in poi la sua produzione scientifica si concentra esclusivamente sul diritto comunitario, facendo così da apripista in quegli anni, con pochi altri colleghi, a tutta una più giovane generazione di studiosi della materia e contribuendo negli anni successivi a una sempre maggiore conoscenza del sistema giuridico comunitario.

[2] Si veda così, ad esempio, nell'intervista fattagli da M.C. Aulisio, in *Il Mattino*, Napoli, 31 luglio 2015.

4. Ciò non ha significato per Tesauro una rimozione, sul piano scientifico, delle origini internazionalistiche di questo nuovo ordinamento.

Non per omaggio alle Sue radici universitarie, ma in ragione della Sua puntuale lettura del dato storico e giuridico, Beppi non ha infatti mai negato il legame originario del diritto europeo con il diritto internazionale. I Trattati istitutivi, Egli ha sempre ricordato nei suoi scritti, sono prima di tutto degli accordi internazionali e gli Stati membri sono i "Signori dei Trattati".

Ma questo riconoscimento non gli ha impedito di sottolineare ogni volta che sì "molti passaggi del processo di integrazione vanno misurati col metro del diritto internazionale", ma che, allo stesso tempo, "accostare o comparare le problematiche del diritto dell'Unione a quelle […] di un'organizzazione internazionale qualsiasi" è profondamente sbagliato[3]. E anzi Beppi ha sempre messo in guardia dai rischi per la specificità e l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione di sue contaminazioni con logiche di tipo internazionalistico. Tra le quali significativamente – vista anche l'odierna attualità – Egli sempre evocava quelle che verrebbero da un processo di allargamento frettoloso a Paesi e uomini da poco conquistati all'ideale dell'integrazione europea[4]; un processo, cioè, che faccia dell'adesione all'Unione, al pari di quella, appunto, ad un'organizzazione internazionale qualsiasi, un punto di partenza invece che un punto di arrivo di un'evoluzione giuridica, istituzionale, democratica dello Stato aderente.

Ciò detto, Beppi Tesauro ancorava la novità di genere dell'ordinamento giuridico dell'Unione, affermata dalla Corte di giustizia nel lontano 1963, proprio al suo essere espressione – come Egli teneva sempre a ricordare – di un processo di integrazione tra Stati, tra ordinamenti, tra popoli, che ha dato vita a una comunità di diritto e di diritti, fatta di norme, libertà e valori comuni a tutela soprattutto dei singoli. Un'integrazione in senso proprio, cioè, diversa da quella che può caratterizzare

[3] Intervista rilasciata da Tesauro a F. Pedrini il 20 giugno 2021 (*Colloquio sull'integrazione sovranazionale*), pubblicata in *Lo Stato*, n. 16, 2021, p. 183 ss., in particolare p. 189.

[4] Così già nel poc'anzi ricordato (*supra*, nota 1) discorso di commiato dalla Corte di giustizia, del 4 marzo 1998. Ma si veda anche in tempi ravvicinati la preoccupazione che Egli esprimeva rispetto alle conseguenze che erano derivate dall'"adesione contestuale [nel 2004] di ben dieci Stati, troppi insieme, alcuni dei quali con una evidente estraneità rispetto ai valori ed alle tradizioni della Comunità" (Premessa alla prima edizione del suo *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018).

una comune organizzazione internazionale; e che non a caso, osservava, porta a definire da sempre il processo di integrazione europea come un processo sovranazionale e non internazionale[5].

In altri termini, Egli vedeva nell'integrazione, e in particolare nell'integrazione giuridica, la chiave di volta della specificità, rispetto a qualsiasi processo internazionalistico, del percorso compiuto dalla Comunità prima e dall'Unione poi. Un'integrazione delle norme e degli ordinamenti che, come costantemente ripeteva, ha ricevuto i suoi maggiori impulsi e conosciuto i suoi principali sviluppi evolutivi grazie alla giurisprudenza di Lussemburgo e alla sinergia tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali assicurata dal meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Di qui la particolare attenzione che ritroviamo nei suoi scritti per gli aspetti concreti del processo d'integrazione europea, rispetto a quella riservata ai profili strettamente istituzionali.

Di qui, soprattutto, la sua costante sottolineatura del "progressivo sostituirsi della circolazione delle persone alla circolazione delle merci" nella posizione di assoluta centralità del sistema comunitario nel suo insieme[6]; e, quindi, del passaggio dal mercato comune degli inizi al mercato interno quale "nucleo centrale di un ordinamento articolato e tendenzialmente completo, nel cui ambito trovano riconoscimento non solo le libertà economiche fondamentali, ma anche le istanze che sono patrimonio comune e tipico delle moderne democrazie: tutela e promozione del lavoro, delle donne, dei giovani, dell'ambiente, della cultura, delle regioni sfavorite"[7].

5. Un esame approfondito della produzione scientifica di Giuseppe Tesauro sul diritto dell'Unione richiederebbe tempi probabilmente molto più lunghi di quelli complessivamente offerti da questo Convegno. Ritengo perciò più utile dedicare le mie ultime osservazioni ad altri due aspetti del Tesauro professore.

Il primo riguarda sempre il suo impegno, in tale veste, per la materia del Diritto dell'Unione europea.

Ho già brevemente ricordato il percorso scientifico e universitario che lo portò ad occuparsene in via esclusiva. Ebbene, come è stato da

[5] Si veda nuovamente, in particolare, l'intervista (citata alla nota 3) pubblicata in *Lo Stato*, n. 16, 2021, p. 199 ss.

[6] G. Tesauro, *L'Enciclopedia del diritto e le discipline internazionalistiche*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 133.

[7] *Ibidem*.

altri più autorevolmente osservato, nel far ciò Tesauro contribuì non solo a far conoscere il diritto comunitario, ma per certi versi anche a crearlo, dato il ruolo che giocò la dottrina di quegli anni nello spiegare la giurisprudenza con cui la Corte di giustizia andava disegnando e affermando i tratti salienti e caratteristici di questo diritto.

Ebbene. Credo che si leghi idealmente a questo suo ruolo creativo il contributo che negli anni successivi Egli ha dato anche al posizionamento accademico della materia. La sua azione è stata, infatti, determinante per far acquisire all'insegnamento del diritto europeo la dignità di settore scientifico disciplinare autonomo, dignità necessaria a fargli riconoscere un posto sempre più stabile nei programmi didattici delle diverse università.

È stato questo un risultato non facile, anche perché per lungo tempo il diritto comunitario ha continuato ad essere considerato, a questi fini, una parte più o meno rilevante, ma una parte del diritto internazionale.

E del resto, nonostante la sua specificità e autonomia siano ormai diventate indiscutibili, ciò tarda ancora a tradursi in uno sbocco coerente a livello di assetti universitari.

Eppure, soprattutto negli ultimi anni, l'impegno di Beppi Tesauro al riguardo è stato fermo, trovando la sua più esplicita espressione nella sua partecipazione attiva, Lui che era stato presidente dell'AIGE, alla creazione di un'associazione di stampo più marcatamente universitario, quale l'Associazione italiana degli studiosi di diritto dell'Unione europea, l'AISDUE, che di questo incontro di oggi è uno dei promotori. Egli ne fu anzi il primo presidente, per diventarne poi presidente emerito.

Questo suo diretto impegno Beppi non lo profuse in uno spirito di separazione o, tanto meno, di contrapposizione (di cui fu, anzi, talvolta vittima), ma come naturale conseguenza, Lui che era nato internazionalista, delle sue convinzioni dottrinali. Era suo fermo convincimento infatti, più volte manifestato, che al diritto dell'Unione dovesse spettare una posizione accademica coerente con l'importanza essenziale di tale diritto per la formazione di un giurista.

6. Ciò mi porta ad un altro aspetto dell'essere professore che caratterizzava Giuseppe Tesauro; e con esso alla conclusione del mio ricordo.

Come professore, Beppi è stato senza dubbio anche un maestro. Ma è stato un maestro non chiuso nei confini di un gruppo, di una

Scuola accademica, bensì, come è stato anche da altri sottolineato, un maestro di tanti[8]. Direi, anzi, un maestro di tutti o, più semplicemente, un maestro del diritto dell'Unione europea.

E ciò non solo perché Egli sia stato un punto di riferimento scientifico per tutti gli studiosi di quel diritto, ma perché era Lui stesso che si poneva come un interlocutore aperto al dialogo e disponibile per tutti, giovani, meno giovani o giovanissimi che fossero, mosso dal solo obiettivo di contribuire a una più ampia e più profonda consapevolezza dell'importanza della materia cui aveva dedicato la sua vita.

L'attenzione per gli altri, la semplicità nel porsi, la spontanea allegria, il senso dell'ironia, la capacità di spiegare in modo semplice le questioni più complesse, l'hanno aiutato a raggiungere quell'obiettivo.

[8] A. Patroni Griffi, *In ricordo di Giuseppe Tesauro*, in *federalismi.it*, 9 luglio 2021, p. 6.

IN RICORDO DI BEPPI TESAURO

Sergio M. Carbone[*]

1. Beppi Tesauro, in occasione di una delle Tavole rotonde genovesi di diritto comunitario da lui sempre frequentate attivamente, ha ricordato, come spesso gli capitava, i caratteri della nostra amicizia come esempio di un'amicizia "forte" oltreché "profonda, sincera e disinteressata". In realtà, la nostra amicizia si è sempre più consolidata con questi caratteri nel tempo, secondo le sue espressioni, attraverso "la condivisione di gioie e soprattutto dispiaceri". Di tali gioie abbiamo reciprocamente goduto e dei vari dispiaceri ci siamo consolati a vicenda con sincera partecipazione ed affetto per tutta la nostra vita.

La nostra amicizia è di lunga data e risale agli anni sessanta, durante i corsi del Professor Rolando Quadri tenuti all'Accademia dell'Aja alla presenza di tutta la sua scuola napoletana del diritto internazionale di cui facevano parte i più brillanti studiosi della generazione accademica precedente alla nostra. Ci univa, come amava ricordare Beppi, la comune appartenenza a città costruite in salita, sul mare e con vicoli stretti oltreché la comunanza ideologica dei nostri Maestri a favore di un profondo rispetto della libertà delle opinioni degli allievi e della promozione dei giovani di cui si preoccupavano di incentivare l'entusiasmo per gli studi internazionalistici pur nella diversità dei modi da loro impiegati e dei loro caratteri.

2. In quei primi anni sessanta ci confrontavamo con il mondo affascinante del diritto internazionale pubblico e privato oltreché della nuova disciplina rappresentata dal diritto della Comunità Europea di cui la scuola napoletana è stata la prima ad operare un'analisi completa di tutti i suoi aspetti, ridimensionando gli effetti giuridici della sua qualificazione squisitamente politica di "ente sovranazionale". Se ne enfatizzavano piuttosto quei caratteri che lo hanno progressivamente fatto diventare un vero e proprio sistema di fonti normative direttamente ed immediatamente operanti nei confronti degli individui e delle imprese, di cui si garantiva anche al suo interno un efficiente e completo sistema di tutele giurisdizionali.

[*] Professore emerito di Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Genova.

È in occasione di tali confronti che si coglievano gli stimoli di studio rappresentati dalle più recenti sentenze relative ai casi che consentivano di razionalizzare le conseguenze relative ad un diritto comunitario (oggi eurounitario) dotato di effetti diretti e prevalenti su quello nazionale in termini tali da comportare l'immediata disapplicazione sia degli atti amministrativi nazionali sia di quelli normativi, senza alcuna intermediazione o necessario previo intervento da parte della Corte costituzionale. Si sono legittimati, così, in ogni sede gli esiti giurisprudenziali cui si era da tempo giunti anche grazie all'apporto di Beppi in occasione della definizione del caso *Simmenthal* e della sentenza *Granital* della Corte costituzionale.

Si è così riconosciuto, in particolare, anche grazie ai progressivi affinamenti della pratica giurisprudenziale ed amministrativa cui ha contribuito Beppi, a garantire l'uniformità e la contestuale efficacia in tutto lo spazio europeo dei principi della normativa comunitaria (oggi eurounitaria) garantendo ad essi identità ed immediatezza di effetti. Ed in questa prospettiva anche la vincolatività ed efficacia *erga omnes* dell'interpretazione delle norme eurounitarie, operata in virtù di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con gli accennati effetti non limitati alla sola controversia in occasione della quale è stato operato il rinvio pregiudiziale.

3. In questo senso, quindi, allorché si sono posti dubbi interpretativi o di illegittimità con riguardo a diritti garantiti (ad esempio, in tema di diritti della persona) sia dalla Costituzione italiana sia (in relazione a quelli protetti) dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei loro rispettivi ambiti di applicazione spesso sovrapposti, Beppi Tesauro non ha avuto esitazioni a favorire soluzioni rivolte a preservare gli accennati effetti *erga omnes*, ma anche la discrezionalità applicativa da riservare ai giudici nazionali. Essi, pertanto, potranno rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale ovvero alla Corte di Giustizia; in ogni caso privilegiando "il concorso di rimedi giurisdizionali" e ad evitare qualsiasi effetto preclusivo conseguente alla necessaria priorità tra di essi ed al tempo stesso offrendo la massima ampiezza all'utilizzo degli "strumenti di tutela dei diritti fondamentali".

Né ci può sviare da tali indicazioni l'*obiter* di cui alla sentenza n. 269/2017 della nostra Corte costituzionale a proposito della quale spesso Beppi si è pubblicamente lamentato della relativa formulazione. Tanto che ne ha correttamente riqualificato la portata nel senso che gli effetti diretti ed immediati propri del diritto eurounitario, comprensivi

anche di quelli delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, e precisano che essi, pur dotati di *primauté*, debbono essere interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali di cui ai "parametri interni ed eventualmente di quelli europei".

In tal modo, infatti, non si è inteso evitare possibili contrasti tra tale *obiter* ed i contenuti della sentenza *Simmenthal,* in virtù dei quali la Corte di giustizia resta la sola in grado di interpretare le norme eurounitarie garantendo l'uniformità della loro applicazione in tutta l'Unione. Tanto che anche allorché ci si trovi in presenza di contenuti di una Costituzione nazionale e della Carta dei diritti fondamentali che si sovrappongono, nessuna Corte costituzionale può avocare a sé ogni determinazione relativa a tale interpretazione senza un pregiudiziale rinvio alla Corte di giustizia per quanto di sua competenza.

4. In tal modo si favorisce il confronto tra Corti e con esso, soprattutto allorché i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione si incrociano con quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Infatti, nell'incontro eventuale tra culture ed approcci diversi, le scelte dovranno essere effettuate in funzione del perseguimento nel migliore dei modi, di un risultato che offra la massima tutela dei diritti individuali, secondo una logica coerente con i fini e gli obiettivi della Corte e delle Costituzioni nazionali.

È appunto in questa prospettiva che Beppi ha valorizzato un'Europa che non deve essere solamente "l'immagine arcigna del mercato e di una spietata concorrenza", ma piuttosto una sede per ottenere adeguata tutela di diritti e situazioni giuridiche individuali. Tanto che, in occasione del caso *Factortame*, non si è avuta esitazione ad affermare il primato del diritto eurounitario, anche per riempire eventuali lacune attraverso il diritto processuale degli Stati membri. Così, ad esempio, si è riconosciuta la possibilità di avvalersi di "una tutela cautelare dei diritti vantati dal singolo in base a norme comunitarie provviste di efficacia diretta nelle more dell'esito definitivo del giudizio ivi compreso quello pregiudiziale dinnanzi alla Corte".

Altrettanto significativa dell'accennata logica è l'evoluzione favorita da Beppi relativa all'affermazione della responsabilità dello Stato-legislatore per mancata attuazione di una direttiva pur priva di effetti diretti nei confronti dei privati beneficiari. Si è trattato dell'affermazione del principio della responsabilità dello Stato-legislatore sconosciuto alla maggior parte degli ordinamenti nazionali di cui si è fornito un adeguato inquadramento eurounitario, attraverso argo-

mentazioni svolte in vari casi, tra i quali soprattutto quello deciso nel caso *Francovich*.

5. Ed in questa prospettiva merita anche di essere adeguatamente valorizzato il contributo di Beppi a proposito della funzione, oltreché della stessa nozione, dei cc.dd. servizi di interesse economico generale. In tal modo, infatti, è stato possibile ricondurre ad una comune qualificazione varie tipologie di servizi diversamente denominati nei vari ordinamenti nazionali, ma accomunati dalla loro caratterizzazione, da un lato, di essere sottratti alla logica del profitto delle imprese private e, dall'altro, di essere finalizzati alla protezione dell'utente e di un interesse pubblico con un ragionevole bilanciamento degli altri interessi in gioco, compresi quelli del mercato, secondo criteri di "ragionevolezza e di proporzionalità".

Si tratta, quindi, di soluzioni che riportano all'attuazione dei diritti fondamentali secondo modalità che tendono a preservare la soddisfazione delle esigenze primarie della società, rispettando la funzione sociale propria di ogni Stato che esso intende tutelare nel suo ambito oltre quanto previsto in sede europea.

Un nuovo sistema, quindi, per preservare e per ricondurre allo Stato ad una sfera di attribuzioni relative alla sua funzione di assicurare servizi sociali allorché da esso considerati importanti per la sua comunità di appartenenza. In tal senso, quindi, l'esigenza di preservare al riguardo la possibilità ad ogni Stato di garantire l'erogazione di un "servizio universale" caratterizzato da un proprio intervento regolatorio non solo nella organizzazione, ma anche nella determinazione delle specifiche modalità di erogazione e di remunerazione.

Un sistema, quindi, che, proprio in virtù dell'intenso e proficuo dialogo tra UE e Stati membri nel quale Beppi Tesauro, autorevole giudice ed esponente della dottrina italiana, ha garantito effetti espansivi nella tutela dei diritti dell'uomo.

6. Inoltre, sono stati proprio tali dialoghi costruttivi dell'evoluzione del sistema europeo, da cui sono sorte e sviluppate anche le discussioni nelle "Tavole rotonde" di vari Atenei dedicate specificamente al diritto comunitario (ed ora dell'Unione europea). Ma tra esse Beppi ha sempre privilegiato quelle genovesi perché prevalentemente dedicate ai giovani e promosse dall'entusiasmo delle nuove generazioni di studiosi di questa nuova ed affascinante materia di cui si è favorito lo sviluppo al di là dei rigidi schemi delle scuole internazionalistiche del Nord e del

Sud. In tal modo la nostra comune amicizia si è consolidata anche in comuni progetti di vita e d'iniziative istituzionali.

Ma in quegli anni sessanta resta per me indimenticabile un episodio della mia personale amicizia e stima con Beppi. Fu il momento in cui con grande gioia mi comunicò che i contenuti della mia prima monografia, i cui risultati ed il cui metodo erano già stati positivamente valutati dalle scuole internazionalistiche del Nord, vennero valutati altrettanto positivamente anche dal suo Maestro e da tutta la sua scuola che pur si confermava critica a proposito della obbligatorietà della promessa e della valutazione della relativa pratica applicativa. A tale risultato erano giunti proprio grazie a Beppi che aveva convinto i suoi più anziani colleghi ed il suo autorevole Maestro, che il giudizio sul mio lavoro doveva riguardare soprattutto gli aspetti del metodo adottato e la completezza dell'analisi della pratica oltreché della sua razionalizzazione piuttosto che i risultati sui quali si poteva anche divergere senza intaccare la positività della qualità ed il giudizio del lavoro. Eppure in prospettiva eravamo dei potenziali "competitori"!!!

Questa sua manifestazione di generosità è stata solo la prima di tante occasioni che, anche da ultimo, hanno caratterizzato il nostro spontaneo rapporto di amicizia di un'intera vita, al di là degli schemi accademici, nel rispetto della posizione dell'altro con quella "onestà e libertà" che, sempre secondo la espressione di Tesauro, deve guidare la ricerca scientifica e la vita professionale oltreché l'impegno istituzionale. Tra le più recenti, allorché ha accettato, in questa logica e per la sua simpatia ed affetto verso Genova, di presiedere la Cassa di Risparmio genovese. Un impegno che ha svolto sino in fondo con grande coraggio e fiducia nei confronti del sistema e delle stesse istituzioni europee, con particolare riguardo alla Corte di Giustizia.

Della qualità ora indicata Beppi Tesauro durante la sua vita è stato importante testimone e significativo esempio così come è avvenuto sin dal nostro primo incontro sino all'ultimo episodio che ho appena ricordato, come esempio tra i tanti della nostra comune amicizia.

7. Infine, non posso fare a meno di concludere questo mio breve ricordo di Beppi Tesauro senza almeno menzionare che il suo impegno di onestà e libertà è stato una costante della sua vita anche nei suoi impegni istituzionali allorché ha dovuto risolvere con grande efficacia ed autorevolezza scelte che hanno comportato l'impiego di concetti ed istituti di differente radicamento culturale per ricondurli a comuni valori, nell'ambito delle soluzioni da adottare nella pratica applicazione

della normativa comunitaria o eurounitaria. È, infatti, in tali occasioni che Beppi non ha avuto esitazione a ricondurre concetti ed istituti maturati in sede nazionale alle scelte in funzione della specificità delle esigenze della vita che sulla base delle caratteristiche delle varie controversie e situazioni, volta a volta, si riteneva di dover soddisfare in ambito europeo. In questo senso, ha proposto l'impiego dei concetti e dei vari istituti attingendo alle varie esperienze, strumentazioni e tecniche giuridiche nazionali senza che tali loro caratteristiche strutturali in qualunque modo potessero indebitamente condizionare la specifica prospettiva e funzione loro assegnata in ambito europeo. Si confermava, pertanto, l'insegnamento di quell'autorevole dottrina in virtù della quale "i concetti sono ottimi servitori", ma sempre "cattivi padroni".

RICORDO DEL PROFESSOR GIUSEPPE TESAURO, MAESTRO INDIMENTICABILE

Patrizia De Pasquale[*]

Il Prof. Giuseppe Tesauro è stato il Maestro un po' di tutti gli studiosi del diritto e noto ben oltre il settore disciplinare a cui appartengo. Settore di cui è stato tra i padri fondatori e primo Presidente di AISDUE (l'Associazione degli studiosi del diritto dell'Unione europea), per poi passare il testimone al Suo amico di sempre, il Prof. Antonio Tizzano, quando le condizioni di salute lo hanno obbligato a spogliarsi di qualche responsabilità.

Parlare del Professore Giuseppe Tesauro non è facile: non c'è giorno che non pensi a Lui con immensa nostalgia o che utilizzi una delle Sue semplici, ma efficaci "espressioni" per spiegare un concetto difficile di diritto dell'Unione europea.

Mi limiterò perciò soltanto a qualche ricordo del nostro rapporto tra Maestro e allieva, ma mi sia consentito, anche di profonda e sincera amicizia.

Per me, il Professore è stato un Maestro molto paziente e soprattutto molto garbato, costantemente aperto al confronto e pronto a cambiare idea quando riuscivo a convincerlo. Con la semplicità che sempre lo ha accompagnato, usava chiedermi: "Pasquale ti piace ciò che hai scritto? Ti convince?". E soltanto se la mia risposta era positiva cominciava a leggere e correggere, ed era severo, ma mai aspro o cattivo.

Per Lui io ero semplicemente Pasquale, per me è sempre stato il Professore. Sebbene mi abbia invitata centinaia di volte a chiamarlo Beppi… non ci sono mai riuscita. Anzi, in un primo momento ne ero fortemente intimorita e quando, grazie alla Sua amicizia con i Proff. Antonio Tizzano, Francesco Caruso e Luigi Sico ho cominciato a frequentare il Suo *cabinet* di Avvocato generale, per le prime ricerche presso la biblioteca della Corte di giustizia, non riuscivo ad andare oltre un freddo e formalissimo saluto. A sciogliere questo iniziale imbarazzo fu l'invito ad una cena organizzata dalla Sig.ra Paola nella sua casa di Lussemburgo, nel corso della quale ho avuto modo di scoprire l'uomo, la sua ironia, l'autoironia, oltre che la passione per il calcio,

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Napoli Federico II.

per il mare e per la musica, soprattutto quando suonava insieme al figlio Alfonso.

Non so come mi sia guadagnata la Sua fiducia, ma in occasione della prima edizione del Manuale mi chiese di leggere le bozze e per le successive ha addirittura cominciato a chiedermi consigli.

Il nostro rapporto di collaborazione e di amicizia si è comunque rafforzato soltanto dopo il Suo ritorno a Napoli. Negli anni della Corte costituzionale, dal 2005, e fino alla Sua scomparsa è diventato per me un punto di riferimento – o meglio il punto di riferimento – come Maestro di scienza e di vita. Il Suo affetto e la Sua stima sono stati preziosi, soprattutto nei momenti di sconforto. Ma è stato bello condividere anche momenti di spensieratezza, come una bellissima gita in barca a Scario, il Suo rifugio preferito.

Era diventato per me un amico ed un Maestro con la M maiuscola. Ricordo che per frenare le mie decisioni impulsive mi diceva sempre "non ci si inganna sulle conseguenze delle proprie azioni, ci si inganna sul fatto di poterle sopportare".

È stato per me un onore lavorare al Suo fianco ogni giorno, fargli leggere i miei scritti e, ancor di più, leggere i Suoi in "anteprima". Ma soprattutto è stato un onore essere stata designata, insieme a Fabio Ferraro, curatrice del Suo storico Manuale, uno tra i primi e più diffusi e su cui sono formate generazioni di giuristi. Nel 2018, quando ci consegnò questa preziosa eredità, accettammo consapevoli della responsabilità, ma sapendo di poter continuare a contare sui Suoi consigli. Purtroppo, non ha potuto vedere concluso (in copia stampata) il secondo volume, dedicato alle politiche dell'Unione a cui tanto teneva e a cui tante ore aveva dedicato per definire lo schema e correggere i diversi contributi.

I due volumi sono il frutto di interi pomeriggi trascorsi nel Suo studio, circondati dalla Sua immensa biblioteca e raccolgono i Suoi insegnamenti che potranno continuare a formare tanti giovani.

È stato nel corso di quei lunghi pomeriggi che tanto mi ha insegnato, raccontando delle persone incontrate nelle varie cariche ricoperte e delle "conclusioni" scritte come Avvocato generale non faceva che parlare di diritto dell'UE, ma anche di diritto internazionale e di diritto costituzionale. Un giorno mi confessò (ma lo ha poi ribadito in seguito) che quando decideva di scrivere un articolo o un saggio partiva da un'emozione, aspettava che l'emozione si traducesse in determinazione e poi costruiva l'argomentazione, la più semplice possibile, e la conclusione a cui voleva giungere. Ma – mi disse – "il punto è questo: la conclusione che scopro non è sempre quella che avevo concepito all'i-

nizio. Perché ogni argomentazione comporta scelte e ogni scelta nuovi problemi che richiedono una soluzione e così finisco per giungere a tesi diverse da quelle che avevo immaginato".

Nel giugno 2021, il Professore aveva rilasciato, alla rivista *Lo Stato*, un'intervista sul contenuto della quale ci siamo a lungo confrontati, talvolta anche vivacemente. Il Professore diceva – suscitando ogni volta le mie proteste – che era il Suo testamento e, pertanto, doveva essere completa e chiara, scevra da inutili intellettualismi. Perché chiaro e forte doveva arrivare il messaggio che voleva trasmettere, ovvero che "l'approfondimento del diritto comunitario – come ha continuato a chiamarlo, perché (sosteneva) il termine "comunitario" esprime meglio di "Unione europea" il fenomeno di integrazione e di comunanza tra gli Stati membri – non va sottovalutato, in quanto parte fondamentale del sapere giuridico; e in caso contrario si avrebbe la rappresentazione di svarioni come verità e l'aumento della diffidenza nei confronti dell'Europa, che trova alimento solo nella scarsa memoria e nella altrettanto scarsa conoscenza del processo d'integrazione". In effetti, a leggerla a distanza di qualche mese, l'intervista rappresenta un piccolo compendio del pensiero del Prof. Tesauro; pensiero che ben troviamo espresso nei numerosi articoli e contributi apparsi nelle maggiori riviste scientifiche e in tanti volumi collettanei, oltreché nelle monografie e nel Manuale.

Mi piace qui ricordare il richiamo alla necessità di misurare molti passaggi del processo di integrazione anche col metro del diritto internazionale, con l'avvertenza però che l'esperienza europea non combacia con la logica metodologica e teorica del diritto internazionale e/o del diritto interno, e che "volere, sia pure istintivamente, accostare o comparare le problematiche del diritto dell'Unione a quelle di uno Stato o di un'organizzazione internazionale qualsiasi è del tutto improprio, tanto da creare confusione, con evidente danno per la formazione dei giovani e non solo".

Ed altresì la considerazione che il diritto è in definitiva buon senso e che la norma deve sì avere un fondo teorico, ma al contempo un taglio concreto, come aveva avuto modo di apprendere – raccontava con modestia – in tutti i campi in cui si era cimentato, ricevendo stimoli importanti in ogni tavolo dove avuto modo di poggiare le carte e discutere con gli interlocutori.

Ma, soprattutto, scolpita nella mia memoria, è la fiducia che il Professore ha sempre riposto nel cammino di integrazione europea e nei valori dell'Unione che, come amava ripetere, bisogna tenere ben stretti

e saldamente "conservati" per le generazioni future, giacché il processo di integrazione europea, oltre che un fatto, rappresenta uno stimolo culturale e, malgrado qualche pausa, va considerato indispensabile per una pacifica convivenza tra i Paesi europei[1].

Il tema al Professore più caro era comunque quello che ha poi rappresentato il *fil rouge* di tutta la Sua attività: la "tutela (specie giurisdizionale) dei diritti". Fermamente convinto che "un sistema giustizia può definirsi tale soltanto nella misura in cui assicura tutela a tutte le istanze", in molti dei Suoi scritti il Prof. Tesauro ha sottolineato la centralità del controllo giurisdizionale e del dialogo tra le Corti che si esprime soprattutto grazie al sofisticato meccanismo di ingegneria giuridica rappresentato dal rinvio pregiudiziale, il "gioiello dell'Unione" come amava ripetere[2].

E, proprio per questa sua convinzione, ebbe a criticare fortemente, e in più sedi, il celeberrimo *obicter dictum* della Corte costituzionale nella sentenza 269/2017, "non richiesto, eccentrico rispetto alla causa e alla decisione, sì che appare una forzatura artificiosa rispetto alle restanti motivazioni della sentenza"[3]. A giusta ragione, Egli accusava di aver buttato senza motivo nel cestino la giurisprudenza *Simmenthal* e quella successiva di tutti gli Stati membri e ricordava che, invece, "il parametro di una norma dell'Unione, quando fosse rilevante, non può servire alla Corte costituzionale se non per chiedere al riguardo l'interpretazione della Corte di giustizia, che sola si è vista attribuire dagli Stati membri già con il Trattato originario il potere – e con esso il dovere, […] – di interpretare le norme dell'Unione […], pena un difetto di quell'uniformità di interpretazione nell'intera Unione che rappresenta la funzione principale e ineliminabile del rinvio pregiudiziale".

Sempre guardando alla cooperazione tra Corti, il Professore ha portato all'attenzione del dibattito scientifico, la questione dei vincoli, spesso ignorati, del giudice che pone un quesito pregiudiziale. Egli ha ben chiarito il dovere del giudice che rinvia ad osservare integralmente la sentenza della Corte di giustizia, sia con riferimento all'interpretazione data alla norma dell'Unione, sia provvedendo alle eventuali verifiche

[1] G. Tesauro, *Senza l'Europa nessun Paese andrà lontano*, in Aa.Vv., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 341 ss.

[2] G. Tesauro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali e il parere negativo sull'adesione alla CEDU*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2016, p. 93 ss.

[3] G. Tesauro, P. De Pasquale, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in Aa.Vv., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, p. 341 ss.

da essa indicate su elementi di fatto e di diritto della vicenda processuale e sostanziale, perché quella interpretazione non resti fine a sé stessa e inidonea alla soluzione della causa principale[4].

Invero, già nella premessa alla prima edizione del Manuale aveva evidenziato che "La Corte di giustizia è l'istituzione che più di ogni altra ha contribuito allo sviluppo effettivo del diritto comunitario, per ciò stesso al consolidamento dell'integrazione liberamente e democraticamente scelta dai popoli europei". Ed aveva affermato a chiare lettere "È questo il valore nel quale credo. Da sempre, fermamente e con profondo convincimento… Credo anche che l'Europa non possa ridursi al volto arcigno del mercato e di una spietata concorrenza. C'è anche l'Europa della solidarietà, del pari sviluppo di tutte le sue parti, della cultura, della democrazia reale, dei valori dell'uomo libero difesi dall'impegno comune".

La qualità che, però, più ha distinto il Prof. Tesauro da tanti ottimi giuristi e bravi europeisti è che Egli non si è mai limitato ad esporre e analizzare i problemi, ma ha cercato concretamente di modificare le cose, come testimoniano i diversi ruoli ricoperti (Avvocato generale, presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, infine, di giudice della Corte costituzionale). E, al contempo, pur pienamente calato nella realtà istituzionale, non ha mai dimenticato il mondo accademico e l'importanza della formazione dei giovani.

Mi sia perciò consentito riproporre le Sue parole, ancora una volta tratte dall'ultima intervista: "La burocratizzazione tipicamente italiana che progressivamente si è insinuata nelle maglie della carriera universitaria, è più in generale il frutto di una scarsa sensibilità per il futuro dei nostri giovani, stretti tra i numeri piuttosto che dalla qualità della ricerca e della produzione scientifica. Anche in tempi di magra, è necessario mantenere il livello di risorse per la ricerca e sburocratizzare le procedure, affinché se ne conservi ed anzi se ne aumenti la qualità: è con la ricerca che il Paese cresce e che i suoi giovani possono vantare primati altrimenti irraggiungibili". Anche quando la sua condizione fisica è mutata ha continuato con la passione di sempre l'attività scientifica, a partecipare ad incontri sia in presenza sia a distanza al tempo della pandemia.

L'attenzione riservata ai giovani studiosi di diritto UE sopravviverà non soltanto attraverso i Suoi scritti, ma anche grazie ad una borsa di

[4] G. Tesauro, *Sui vincoli del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*, in *federalismi.it*, n. 6, 2020, p. 189 ss.

studio che la famiglia del Prof. Tesauro ha istituito in Sua memoria e di cui AISDUE ha dato notizia.

Per concludere, sono tanti gli insegnamenti che il Prof. Tesauro mi ha lasciato (che ci ha lasciato) e sono certa che sorrida quando durante le lezioni li ricordo e lo ricordo. E sono certa che sorrida anche quando, almeno una volta al giorno, lo rimprovero per essere andato via così improvvisamente, senza neanche salutarmi, e che con l'espressione sorniona ancora mi dica "Pasquale, sii comprensiva…"

Ringrazio il destino che mi ha fatto incontrare il Prof. Tesauro e sono certa che niente potrà cancellare il Suo ricordo.

TESAURO PROFESSORE.
UN RICORDO SPECIALE

Bruno Nascimbene[*]

SOMMARIO. 1. L'occasione di incontro e di conoscenza. – 2. Il suo insegnamento. – 3. Una "chiave di lettura" comune ai suoi scritti e alle sue diverse esperienze. – 4. La specialità del diritto dell'Unione europea, l'autonomia scientifica. La condivisione di intenti.

1. È davvero difficile scegliere quali ricordi di amicizia e affetto mi hanno legato e continuino a legarmi a Beppi Tesauro.

La passione per il diritto comunitario mi ha accompagnato dagli anni settanta in poi, quando ebbi l'occasione, anzi il privilegio di conoscerlo e di frequentarlo.

Provenivo anch'io da una formazione di diritto internazionale. Mi ero laureato in diritto internazionale, su un tema "misto" internazionale e comunitario ("Il potere delle Comunità europee di concludere accordi internazionali") e già avevo conosciuto gli scritti di Tesauro, proprio quando preparavo la tesi di laurea sotto la direzione di Piero Ziccardi. Fui prima assistente e poi professore di diritto internazionale e, solo a partire dagli anni novanta, professore di diritto delle Comunità europee. Scuole diverse, è vero, ma avevano un sentire, una passione comune che ci ha sempre accompagnato nella vita.

2. Il suo insegnamento attraverso il *Manuale di diritto comunitario* (divenuto poi *Manuale di diritto dell'Unione europea*) dalla 1ª edizione del 1995 in poi, ha rappresentato per me e per gli studenti dei miei corsi, a Genova prima e a Milano poi, il testo di riferimento di ogni lezione o ricerca: e lo è anche oggi, questo testo nella più recente edizione del *Manuale*, sempre aperto sul mio tavolo di lavoro, e sempre fonte di apprendimento e stimolo all'approfondimento, specie per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia, cui Tesauro ha dedicato particolare attenzione.

Gli studenti milanesi usavano dire, all'esame, che "portavano il Tesauro". Lo invitai a tenere una lezione, venne con entusiasmo a Mi-

[*] Professore emerito di Diritto dell'Unione europea - Università degli Studi di Milano, già Professore di diritto internazionale - Università degli Studi di Genova.

lano. Prima della lezione, a pranzo, onorò la tavola con un piatto di lasagne casalinghe che rimasero nella sua memoria tanto da celebrarle in più occasioni. La sua lezione in Università fu davvero magistrale. Era dedicata alla natura del diritto comunitario, al processo di integrazione realizzato attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia (da *van Gend en Loos* in poi), dimostrando anche in quell'occasione la peculiarità di un sistema in cui degli "straordinari ingegneri del diritto" (così li definì nella *Premessa alla seconda edizione* del *Manuale di diritto dell'Unione europea*[1]) inventarono il rinvio pregiudiziale: un "gioiello del sistema giuridico dell'Unione complessivamente considerato"[2] che ha sempre assicurato l'armonia di questo affascinante sistema giuridico complessivamente considerato.

Gli studenti milanesi furono colti di sorpresa: non li avevo avvisati che la lezione sarebbe stata tenuta da Tesauro. "Il Tesauro", quel giorno, si materializzò, non era, insomma, "il libro da studiare per l'esame", ma l'autore, il professore che con la consueta *verve* e brillantezza era stato capace di conquistare l'uditorio.

A fine lezione dovette firmare decine di autografi (all'epoca non esistevano i *selfie*). Fu un grande successo, immeritato per l'autore di questo ricordo, che teneva il corso base di diritto dell'Unione europea. Grazie a lui il tasso di gradimento del mio corso salì in modo rilevante. Finalmente guadagnai dei punti alla "Borsa valori" dei professori, gestita da studenti implacabili nei loro giudizi pubblicizzati via web. Imparai anche da lui a fare lezione. Mi fu professore di stile, e lo devo ringraziare anche per questo. La sua argomentazione arguta, ragionata, talora ironica ma *pour cause*, il suo insegnamento mi sono, per così dire, "rimasti dentro", e mi hanno accompagnato nel prosieguo.

3. Un'occasione accademica che vide molti dei presenti a questo Convegno in sua memoria – amici e colleghi – partecipare, nell'Università Federico II, alla giornata (per il suo settantesimo compleanno, 16 novembre 2012) dedicata alla "Tutela dei diritti oltre alle norme nazionali", mi consentì di rendergli omaggio con uno scritto, poi pubblicato nel 2014 nel primo dei quattro volumi di *Scritti in onore*.

[1] Cfr. *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, vol. I, 3°ed., Napoli, 2021, p. 15.

[2] Cfr. la Relazione presentata il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, in occasione del conferimento a Studi sull'integrazione europea del XXV Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2019, p. 254.

Il titolo del mio scritto era *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti.* Avevo cercato, invero, una chiave di lettura comune: comune ai suoi scritti accademici quale professore, alle sue conclusioni quale Avvocato generale, alle sentenze di cui era stato redattore quale giudice costituzionale e avevo trovato questa "chiave di lettura" *a*) nella centralità della persona, *b*) nella tutela dei diritti del cittadino e della persona, *c*) nella sensibilità per i profili di carattere sociale, *d*) nella tutela giurisdizionale del principio di non discriminazione, *e*) nel contrasto alle disuguaglianze che ben emergeva dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

Concludevo la mia relazione al Convegno citando uno scritto minore di Tesauro, intitolato *Il principio di nazionalità in Pasquale Stanislao Mancini* (conferenza tenuta a Ariano Irpino, l'11 settembre 2011). Dell'internazionalista Mancini, Tesauro sottolineava la "grandissima visione" dei diritti della persona che si ritrova sia nella codificazione postunitaria del 1865 che Mancini influenzò, sia nell'affermazione dei diritti dello straniero a condizione di parità con il cittadino, senza prevedere quella condizione di reciprocità che invece il legislatore del 1942 introdusse nell'art. 16 disp. prel. cod. civ.: un principio, quello della reciprocità, che Tesauro riteneva "eccentrico" in un Paese, come il nostro, che si era trasformato in un Paese di immigrazione.

Alla modernità di Mancini e all'attualità di Tesauro, sensibili, appunto, alla centralità, ai diritti della persona, dedicavo dunque le mie conclusioni.

Pochi giorni dopo il Convegno mi chiamò per manifestarmi un dubbio: "Ma mi hai davvero paragonato a Mancini?". Temevo il giusto rimprovero per un qualche errore. Era invece il suo carattere, la sua modestia, insieme alla straordinaria umanità, che lo portavano ad una valutazione personale, propria (o tipica) di un *understatement* che lo facevano ancor più apprezzare.

Lo rassicurai con queste parole: "Ti ho paragonato a Mancini, è vero. Perché era un amante della musica, della canzone e della tradizione napoletana come te". Ma non mi credette.

4. L'ultimo ricordo, più recente, riguarda l'impegno, che condivisi con lui, per far sì che al diritto dell'Unione europea fosse riconosciuta dignità e autonomia scientifica **propria**. Dignità specifica, dunque, rispetto ad altre materie e settori disciplinari. Fu, questo, un impegno importante, faticoso, che consentì anche la creazione di AISDUE (Associazione italiana degli studiosi del diritto dell'Unione europea) di cui

fu primo presidente e poi divenne presidente onorario, proprio pochi giorni prima di lasciarci.

Con l'affermazione dell'autonomia scientifica del diritto UE Tesauro volle confermare il suo pensiero critico espresso in più occasioni nei confronti dei tanti cultori "improvvisati" della materia: "comunitaristi" appunto improvvisati, non specialisti, provenienti da vari settori del diritto interno che avevano "scoperto" per così dire il diritto comunitario, senza comprenderne la storia, il significato, la ricchezza dei profili, il dinamismo, ma anche la proiezione nel futuro. Anche questa fu un'occasione per dimostrare l'esigenza di confrontarsi con altre branche del diritto e per sottolineare (come d'altra parte Tesauro ha sottolineato in tutti i suoi scritti) la specialità, la peculiarità del diritto comunitario.

Condivisi, anche in questa occasione, la passione, contagiosa, per il diritto comunitario. Condivisi la fiducia in quel processo di integrazione europea che si realizza anche attraverso l'integrazione giuridica. Questo è l'insegnamento che porto con me: spero il più a lungo possibile e nel migliore dei modi.

GIUSEPPE TESAURO PROFESSORE. IN RICORDO DEL MAESTRO APPASSIONATO DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA A PICCOLI PASSI

Ornella Porchia[*]

SOMMARIO: 1. Una sola idea di diritto dell'Unione europea nei tanti ruoli rivestiti dal Professore Tesauro. – 2. Le immagini indelebili che hanno caratterizzato l'insegnamento del Professore Tesauro. – 3. Tanti insegnamenti da custodire, una strada da percorrere: l'eredità di Beppi Tesauro.

1. È davvero difficile scindere i diversi ruoli che Giuseppe – o, come amava essere chiamato, Beppi – Tesauro ha rivestito. Infatti, nelle diverse funzioni istituzionali e accademiche assunte nella sua florida carriera, Beppi si è sempre fatto portatore di un'idea appassionata e ben precisa del diritto dell'Unione europea. Quest'ultima emerge in modo chiaro, quasi come una sorta di testamento scientifico, nell'intervista rilasciata poco prima della sua scomparsa: "Il diritto dell'Unione che si pratica in un contesto giudiziario o di fronte ad una platea di studenti universitari o quello che si usa nelle paludate istituzioni politiche, sono solo applicazioni del sapere, non necessariamente molto diverse tra di loro, ed è opportuno che non lo siano"[1].

E questo è uno dei tanti messaggi che il Prof. Tesauro ci ha trasmesso, e che vorrei qui ricordare. A tal fine, mi sia consentito il richiamo, nel prosieguo, di alcuni ricordi personali, momenti indelebili che rendono testimonianza dell'instancabile opera di divulgazione scientifica profusa da Beppi.

Ho conosciuto il Professore Giuseppe Tesauro nel 1996, allora nella sua veste di Avvocato generale[2]. All'epoca ero impegnata nella

[*] Presidente di Sezione nel Tribunale dell'Unione europea; Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Torino.

[1] F. PEDRINI, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, p. 183 ss. Una sintesi dell'intervista è pubblicata sul sito dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE): *Sintesi dell'intervista a Giuseppe Tesauro per la Rivista Lo Stato (giugno 2021)*, in aisdue.eu/sintesi-dellintervista-a-giuseppe-tesauro-per-la-rivista-lo-stato-giugno-2021, 2022 (consultato da ultimo il 18 ottobre 2022).

[2] Ruolo rivestito dal 5 ottobre 1988 al 4 marzo 1998.

stesura della tesi di dottorato sul tema del recupero degli aiuti di stato illegali, tema di ricerca che era stato suggerito da talune sentenze con le quali la Corte di giustizia aveva confermato il potere della Commissione di disporre il recupero degli aiuti illegalmente erogati. Si trattava, in particolare, dei famosi casi relativi all'Italia, *ENI Lanerossi*[3] e *Iri Alfa Romeo*[4] del 1991[5].

Muovendomi in un ambito allora sostanzialmente privo di riferimenti normativi – fatta eccezione per le norme del Trattato (i vecchi articoli 92-93 TCEE, divenuti oggi 107 e 108 TFUE) – le lucide conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro costituivano un imprescindibile punto di riferimento. Il suo ragionamento giuridico, chiaro e limpido, si imponeva con forza, e le sue considerazioni andavano, così, ad infittire le note della mia tesi.

Tra i vari richiami che si potrebbero citare a tal riguardo, vorrei ricordare la ben nota ricostruzione dell'obbligo di recupero degli aiuti illegalmente erogati, presentata nelle conclusioni nella causa *Tubemeuse*[6]. In tale occasione, l'Avvocato generale Tesauro non accoglieva la tesi della Commissione volta a far venire meno l'obbligo di verifica della compatibilità degli aiuti di Stato con i Trattati in presenza di una mera illegalità[7].

Il ragionamento dell'Avvocato generale Tesauro, in quell'occasione come in tante altre, si è rivelato determinante. Infatti, nella successiva sentenza nella causa *Tubemeuse*, la Corte di giustizia ha seguito l'elaborazione proposta nelle conclusioni, nel senso di mantenere una chiara differenza tra l'illegalità degli aiuti di Stato derivata dalla violazione degli obblighi procedurali e l'incompatibilità delle misure statali rispetto all'art. 92 (ora 107 TFUE), il cui apprezzamento è rimesso alla competenza esclusiva della Commissione[8].

Queste riflessioni hanno non solo preceduto l'adozione del primo regolamento di procedura attuativo dell'art. 93 (ora 108, n. 3,

[3] Sentenza della Corte del 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*.

[4] Sentenza della Corte del 21 marzo 1991, causa C-305/89, *Italia c. Commissione*.

[5] Le due sentenze citate sono state pronunciate in un momento in cui il Tribunale di prima istanza (ora dell'Unione europea) aveva iniziato a muovere i suoi primi passi a seguito della sua entrata in funzione, avvenuta solamente due anni prima.

[6] Sentenza della Corte del 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*.

[7] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 19 settembre 1989, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione*, punti 17-20.

[8] Tra le altre, sentenza della Corte del 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*, punto 9.

TFUE), ma si ritrovano sostanzialmente nel disposto del regolamento n. 659/99[9] – successivamente sostituito dal regolamento 1589/2015[10] – che ha in buona parte codificato la giurisprudenza e la prassi fin ad allora consolidatasi. L'esempio qui richiamato è sufficiente a dimostrare quanto le posizioni espresse dall'Avvocato generale Tesauro abbiano, in alcuni casi, saputo condizionare lo sviluppo del diritto dell'Unione europea.

Proprio in ragione dei fitti richiami contenuti nella mia tesi all'attività del Prof. Tesauro, ebbi il desiderio di incontrarlo di persona. L'occasione per un primo incontro mi fu offerta da una sua visita al Prof. Andrea Comba a Torino nel 1996. Ebbi modo di incontrarlo successivamente a Lussemburgo, nella sua Corte. In tale contesto ebbi il piacere e l'onore di assistere alla cerimonia di saluto al termine del suo mandato di Avvocato generale, un momento celebrativo che ha saputo trasmettere un forte carica di emozione e commozione a tutti i partecipanti. Le occasioni di incontro e di confronto con il Prof. Tesauro si presentarono, soprattutto in coincidenza della fine del suo mandato da Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[11], e si intensificarono ulteriormente durante il mio periodo di collaborazione con il servizio studi della Corte costituzionale dal 2010 al 2014.

Ritornando al rapporto inestricabile tra i vari ruoli ricoperti dal Prof. Tesauro, come già sottolineato, Beppi non ha mai smesso di essere professore anche quando indossava la toga della Corte di giustizia. A questo proposito, Egli raccontava di aver accettato con gioia il ruolo di Avvocato generale, proprio perché – come gli aveva anticipato il Prof. Alberto Trabucchi – in quella veste avrebbe potuto mantenere la sua curiosità ed esprimere le sue idee con maggiore libertà e autonomia di quanto avrebbe potuto fare quale giudice nel contesto di un collegio, vincolato peraltro dal segreto della deliberazione.

Tra le varie testimonianze della passione di Beppi Tesauro per la diffusione della conoscenza, a tutti i livelli e in tutti i luoghi, pur sempre orientata a risolvere problemi concreti, vorrei riferirmi ad un

[9] Regolamento (CE) 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE.

[10] Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (codificazione).

[11] Incarico ricoperto dal 12 marzo 1998 al 16 febbraio 2005.

episodio che ha caratterizzato la discussione nel caso *Factortame*[12]. In quell'occasione, per spiegare l'essenza del provvedimento cautelare, Beppi decise di far riferimento all'"Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari" di Piero Calamandrei[13]. A tal scopo, Egli fece tradurre in inglese alcuni stralci di quest'ultima opera e li distribuì ai colleghi, con l'obiettivo di sottolineare il nesso tra effettività della tutela giurisdizionale e misure cautelari, nesso che si trova alla base della soluzione da lui proposta nelle conclusioni presentate in quella causa.

2. Ovunque e comunque, Beppi avvertiva la necessità di trasmettere con serietà, ma pur sempre con semplicità, il messaggio scientifico. Ancora più forte era il senso di responsabilità verso le nuove generazioni di studiosi. Beppi amava i giovani, generalmente qualificati come "bravi giovani". Si rallegrava di vederne tanti intorno a lui, e ogni volta godeva del successo testimoniato dai fragorosi applausi che otteneva al termine dei suoi interventi. A questi ultimi non riusciva mai a sottrarsi, ovunque fossero richiesti, al punto di essersi definito negli ultimi tempi, con l'autoironia che lo caratterizzava, un *jukebox*.

Lo stile e la passione non mutavano mai, sia che si trattasse di interventi nell'ambito di corsi universitari o di lezioni magistrali. Tra le tante, ricordo quella che Beppi tenne a Torino nel 2002, in occasione del conferimento del "Premio Europa", promosso dall'Istituto Universitario di Studi europei sotto la presidenza del Prof. Andrea Comba.

Più i giovani erano numerosi tra il pubblico, più Beppi sentiva la responsabilità e il peso del messaggio corretto da trasmettere, sentendosi in dovere di reagire alle presentazioni fantasiose – o, come soleva dire Beppi, pseudo dottrinali – alle quali talvolta gli capitava di assistere.

A questo proposito si potrebbero richiamare molte vicende aneddotiche il cui ricordo continua a farci sorridere. Tra gli altri, vorrei ricordare un episodio in particolare. In occasione di un convegno, il

[12] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 17 maggio 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*; sentenza della Corte del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*.

[13] P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936. L'episodio viene ricordato tra gli altri da A. Barone, *Tutela cautelare e diritto comunitario: ovvero, Calamandrei (e Chiovenda) alla Corte di giustizia*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. II, 2014, p. 807.

Prof. Tesauro, all'epoca giudice costituzionale[14], trovandosi di fronte a una nutrita platea di giovani, si sentì in dovere di intervenire per prendere le distanze, garbatamente e con ironia, dal collega che si era esibito nella presentazione di una teoria sulle fonti del diritto, e segnatamente sul c.d. *soft law*, che non sembrava tenere conto delle categorie proprie del diritto dell'Unione. Al termine della presentazione, Beppi si limitò a dire "temo che abbiamo visto due film diversi, ma ho il sospetto che tu non sia mai andato al cinema!".

Da quel giorno, quella frase è rimasta scolpita nella mia testa, e confesso di farvi ricorso spesso quando ho bisogno di rendere in maniera plastica il disappunto verso talune teorie eccentriche, soprattutto quando si insinua il forte sospetto che l'interlocutore cerchi di deformare il messaggio attraverso una costruzione che, per quanto si presenti "bene", risulti parzialmente o del tutto estranea alle categorie proprie del sistema dell'Unione, nel senso che non ne tiene conto o addirittura le ignora completamente.

Credo che questa frase racconti molto della figura di Beppi Tesauro, come professore e non solo. Beppi era diretto, efficace, capace di mettere a nudo i problemi e di toccare con mano le questioni per apprezzarle da tutte le prospettive, di smontare e rimontare gli argomenti. Forse anche per questo gli piaceva definirsi come un "operaio del diritto"[15]. In questo senso non amava i formalismi e le varie forme di autocelebrazione. Di fronte a tali manifestazioni, il Prof. Tesauro non esitava mai a confessare, un po' provocatoriamente e con una buona dose di ironia, di non capire nulla. Oppure, con una frase semplice ma immediata, chiedeva di cosa stesse parlando il relatore.

Neppure amava la retorica di taluni colleghi che, a partire da una singola sentenza, costruivano intere relazioni, se non convegni, per criticare una giurisprudenza ancora prima che si consolidasse e che si potesse parlare di "derive" o di "nuovi corsi". In quest'ambito ricordo la frase, semplice, ma anche questa di grande effetto "una rondine non fa primavera". Il ricorso a questo proverbio è servito a chiudere, nell'ambito di un convegno, una riflessione che si stava allungando un po'

[14] Ruolo rivestito dal 9 novembre 2005 al 9 novembre 2014, assumendone la Presidenza tra il 30 luglio e il 9 novembre 2014.

[15] Definizione da lui stesso ribadita, per esempio, nel luglio 2014, in occasione della sua elezione a presidente della Corte costituzionale (si veda l'articolo *Consulta, Tesauro nuovo presidente. Riforme: "Troppa velocità non è bene", ma su Italicum "fare presto"*, in *ilSole24ore*, 30 luglio 2014, ilsole24ore.com/art/notizie/2014-07-30/giustizia-giuseppe-tesauro-nuovo-presidente-consulta-134056.shtml?uuid=ABU1clfB.

troppo su quello che la Corte aveva affermato – o meglio, come spesso capita, su quello che non avrebbe detto o avrebbe dovuto dire – in una certa sentenza[16].

Nella medesima prospettiva, semplice e diretta, il pensiero del Professore Beppi Tesauro può essere ricordato facendo ricorso alle immagini e alle espressioni colorite che amava utilizzare nei suoi interventi. Queste descrivono in maniera plastica il sistema dell'Unione, che nel linguaggio di Beppi è rimasta, ancora a lungo dopo il Trattato di Lisbona, "comunità europea", perché quest'ultima espressione è in grado di trasmettere con più forza l'idea della comunità dei valori posti alla base di un'Europa dei cittadini e dei diritti.

Numerose sono le espressioni divenute parte del suo vocabolario, un repertorio che amo custodire e che vorrei qui riproporre, anche se non sarò in grado di trasmettere la simpatia e la carica emotiva che le accompagnava, quando pronunciate da Beppi.

Il Prof. Tesauro teneva molto allo strumento del rinvio pregiudiziale, uno dei cardini del sistema di controllo giurisdizionale nell'ordinamento dell'Unione europea e per questo lo considerava un vero e proprio gioiello della costruzione europea[17]. Per descrivere il sistema, così come l'importanza di un dialogo diffuso, Beppi Tesauro poneva l'accento soprattutto sul ruolo dei giudici nazionali – di tutti i giudici, anche (se non soprattutto di) quelli piccoli, in quanto giudici comuni o "naturali del diritto dell'Unione"[18]. E del resto, come dimenticare che la famosa sentenza *Costa/E.N.E.L.*[19] ha avuto origine dal rinvio pregiudiziale proposto dal giudice conciliatore di Milano. E proprio per sottolineare che tutti i giudici fanno parte del sistema giurisdizionale dell'Unione, essendo tutti chiamati al dialogo con il giudice di Lussemburgo, a titolo esemplificativo, Beppi Tesauro si riferiva al "giudice di Roccacannuccia". A questo riguardo, confesso che originariamente

[16] Nella specie, si trattava della seguente pronuncia: sentenza della Corte del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*.

[17] Tra i vari scritti sul tema, si segnala G. Tesauro, *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale come fattore insostituibile di crescita del sistema giuridico comunitario"*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1363 ss.

[18] G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 290. Ancora sul dialogo tra giudici "che realizza la ricchezza vera del controllo giurisdizionale sull'armonia dell'intero sistema giuridico comunitario", G. Tesauro, *Articolo 19*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 206.

[19] Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*

credevo si trattasse di una località di fantasia, che solo successivamente ho imparato a collocare sulla carta geografica.

E a proposito del rinvio pregiudiziale, non è casuale che il primo rinvio da parte della Corte costituzionale alla Corte di giustizia sia avvenuto nel 2008, proprio quando il Prof. Tesauro iniziava la sua avventura in qualità giudice costituzionale. Egli non fu redattore dell'ordinanza di rinvio, certo, tuttavia, non è difficile ipotizzare che Egli abbia apportato un contributo significativo all'apertura del dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia. Del resto, nella sua opera accademica e giurisdizionale, il Prof. Tesauro si è sempre fatto interprete della necessità di un dialogo, lucido e consapevole, capace di tenere conto del diverso ruolo affidato ai giudici nazionali rispetto al giudice di Lussemburgo. In questo senso, Beppi non era un teorico del rinvio ad ogni costo, bensì, si preoccupava di valutare la necessità di un rinvio pregiudiziale meditato, come era nel suo stile, senza mai trascurare le ricadute delle scelte effettuate.

Nell'alveo delle immagini plastiche che descrivono il pensiero del Prof. Tesauro, mi siano consentiti altri esempi. La Comunità Europea, tanto cara a Beppi, è uno spazio in cui non solo merci e capitali circolano ma anche e soprattutto le persone: "l'Europa infatti non ha solo il volto arcigno del mercato". E tra le persone ammesse a circolare liberamente, Beppi evocava gli "innamorati", quando voleva riferirsi ai movimenti giustificati dall'obiettivo del ricongiungimento familiare, nonché gli "squattrinati", pensando in particolare alla libera circolazione degli studenti. E come dimenticare la sua esemplificazione della nozione di "servizi", in questo caso davvero essenziali, attraverso l'immagine del pastorello che vive sperduto nelle montagne e che aspetta la posta[20].

Questo è Beppi Tesauro, il professore che racconta e scolpisce il paesaggio dell'Unione con immagini che restano indelebili.

3. Avviandomi verso la conclusione, vorrei aggiungere una nota personale. Beppi ha rappresentato un solido e fondamentale riferimento nella mia esperienza come professore universitario e ancora oggi, a distanza di anni[21], quando volgo lo sguardo indietro, mi rendo conto dell'importanza degli insegnamenti ricevuti da Beppi, che rappresen-

[20] Qui il riferimento è alla sentenza della Corte del 19 marzo 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, nelle quali l'Avvocato generale Tesauro propose le conclusioni il 9 febbraio 1993.

[21] F. Pedrini, *op. cit*.

tano per me un patrimonio da custodire. A mia volta ho cercato, e cerco tuttora, di trasmettere i medesimi insegnamenti a quanti si sono avvicinati, si avvicinano e si avvicineranno allo studio del diritto dell'Unione, nella mia qualità di professore dell'Università di Torino. E non solo, anche nella mia attuale veste di giudice del Tribunale dell'Unione europea, avverto costantemente la preoccupazione di comprendere, di guardare in controluce i problemi giuridici per coglierne il nocciolo, senza mai distogliere gli occhi dalla realtà in cui i medesimi problemi insorgono.

Il lascito di Beppi come professore, come giurista, come persona è enorme, ed è difficile esaurirne il ricordo in queste poche pagine. Devo ammettere che soltanto recentemente, leggendo le belle e intense parole di ricordo dedicate a Beppi, ho capito fino in fondo il ruolo di autentico maestro che il Prof. Tesauro ha voluto e saputo interpretare in tutta Italia. Egli fece una scelta chiara, che ha distinto il suo insegnamento: trasmettere la passione per il diritto dell'Unione europea nella maniera più estesa possibile. O forse, per riprendere le riflessioni circa il ruolo dei "piccoli giudici" nel dialogo con la Corte di giustizia, dovrei dire in maniera "diffusa". Per Beppi, raccontare la sua idea di Unione europea, quella comunità di valori e di diritti, era una vera e propria missione, un compito al quale si è dedicato fino alla fine, come testimoniano i suoi ultimi lavori.

In questo senso, mi pare che il Prof. Beppi non abbia cercato di plasmare un gruppo ristretto di allievi o di riprodursi in un "clone". Tanta è stata l'influenza del suo pensiero da farci sentire "tutti allievi di Beppi"[22], come le plurime testimonianze rese nel convegno a lui dedicato confermano. E la sua scomparsa ci obbliga a riflettere sui suoi insegnamenti, assumendo la responsabilità di portare avanti con spirito critico – e soprattutto costruttivo – la sua missione: conoscere e far conoscere il sistema dell'Unione europea nel modo più ampio possibile. Ci rapportiamo ogni giorno con un sistema in continuo movimento, che oggi come ieri ha bisogno di essere compreso attraverso esemplificazioni d'effetto ma non banali, che siano aderenti alle categorie sottostanti e alla sua origine, rifuggendo da formule vuote che ignorano le dinamiche, i protagonisti e i nodi cardine propri della vicenda europea.

Avremmo bisogno dell'aiuto di tanti piccoli e grandi personaggi, come il giudice di Roccacannuccia, i pastorelli, gli squattrinati e i tanti

[22] A. Patroni Griffi, *In ricordo di Giuseppe Tesauro*, in *federalismi.it*, n. 17, 9 luglio 2021.

altri che hanno popolato il mondo di Beppi, per comporre il mosaico che è l'Unione europea. O forse, seguendo la tradizione napoletana, avremmo bisogno dei personaggi di Beppi per animare un presepe europeo divenuto oggi un po' affollato e disordinato, e che forse ha ancora bisogno di trovare la buona stella per orientare – nella prospettiva di Schuman – i suoi "piccoli passi"[23] nella giusta direzione. Certo, abbiamo la consapevolezza che molti sono i tasselli ancora mancanti, ma non direi che sono andati persi, essi necessitano piuttosto di essere disegnati, creati e collocati in un contesto europeo che lo stesso Beppi ha definito quale un esperimento e come tale ancora in via di elaborazione[24].

Si tratta di una sfida che richiama la sfida di sempre, alla quale Beppi non si è mai sottratto fino alla fine, con devozione e convinzione e che oggi ricordiamo con affetto, ammirazione e un profondo senso di gratitudine.

[23] Sul richiamo del "metodo dei passi piccoli ma sicuri tanto caro a Monnet e a De Gasperi", G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 16.

[24] Intervento di Giuseppe Tesauro, in *rivista.eurojus.it*, 20 aprile 2020, www.rivista.eurojus.it/intervento-di-giuseppe-tesauro (consultato da ultimo il 19 ottobre 2022).

IL MIO RICORDO

Talitha Vassalli di Dachenhausen[*]

SOMMARIO: 1. Qualche notazione autobiografica necessaria. – 2. Ricordi: universitari. – 3. Segue: lussemburghesi. – 4. Segue: di una presenza costante.

1. Prima di soffermarmi sui momenti più significativi del mio ricordo del Professor Tesauro devo procedere da qualche notazione risalente di carattere autobiografico non per introdurre una storia personale ma soltanto per indicare *l'humus* sul quale si è innestato e favorevolmente avviato il mio incontro con il Ricordato; il successivo prosieguo, che ha portato nel tempo ad un rapporto di sincera e consolidata amicizia tra noi, è frutto poi solamente della Sua naturale generosa disponibilità verso i neofiti dello studio del diritto internazionale con i quali si apriva al dialogo scientifico sul tema *ad hoc* con reale interesse ed altrettanta attenzione e semplicità.

Richiamo, dunque, la laurea in giurisprudenza nell'Università, ora Federico II, di Napoli che conseguii nel luglio 1970 discutendo la tesi assegnatami dal Professor Rolando Quadri su un tema specifico di diritto internazionale privato, affidandomi per il suo svolgimento al Suo Allievo Luigi Sico. Da questo affidamento, mai più cessato e che mi ha consentito di realizzare l'aspirazione a dedicarmi agli studi internazionalistici con una guida illuminata e sicura, hanno avuto origine i miei contatti diretti con altri Allievi del Maestro Rolando Quadri, già autorevoli esponenti della scienza del diritto internazionale.

Grazie infatti a Luigi Sico, presto chiamato anche da me semplicemente Gigi, sono entrata, e poi sempre rimastavi, nell'orbita del Professor Umberto Leanza che nell'ottobre 1973 ha "tenuto a battesimo" il mio ingresso ufficiale nell'attività universitaria quale assistente ordinario alla cattedra di Diritto internazionale della Facoltà di Economia marittima dell'Istituto Universitario Navale, oggi Università Parthenope, di Napoli, che allora ricopriva. Nel contempo Gigi mi presentò al Professor Tizzano affinché mi coinvolgesse nell'attività di elaborazione di note alla giurisprudenza comunitaria della quale si occupava per la

[*] Già Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

rivista *Il Foro Italiano*. Sebbene riluttante, avendo di fronte un apprendista per un impegno a scadenze che richiedeva competenza e puntualità, il Professore accettò; ed approfitto adesso, non avendone mai avuto finora l'occasione, per ringraziarLo dei preziosi insegnamenti di metodo, di tecnica e di sostanza che ho tratto da questa esperienza cui devo anche il mio "incontro di studio" con la convenzione comunitaria di Bruxelles del 1968 in materia giudiziaria, pilastro dell'allora nascente diritto internazionale privato e processuale comunitario, sulla quale si è poi soprattutto intessuto il mio dialogo scientifico con il Professor Tesauro.

2. Il Professor Tesauro in molteplici occasioni ha richiamato alla memoria il Suo grande Maestro Rolando Quadri[1] e con i Colleghi napoletani appena menzionati era accomunato da un rapporto non soltanto di natura accademica e di dialogo scientifico ma anche di già rodata amicizia. Pertanto, la mia provenienza dal Suo Maestro e le indicate mie "frequentazioni" fecero sì che, chiamato nel 1976 alla cattedra di Diritto internazionale della Facoltà di Scienze politiche dell'Ateneo federiciano, appena lasciata dal Professor Leanza spostatosi a Roma, mi mettesse, per così dire, sotto osservazione affidandomi un ciclo di esercitazioni di diritto internazionale privato, materia allora compresa nello studio del diritto internazionale, per gli studenti del Suo corso. E mi piace ricordare come Egli, oltre ad interessarsi dei miei "preparativi" per questi incontri, venisse anche spesso in aula, dicendo da uno dei banchi in fondo e come se fosse possibile:" Fate conto che non ci sia". Queste Sue incursioni, che davano importanza e stimolo all'impegno di noi tutti, lungi dall'essere temute erano attese.

Tra i miei ricordi strettamente universitari non può mancare quello collegato alla mia partecipazione al giudizio di idoneità a professore associato di diritto internazionale; chiusi i lavori concorsuali la notizia di averla conseguita all'unanimità mi fu comunicata dal Professor Tesauro stesso, che, con i Colleghi Giorgio Gaja e Riccardo Luzzatto, era membro della Commissione giudicatrice.

3. L'Avvocato generale Tesauro mi invitò a partecipare con una comunicazione *ad hoc* al Convegno sulla menzionata convenzione di Bruxelles organizzato nel marzo 1991 dalla Corte di Giustizia delle Co-

[1] V. da ultimo F. Pedrini, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, p. 190.

munità europee[2]. Di quell'esperienza, evidentemente importante in sé ma particolarmente per me, ricordo il vaglio attento e rigoroso cui il Egli sottopose lo scritto che presentavo, il senso di fiducia trasmessomi con il "lancio" in una platea impegnativa, la Sua presenza incoraggiante e rassicurante ma anche discreta e sobria nelle giornate del Convegno: voglio dire che, pur essendo tra gli artefici dell'evento, non ne fu protagonista restando dietro la autorevole compagine italiana presente che vi vedeva come relatori gli illustri Professori Francesco Capotorti, Fausto Pocar, Antonio Saggio e Giorgio Gaja quale moderatore. Come si possa sintetizzare scientificità ed umanità in un connubio di non facile equilibrio e raggiungimento è quanto ho appreso dal Professor Tesauro in quell'occasione.

In un successivo incontro, ancora a Lussemburgo, ho potuto vieppiù riconoscere la capacità di ascolto, il metodo socratico di confronto, il senso profondo della criticità e della concretezza nelle riflessioni giuridiche, con frequente richiamo al buon senso[3], quali tratti caratterizzanti il Suo dialogare, come peraltro riferivano anche i Suoi referendari che allora incontrai e che l'Avvocato generale Tesauro presentava come i Suoi "compagni di viaggio". Ebbi infatti l'occasione di conversare con Lui a più riprese sulla portata della disposizione dell'art. 57 della convenzione di Bruxelles – che ne disciplina il rapporto con le convenzioni in materie particolari con essa interferenti – chiamata in causa nella questione oggetto delle conclusioni su cui stava lavorando; ed aggiungo solamente che nelle conclusioni poi presentate alla Corte di giustizia trovai richiamata la monografia che avevo dedicato al tema più generale del coordinamento tra convenzioni concorrenti di diritto internazionale privato e processuale[4].

4. Concludo con la rievocazione di taluni eventi soltanto per sottolineare la vicinanza che il Professor Tesauro ha costantemente mantenuto e manifestato a chi era entrato nella cerchia universitaria delle Sue frequentazioni anche se, come nel mio caso, aveva limitato il proprio

[2] V. *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen, Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991*, London, 1993.

[3] Cfr. F. Pedrini, *op. cit.*, p. 193.

[4] V. le conclusioni relative alla sentenza della Corte del 6 dicembre 1994, causa C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the ship "Tatry" c. The owners of the ship "Maciej Rataj"*, punto 8.

interesse verso il diritto dell'Unione europea ad "incursioni" nel diritto internazionale privato e processuale comunitario in continua espansione.

Ricordo, calendarizzando, la conferenza che, nonostante i Suoi impegni di giudice costituzionale, tenne nel 2010 all'Accademia aeronautica di Pozzuoli sul valore pace nelle sue declinazioni ONU, NATO e Unione europea, accendendo l'interesse e l'attenzione degli allievi e degli ufficiali presenti e dando lustro al corso di diritto internazionale che vi tenevo. Ed accenno alla mia partecipazione al Comitato scientifico organizzatore della giornata di studi del 16 novembre 2012 nell'Ateneo fridericiano per celebrare il Suo settantesimo compleanno e poi della pubblicazione nel 2014 dei relativi atti[5].

Ricordo inoltre che nel 2013 su proposta del Professor Tesauro entrai a far parte del Consiglio direttivo della Sezione Campania della Società italiana per l'Organizzazione internazionale (SIOI) di cui era Presidente; con la riapertura della Sezione per la quale Egli si era fortemente adoperato ottenendone anche la collocazione nella prestigiosa sede storica di Castel Capuano, venne riannodato il filo della sua interrotta operatività a Napoli, già proficuamente svolta in passato con l'organizzazione dei corsi di preparazione alla carriera diplomatica. Ricordo infine che nel 2017 mi invitò a far parte del Comitato tecnico scientifico, che presiedeva, del Club Atlantico di Napoli, le cui iniziative sono volte alla diffusione e promozione dei valori fondanti l'Alleanza Atlantica. E posso testimoniare che l'impegno profuso anche in queste ultime, nel tempo, attività sono ulteriore conferma della Sua instancabile operosità nelle sedi di formazione dei giovani e, più in generale, di incremento della conoscenza delle dinamiche del diritto internazionale nonché di rilievo per la Sua amata città.

Nello spirito dell'aforisma "*Ars longa, vita brevis*" proveniente dalla saggezza antica, ossia di far conoscere e di trasmettere ai giovani giuristi il patrimonio di mente e di cuore lasciato dal Professor Tesauro, si pone questo breve memoriale conformemente all'intento che ha animato il Volume che lo ospita; aggiungo soltanto che esso è anche il mio ringraziamento al Professor Tesauro per il dono offertomi della Sua salda amicizia.

[5] V. *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, voll. 1-4, Napoli, 2014.

PER BEPPI TESAURO

Ugo Villani[*]

SOMMARIO: 1. Dai primi incontri all'amicizia con Giuseppe Tesauro. – 2. L'Enciclopedia del diritto. – 3. Il magistero di Giuseppe Tesauro come giudice costituzionale. – 4. *Segue*: e come Avvocato generale. – 5. Commiato.

1. Incontrai Giuseppe Tesauro a Napoli, verso i primi anni '70 del secolo scorso, nella veste di professore, poco più che trentenne, ma già ordinario. La città e l'Università di Napoli erano ricche di fermenti culturali e di sollecitazioni scientifiche, specie riguardo al diritto internazionale e al diritto comunitario, in particolare per un giovane e timido "provinciale" come me, borsista e poi assistente ordinario di Organizzazione internazionale nella Facoltà di Economia e Commercio della "Federico II".

Era facile incrociare o ascoltare, oltre al mio Maestro Francesco Capotorti, illustri studiosi come Benedetto Conforti, Luigi Ferrari Bravo, Umberto Leanza e i più giovani Giuseppe Tesauro, Antonio Tizzano, Gigi Sico, Francesco Caruso, mentre con Paolo Picone ci si vedeva più spesso all'Università di Bari. E le occasioni erano frequenti, anche per merito dell'Isveimer, che organizzava e finanziava con generosità importanti convegni.

Ricordo, in particolare, un convegno di alto livello scientifico, tenutosi proprio in questo edificio universitario, dove era collocata la sede principale della Facoltà di Economia e Commercio, avente ad oggetto la sentenza della Corte costituzionale del 30 ottobre 1975, n. 232, *Società Industrie chimiche dell'Italia centrale*. In essa, com'è noto, la Corte aveva assunto una posizione che, all'epoca, le era parsa come la più avanzata possibile rispetto al primato del diritto comunitario, sancendo l'incostituzionalità delle leggi interne contrastanti con regolamenti o anche solo riproduttive di essi. Tuttavia, tale orientamento "europeista" aveva incontrato varie critiche nel ricordato convegno, sebbene in prima fila sedesse il Presidente della Corte costituzionale, Francesco Bonifacio, che della sentenza era anche redattore, mentre relatore era Guido Astuti, cognato di Riccardo Monaco, che probabilmente ne ave-

[*] Professore emerito di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro".

va recepito le aperture verso il diritto comunitario. La sentenza in parola sarebbe stata poi "bocciata" dalla Corte di giustizia nella sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

È in uno di questi convegni che vidi per la prima volta Giuseppe Tesauro, il quale mi colpì non solo per l'acutezza e la vivacità dei suoi interventi, ma anche perché, nei rinfreschi che spesso concludevano tali convegni, era solito sedere al pianoforte, con un bicchiere di whisky e un sigaretta, le lenti fumé, in una immagine, elegante e affascinante, più di pianista di piano bar che in quella, alla quale ero abituato, tipicamente accademica, seria e paludata, e forse anche un po' pesante, del professore universitario.

Una conoscenza diretta e più profonda, destinata nel tempo a sfociare in un'amicizia forte e affettuosa, si realizzò in vista del concorso a cattedra di prima fascia che si concluse nel giugno 1980, nel quale io ero candidato ed Egli commissario. Ne fece una viva e simpatica narrazione nelle conclusioni della giornata di studi svoltasi a Bari il 16 giugno 2017, in occasione della consegna dei due volumi di "Dialoghi" a me dedicati. Mi sia consentito di rammentare quella giornata, nella quale le sue parole furono per motivo di onore e di commozione, sentimenti che rivivono ora nel mio animo, mentre parlo di Lui, indossando la meravigliosa cravatta di "Cilento", espressione tra le migliori della sartoria napoletana, da Lui donatami in tale incontro.

Tornando al concorso a cattedra del 1980, andai a trovarlo all'Università, su suggerimento del Prof. Francesco Capotorti, per consegnargli personalmente il pacco delle mie pubblicazioni, incoraggiato dallo stesso Tesauro, quando gli avevo telefonato per chiedergli un appuntamento. Avevo i miei timori nell'incontrarlo, poiché ero ben consapevole della forte e implacabile inimicizia accademica tra il suo caposcuola, Rolando Quadri, e il mio, Gaetano Morelli, inimicizia (sempre accademica, beninteso), confermata e rafforzata da quella che contrapponeva personalmente il mio maestro Capotorti e direttamente suo Padre, il Prof. Alfonso Tesauro. E da questa premessa Egli partì nel nostro incontro, a carte scoperte, per tranquillizzarmi e assicurarmi che queste … beghe, legate a vecchie visioni accademiche, non gli appartenevano. E a Bari raccontò addirittura di avere ricevuto, all'epoca, una telefonata che lo informava, un po' malignamente, della partecipazione al concorso di un allievo del Prof. Capotorti, pur riconoscendogli la massima libertà di giudizio; giudizio che fu estremamente favorevole e contribuì alla mia vincita del concorso.

In seguito anche in altre occasioni mi manifestò la sua fiducia e la sua amichevole disponibilità. Ricordo la sua autorevole e, come sempre, brillante partecipazione quale relatore ai corsi da me diretti nell'ambito dell'azione Robert Schuman per la formazione dei giudici e degli avvocati presso i Consigli degli Ordini degli avvocati di Trani e di Foggia. Così pure non mancò di darmi la sua generosa adesione alla tavola rotonda conclusiva della Summer School su "Acting EurHope", organizzata a Roma dall'Istituto di diritto internazionale della pace "Giuseppe Toniolo" nel luglio 2017, suscitando, come sempre, l'entusiasmo degli ascoltatori.

2. Un'ulteriore, importante prova della sua fiducia, della quale gli sono ancora molto grato, fu la segnalazione del mio nome come coordinatore scientifico responsabile per il diritto internazionale e dell'Unione europea degli Annali dell'Enciclopedia del diritto, dove mancava uno specialista dei settori, come Egli stesso aveva denunciato intervenendo al convegno su "L'Enciclopedia del diritto: esperienze a prospettive", tenutosi a Roma il 15 e 16 gennaio 2009[1].

La necessità che il coordinamento dei suddetti settori fosse affidato a uno studioso di tali materie non rappresentava una mera rivendicazione accademica, né tanto meno "corporativa", intesa a riservare agli "addetti ai lavori" la confezione e la gestione delle voci di diritto internazionale ed europeo. Essa rispondeva, invece, a una ben più profonda ragione di carattere scientifico e culturale. Egli osservava, infatti, che tali materie, se non tanto il diritto internazionale certamente quello dell'Unione europea, sono sempre più spesso oggetto di considerazione e di elaborazione teorica da parte di "non specialisti" (per quanto, spesso, di alto valore nella loro, differente, disciplina giuridica). Ciò desta preoccupazione, non certo per una sorta di invasione di campo, ma perché finisce per offuscare la comprensione della specificità del fenomeno giuridico comunitario.

Anzitutto l'attenzione di cultori di altre aree scientifiche si concentra solitamente su specifici profili del diritto europeo (anche in dipendenza della loro rispettiva formazione), specie separando nettamente i profili istituzionali da quelli attinenti al diritto materiale, trascurando di considerare il quadro d'insieme e "così mancando di approfondire le

[1] G. Tesauro, *L'Enciclopedia del diritto e le discipline internazionalistiche*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 127 ss.

cause, le implicazioni e le possibilità di sviluppo futuro della complessiva evoluzione"[2].

In secondo luogo, il tentativo di "appropriazione" della materia da parte di esponenti di altri saperi giuridici spesso è avvenuto ignorando la dottrina specialistica formatasi già nei primi decenni dell'integrazione europea, così come i poderosi contributi della giurisprudenza della Corte di giustizia, che hanno da tempo posto le fondamenta e i caratteri essenziali del diritto in parola. Di conseguenza tali studiosi hanno talvolta "scoperto" problemi tutt'altro che nuovi e, invero, già risolti nella elaborazione scientifica comunitaria.

Inoltre l'uso di categorie e di strumenti giuridici del diritto interno ha determinato una indebita collocazione del diritto comunitario (o di alcuni suoi profili) entro schemi propri del diritto statale. Questa tendenza è emersa specie negli studi pubblicistici, dove il processo d'integrazione europea è stato inquadrato in fenomeni destinati quasi ineluttabilmente a evolvere verso modelli statali di natura costituzionale (e ad essere insegnati nelle aule universitarie da professori di diritto costituzionale!)[3].

La richiesta sostenuta da Giuseppe Tesauro, di riconoscere il ruolo insostituibile della dottrina specialistica internazionalistica e comunitaria nell'organizzazione di lavoro della Enciclopedia del diritto rispondeva, in definitiva, all'obiettivo di "recuperare la fiducia in quella peculiarità del sistema giuridico comunitario che sembrava essersi perduta nelle maglie di un velleitario tentativo di costringere il processo di integrazione in un modello non suo, che avrebbe sacrificato la sua terzietà rispetto al modello interno ed a quello internazionale tradizionale"[4].

3. In ognuna delle sue molteplici, alte responsabilità, di Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea, di giudice e di Presidente della Corte costituzionale, di Presidente dell'Autorità ga-

[2] *Ibidem*, p. 133.

[3] Cfr., in particolare, G. Amato, *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2004, del quale cfr. anche *Verso la Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 291 ss. In polemica con tale autore si vedano le considerazioni di B. Conforti, *La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 1 ss.; A. Tizzano, *I "neocoms" e la scoperta del diritto comunitario*, *ivi*, p. 4 ss.; in proposito cfr. anche U. Villani, *Il diritto dell'Unione europea è ancora materia per internazionalisti?*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 553 ss.

[4] G. Tesauro, *L'Enciclopedia del diritto*, cit., p. 134.

rante della concorrenza e del mercato, Egli è stato sempre anche, e forse soprattutto, professore: in tutte, infatti, ha dato una lezione di diritto, di stile, di umanità, principalmente di buon senso. Era questo buon senso che animava tutti i suoi ragionamenti e dava a essi fondamento e argomenti che, rifuggendo da qualsiasi astrazione e formalismo, s'imponevano nella loro inconfutabile saggezza. Esemplare, sotto questo profilo, è la celebre sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, sull'immunità dalla giurisdizione della Repubblica federale di Germania, resa sotto la presidenza di Giuseppe Tesauro che ne fu anche redattore.

La Corte muove dalla constatazione che il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione della Germania determinerebbe il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti dei soggetti vittime dei crimini imputati a tale Stato. La Corte internazionale di giustizia, infatti, nella sentenza del 3 febbraio 2012 aveva ammesso l'assenza di qualsiasi tutela giurisdizionale, rinviando a negoziati tra i due Stati la soluzione della questione; e la stessa Repubblica federale di Germania aveva riconosciuto l'assenza di qualsiasi tutela giurisdizionale dei diritti in oggetto. Ebbene, osserva la Corte costituzionale (e scrive Giuseppe Tesauro): "Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi a un giudice per avere effettiva tutela". In fondo era questo l'argomento decisivo per negare l'immunità dalla giurisdizione della Germania.

Vi è un ulteriore argomento, anch'esso ispirato a un irrefutabile buon senso, che appare determinante per escludere l'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri rispetto a domande di risarcimento dei danni derivanti dalla commissione di crimini internazionali. Nella sentenza in esame si sottolinea che l'immunità dalla giurisdizione "protegge la funzione, non anche comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili". E invero, chi potrebbe sostenere, oggi, che l'assoggettamento di prigionieri a una condizione di schiavitù, o la commissione di altri crimini, quali il genocidio, la tortura, l'uccisione deliberata di civili, possano rappresentare espressioni *tipiche* della sovranità dello Stato e rientrare, quindi, tra gli atti *iure imperii*, sottratti alla giurisdizione degli altri Stati?

La sentenza n. 238 del 2014 presenta anche un importante significato, scientifico e "didattico", per quanto riguarda i rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte internazionale di giustizia, rapporti che mi sembra possano definirsi di reciproca indipendenza, nell'ambito

della propria sfera di giurisdizione. Si tratta di un punto essenziale nell'economia della sentenza, espressione del rapporto dualistico tra il diritto interno e quello internazionale accolto nella Costituzione italiana. Su di esso, infatti, si fonda la stessa possibilità, per la Corte costituzionale, di paralizzare il funzionamento dell'art. 10, primo comma, Cost., qualora le norme internazionali generali da immettere nell'ordinamento italiano siano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inalienabili della persona (i c.d. controlimiti).

In proposito la sentenza dichiara che, sul piano del diritto internazionale, l'interpretazione da parte della Corte internazionale di giustizia della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione "è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte". Al contrario, la verifica del possibile conflitto fra tale norma internazionale e i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato "spetta al giudice nazionale, ed in particolare esclusivamente a questa Corte". In altri termini, lungi dal prospettare un (inammissibile) rapporto gerarchico tra le due Corti, dalla sentenza in esame si desume che la Corte internazionale di giustizia ha, per così dire, l'ultima parola sull'interpretazione delle norme internazionali; la Corte costituzionale, da parte sua, ha l'ultima parola sulla Costituzione italiana. E se le rispettive "ultime parole" sono in contraddizione, come nel caso dell'immunità dalla giurisdizione della Germania, non può che prendersi atto del dissidio tra le due Corti.

Va sottolineato, tuttavia, che generalmente i c.d. controlimiti non sono richiamati dalla Corte costituzionale per aprire un contenzioso con le Corti internazionali (più precisamente con la Corte di giustizia dell'Unione europea e, in qualche misura, con la Corte europea dei diritti dell'uomo), ma al fine di instaurare un dialogo costruttivo suscettibile di condurre a soluzioni condivise, improntate, in principio, a un progresso del diritto verso posizioni più avanzate nella tutela dei diritti umani.

Questo atteggiamento dialogante della Corte è frutto anche della presidenza e della penna di Giuseppe Tesauro. Pur irremovibile nella salvaguardia dei principi costituzionali irrinunciabili, Egli, infatti, per sua natura è stato sempre disponibile all'ascolto, al confronto, alla leale collaborazione. Persino nella ricordata sentenza n. 238 del 2014, che segna una netta frattura con la Corte internazionale di giustizia, il ridimensionamento della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli

Stati stranieri, in una prospettiva di tutela dei diritti, è bensì limitato al diritto interno, "ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale". I controlimiti, così, non sono l'espressione di una chiusura in sé stesso dell'ordinamento interno, ma di una apertura verso l'ordinamento internazionale, che la stessa sentenza si propone di modificare incidendo sulla prassi e sulla *opinio iuris*, elementi costitutivi della norma consuetudinaria.

Un ruolo "pedagogico" di Giuseppe Tesauro nelle sentenze da lui redatte emerge, tra le altre, in una delle "sentenze gemelle" del 24 ottobre 2007, la n. 349, sulla posizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano in base all'art. 117, primo comma, Cost. (come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3).

Due profili di tale sentenza mi sembrano particolarmente significativi. Anche in essa sono delineati i ruoli ben distinti del giudice internazionale, cioè la Corte europea dei diritti dell'uomo, e della Corte costituzionale. L'interpretazione della Convenzione europea e dei suoi Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, la quale ha in proposito "la parola ultima" e che, per tale via, ne garantisce "la definitiva uniformità di applicazione […] all'interno dell'insieme dei Paesi membri". La Corte costituzionale, invece, ha il compito di accertare l'eventuale contrasto – insanabile in via interpretativa – di una legge nazionale con una o più norme della Convenzione europea, qualora sia sollevata la questione di legittimità costituzionale di tale legge rispetto all'art. 117, primo comma, Cost.

Il secondo profilo riguarda il valore decisivo dei diritti umani ai fini della pronuncia della stessa Corte costituzionale. Questa, infatti, ha cura di precisare che, una volta constatato il contrasto della legge interna con le norme della Convenzione europea, a essa spetta inoltre verificare se le stesse norme, "nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana". In caso contrario, infatti, non potrà dichiararsi l'incostituzionalità della legge nazionale. Questa essenziale precisazione, per un verso, comporta che sia assicurato il livello più elevato di protezione dei diritti umani; per altro verso, spinge a un dialogo, a una collaborazione tra le due Corti, essendo i loro ruoli, pure nella ricordata distinzione, "tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo".

Al di fuori del diritto internazionale e di quello comunitario come potrebbe dimenticarsi, poi, la "lezione di diritto costituzionale" – e, aggiungerei, di democrazia – svolta nella sentenza del 13 gennaio 2014 n. 1 sulla legge elettorale, della quale Egli fu redattore?

4. La saggezza e il buon senso che traspaiono dalle pronunce della Corte costituzionale delle quali Giuseppe Tesauro è stato redattore trovano conferma ancor più diretta e "personale" nelle conclusioni presentate quale Avvocato generale della Corte di giustizia.

Vorrei ricordare almeno quelle del 28 novembre 1995 negli affari *Brasserie du Pêcheur* e *Factortime III* (cause C-46/93 e C-48/93). Anzitutto Egli respinge la tesi secondo la quale il diritto del singolo al risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto comunitario sarebbe limitato alla sola ipotesi, verificatasi negli affari *Francovich* e *Bonifaci* (decisi con la sentenza della Corte del 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90), di mancata attuazione di una direttiva; al contrario, nel caso di violazione di una norma provvista di effetto diretto, il singolo potrebbe ottenere la tutela del proprio diritto invocando la disposizione violata dinanzi al giudice nazionale per cui non sarebbe giustificato il risarcimento. In proposito l'argomento, di disarmante logicità, impiegato da Giuseppe Tesauro è che l'ormai pacifico obbligo risarcitorio dello Stato nel caso d'inadempimento dell'obbligo di attuare una direttiva, il quale è "solo indirettamente collegabile ad una violazione di un corrispondente diritto del singolo, implica – *a fortiori* – che quella stessa tutela deve poter essere accordata nell'ipotesi in cui siano *direttamente* violate norme che allo stesso singolo garantiscono una posizione giuridica soggettiva".

Nelle stesse conclusioni, muovendo dall'osservazione che anche il legislatore statale può essere tenuto, nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali, al rispetto di determinati limiti imposti da norme superiori, tra le quali quelle del diritto comunitario, l'obbligo dello Stato di risarcire i danni derivanti per il singolo dalla violazione dei suddetti limiti s'imponeva, sul piano concettuale, come una conseguenza evidente e irrefutabile.

Le pronunce e le conclusioni richiamate, alle quali tante altre potrebbero aggiungersi, oltre alla soluzione del problema sollevato dal caso specifico, improntata sempre a equilibrio e saggezza, contengono costantemente un insegnamento di diritto. In realtà l'intera "giurisprudenza" di Giuseppe Tesauro è (anche) una lezione di diritto; direi meglio, di civiltà giuridica.

5. Giuseppe Tesauro torna a indossare nella loro pienezza le vesti del professore nell'ultima intervista, del giugno 2021[5], la quale – come è stato osservato – rappresenta quasi il suo testamento ideale[6].

In essa denunciava "la burocratizzazione tipicamente italiana, poi, che progressivamente si è insinuata nelle maglie della carriera universitaria"; essa "evidentemente è più in generale il frutto di una scarsa sensibilità per il futuro dei nostri giovani, stretti tra i numeri piuttosto che dalla qualità della ricerca e della produzione scientifica". Egli concludeva affermando la necessità di "mantenere il livello di risorse per la ricerca e sburocratizzare le procedure, affinché se ne conservi ed anzi se ne aumenti la qualità: è con la ricerca che il Paese cresce e che i giovani possono vantare primati altrimenti irraggiungibili"[7].

Caro Beppi, ci manchi davvero tanto. Ma credo che in qualche parte del cielo, assieme alla tua Paola, che hai amato sin da quando era poco più di una bimba e che non ha voluto più lasciarti solo, tu ci stia ascoltando. Sono certo che sarai lieto di questo tributo di profonda ammirazione e di enorme affetto che ti dedicano i tuoi cari, i tuoi amici, i tuoi allievi, i tuoi colleghi, nascondendo appena la commozione dietro il tuo sorriso bonario e un po' sornione. La morte non può vincere!

[5] F. Pedrini, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, p. 183 ss.

[6] Cfr. P. Mori, *Ricordo di Giuseppe Tesauro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 1055 ss., spec. p. 1068.

[7] *Ibidem*, p. 224.

III SESSIONE

AVVOCATO GENERALE

IN MEMORY

Koen Lenaerts[*]

President, Ladies and gentlemen,

Unfortunately, I cannot be with you physically at this conference in honour of Giuseppe Tesauro, since my judicial duties require me to be here in Luxembourg, at the seat of the Court of Justice of the European Union (CJEU). However, I am extremely grateful to the organisers of this conference for affording me this opportunity to pay tribute, from a distance, to a jurist who was one of the leading Advocate Generals at the Court of Justice from 1988 until 1998 when he left to become President of the Italian Competition Authority.

I became acquainted with Giuseppe Tesauro when he was still a fairly young man – and I myself an even younger man – when he served as an Advocate General at the Court of Justice and I was a judge at the Court of First Instance. I met him at a time when the Court of First Instance – now the General Court of the EU – was still finding its place within the framework of the EU institution known as the Court of Justice of the European Union. Until then, the Court of Justice had been the sole court at EU level. It was thanks, in large part, to the efforts of Giuseppe Tesauro in those early days following the General Court's creation, in the late 1980s and early 1990s, that the two courts were able to adjust to this new situation and to establish a cooperative working relationship within the overarching structure of that common institution. He was indeed instrumental in the achievement of an appropriate and effective balance between the two courts, a balance that still works well to this day, as I can testify as President of that institution, the CJEU. That structure and that interplay between the two courts was made possible by the wisdom of those, such as Giuseppe Tesauro, who were members of the institution at that time. That is the first reason why I wish to pay tribute to him today.

Secondly, I would like to pay tribute to the late Advocate General Tesauro for the outstanding quality of the Opinions that he delivered in numerous cases decided by the Court of Justice. Those cases included appeals against decisions of the Court of First Instance, as it then was, in some of which I had been involved as a judge. Naturally, I studied

[*] President of the Court of Justice of the European Union.

those Opinions with particular interest and I was highly impressed by the subtlety of the analysis that they contained. I would note, in that regard, that the role of the Advocate General is often misunderstood. The Advocate General places the case in its broader context, thus enabling his or her judicial colleagues to examine it with full knowledge of what is at issue. In doing so, he or she prepares the canvas on which the judges then lay out their reasoning. The work of Giuseppe Tesauro reflected the true meaning of the title of Advocate General. He argued and structured his Opinions as would a skilled *advocate* and yet, as a full member of the Court and, moreover, as someone with a strong academic background, he did so with an eye only to the *general* public interest of the law and of the development of the law, more specifically that of EU law, unlike an advocate in private practice who acts in the interests of a particular party. I submit that this combination of a strong academic background together with the persuasive skills of the advocate made Giuseppe Tesauro the perfect Advocate General.

Does this mean that the Court of Justice followed Giuseppe Tesauro in each and every case and adopted all of his Opinions? Of course not, for it is not the role of an Advocate General to decide what the result of the case will be. He or she instead sets out a possible line of reasoning, which has immense influence over the deliberative process that follows, regardless of whether the judges follow his or her Opinion. Where they follow the line proposed, explicit reference will often be made to the Advocate General's Opinion in the course of the Court's reasoning, which will thus, in effect, be integrated into the reasoning of the Court of Justice. Where they do not follow that line, the reasoning presented in the judgment of the Court of Justice will often need to contain more lengthy substantive reasoning. Indeed, the Court of Justice is well aware that the judgment will be read in conjunction with its Advocate General's Opinion. In that regard, one might say that in such cases the Advocate General's Opinion fulfils a similar function to a dissenting Opinion of a judge. Giuseppe Tesauro's work was a textbook example of this dialectic relationship between the college of judges and the Advocate General. This is, therefore, the second reason why I wish to pay tribute to him. Over his years of service he made a vital contribution to the development of the Court of Justice's case law; those ten years were crucial years in the development of EU law.

The third and final reason why I want to pay tribute to Giuseppe Tesauro is for his humanity. Despite his great intellect and his brilliant career, he was a very modest man. He worked diligently and precisely

and was always deeply invested in the cases on which he delivered an Opinion. Yet all this he did with unwavering humility on the human level. When one spoke to him and worked alongside him, he was relaxed and informal, compared to many Italians of his generation, who – I ask our Italian friends to forgive me for saying this – were often perceived by their fellow Europeans to be somewhat more formal in their social interactions than non-Italians. Giuseppe Tesauro had a very warm, open personality. When my wife and I first arrived in Luxembourg, he took trouble to make our integration into our new environment as a young couple easier. In particular, he made us feel welcome and accepted in the group of judges and advocates general of the CJEU. I would therefore like to thank Giuseppe Tesauro from the bottom of my heart for his kindness to us at that time. It is extremely fitting that this conference is being held as a way of paying tribute to all the aspects of his rich personality: rich both on the professional level but, above all, rich in human terms.

Thank you for your attention.

TESAURO ADVOCATE GENERAL AND FRIEND: A TRAILBLAZER AND A MAN OF VALUES

José Luís da Cruz Vilaça[*]

Giuseppe Tesauro was my friend and I miss him. I think we all miss him.

Among the many dimensions of his unique character, it was precisely Tesauro as Advocate General that I discovered when we first met in Luxembourg.

Tesauro arrived at the Court of Justice when I left it as Advocate General, before returning to Luxembourg a year later.

The first member of the Court to welcome me to his home on the Limpersberg plateau, together with his wife and life-long companion Paola – *per cui, in questo momento, vorrei avere un pensiero doloroso e affettuoso* – was Beppi Tesauro. We became true friends from that first moment: for my part, I was captivated by his warm, simple and generous welcome, his intelligence, sense of humour and independence of mind, his philosophically pragmatic approach to life and its twists and turns, as well as his skills as piano player and, above all, his attachment to family. With Paola's emotional cement, the new Italian and the former Portuguese Advocates General were naturally meant to be good friends for life!

During his tenure as Advocate General, Tesauro issued almost 300 opinions on a wide range of subjects.

I will limit myself to briefly evoking two or three that have remained engraved in my memory, some of them of resounding constitutional importance.

It is impossible not to recall, first of all, his opinions in the *Factortame & Brasserie du Pêcheur* saga.

In *Factortame I*[1], Tesauro, in his opinion of May 1990, paved all the way for the Court of Justice to famously declare that "a national court which, in a case before it concerning Community law, considers that

[*] Retired Professor of EU and competition law at Nova University and Catholic University of Lisbon; former Judge and Advocate General at the Court of Justice of the EU and former President of the General Court of the EU.

[1] Judgment of the Court of 19 June 1990, case C-213/89, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte*: *Factortame Ltd and others*, *o*pinion of AG Tesauro delivered on 17 May 1990.

the sole obstacle which precludes it from granting interim relief is a rule of national law, must set aside that rule" – be it a law of the Westminster Parliament or otherwise.

The decision of the House of Lords, which, by applying the judgment of the Court of Justice, granted the applicants the requested injunction was considered at the time, in the UK, as an almost "revolutionary act", given its impact on "parliamentary sovereignty". Tesauro's opinion and the subsequent Court's ruling were thus the triggers of that legal revolution.

Thirty years later, Brexit advocates would see in that the quintessence of their disdain for the supremacy of EU law and, in particular, for the quiet, unassailable authority of the Court of Justice.

Similarly, in *Brasserie du Pêcheur and Factortame*[2], Tesauro's opinion (of 1995) could not have been clearer in stating that there could be "no doubt" as to the manifest and serious nature of the infringement at stake, attributable to the legislature, and therefore as to the right to compensation for individuals who suffered harm as a result. The Court of Justice couldn't agree more.

When it came to the fundamental principles governing the EU legal order, AG Tesauro was not prone to make unjustified concessions.

Such a statement may also be illustrated by Tesauro's opinion in *Comateb*, concerning the refusal by the Department of Customs and Indirect Taxes to repay the so-called "*octroi de mer*" (dock dues) levied on the importation into the French overseas department of Guadeloupe of various goods from another Member State, from non-member countries and from other parts of the French territory, on the ground that the charge has been passed on to the purchaser.

As Tesauro pointed out in paragraph 23 of his opinion, the trader could suffer damage as a result of the very fact that he has passed on the charge levied by the administration in breach of Community law, as the increase in the price of the product brought about by the passing on of the charge could lead to a decrease in sales. Thus, the levying of dock dues was liable to make the price of products from other parts of the Community significantly higher than the price of local products which

[2] Judgment of the Court of 5 March 1996, joined cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland* and *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, opinion of AG Tesauro delivered on 28 November 1995.

were exempt from those dues, with the result that importers would suffer damage, regardless of whether the charge had been passed on.

In such circumstances, the Court then decided that the trader was entitled to claim that, although the charge had been passed on to the purchaser, the inclusion of that charge in the cost price had, by increasing the price of the goods and reducing sales, caused him damage which excluded, in whole or in part, any unjust enrichment which would otherwise be caused by reimbursement[3].

Unsurprisingly, his analytical rigour in protecting the principles of the Treaty led him to go sometimes beyond the path finally taken by the Court of Justice. The "*octroi de mer*"/dock dues saga also provides an example of this, with regard to further questions on the same matter referred to the Court of Justice for a preliminary ruling[4]. In a group of cases, the Court, in its judgment, ultimately saved, *subject to monitoring by the Commission,* the validity of a Council Decision[5] *authorising temporary exemptions from the "octroi de mer"* that Tesauro had proposed to declare invalid.

Giuseppe Tesauro was part of a long tradition of great Italian Advocates General – of which Antonio Tizzano and Paolo Mengozzi, present here, are living exponents – whose opinions express the quality of their legal reasoning, the solidity of their EU law background and the strength of their European convictions.

Often grounded in sound and solid international law foundations, they have masterfully helped to build and strengthen the pillars of a new European legal order which is autonomous and distinct from the international order.

Moreover, being in the vast majority of cases eminent law professors, they have been able to set up teams of talented young lawyers and academics – *vere e proprie scuole di pensiero* – in whom they have instilled enthusiasm for EU law, a sense of rigour, a critical spirit and an innovative and pioneering flair.

[3] See judgment of the Court of 14 January 1997, joined cases C-192/95 to C-218/95, *Comateb and Others*, and opinion of AG Tesauro of 27 June 1996.

[4] See, in this regard, joined opinion of AG Tesauro delivered on 20 March 1997, in *Sodiprem SARL a. o. (C-37/96) and Roger Albert SA (C-38/96) v Direction générale des douanes*, joined cases C-37/96 and C-38/96, and in *Paul Chevassus-Marche v Conseil régional de la Réunion*, case C-212/96, and the judgment of the Court of 19 February 1998, in the same cases.

[5] Council Decision 89/688/EEC, of 22 December 1989, concerning the dock dues in the French overseas departments (p. 46).

The best example of this is the large group of former associates, collaborators and disciples of Beppi Tesauro, some of whom – "old" and dear friends of mine – I am pleased to see in this Aula Magna, actively involved in this tribute to Giuseppe Tesauro, and whose brilliant careers I have followed, albeit from a distance.

Let me end with a brief reference to Tesauro's innovative and often pioneering attitude in his opinions.

This is of course something we are entitled to expect from an Advocate General, given the dynamic, constructive, even provocative role they are invited to play vis-à-vis the Court's case-law.

Two Tesauro's opinions in cases of which I came across for different reasons are good examples of this attitude.

The first of these two opinions, in the *Lornoy* case[6], was one of the decisive pushes which led the Court of Justice to finally recognise, in 2003, in *Van Calster*[7], that a State aid mechanism is not dissociable from its method of financing, so that an individual who has been subject to a mandatory para-fiscal charge levied to finance aid deemed incompatible with the internal market is entitled to obtain reimbursement of the sums which he was wrongly obliged to pay, thereby ensuring the full effect of the powers deriving for national courts from the last sentence of Article 103(3) TFEU.

As for the second of these opinions, I have already mentioned it in this same prestigious University, almost 10 years ago, in another tribute paid, while he was still alive, to Giuseppe Tesauro[8].

The opinion was delivered in *P v. S and Cornwall County*, of 1995[9], a case concerning the dismissal of a transsexual who had undergone sex-change surgery. Tesauro vigorously opposed the argument submitting that sex discrimination was not at stake, since "female transsexuals" were not treated differently from "male transsexuals".

[6] Opinion of AG Tesauro in case C-17/91 *Lornoy a. o. v. Belgium*, delivered on 25 June1992. See, in this respect, J.L. da Cruz Vilaça, *EU Law and Integration – Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Oxford, 2014, p. 213 ss.

[7] Judgment of the Court of 21 October 2003, joined cases C-261/01 and C-262/01, *Belgische Staat v Eugène van Calster and Felix Cleeren and Openbaar Slachthuis*.

[8] See J.L. da Cruz Vilaça, *The Fundamental Right to Human Dignity in the EU and Constitutional Legal Orders*, in Aa.Vv., *Scritti in Onore di Giuseppe Tesauro*, vol. I, Napoli, 2014, pp. 125-133. Rita Ciccone in her intervention in the present Convegno also referred to Tesauro's opinion in this case.

[9] Judgment of the Court of 30 April 1996, case C-13/94, *P v. S and Cornwall County*, and opinion of AG Tesauro delivered on 14 December 1995.

Drawing on medical and scientific evidence and anticipating at the time further developments in legal thinking, the Advocate General set out his belief that it was necessary to go beyond traditional classifications and recognise that, beyond the male/female dichotomy, a number of characteristics, behaviours and roles are shared by men and women, so that protection should be afforded to those who are treated unfavourably solely because of their gender or sexual identity.

Tesauro linked his submissions to the principle of equality, interpreted in a broad sense to cover any situation where sex is the discriminatory factor, arising from a social prejudice that has nothing to do with a person's different abilities.

I think that, had he delivered his opinion a few years later, he would certainly also have based it on Article 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which enshrines the fundamental, absolute and inalienable right to Human Dignity.

This is my humble, sincere tribute to Giuseppe Tesauro, an Advocate General who left an unmistakable mark on the case-law of the Court of Justice, a forerunner, a trailblazer who broke new ground in consolidating the Union's legal order and in ensuring the effective judicial protection of the fundamental rights of citizens.

Thank you.

GIUSEPPE TESAURO E LA DIFFUSIONE DELLA CONOSCENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Roberto Mastroianni[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impegno di Tesauro per la divulgazione del diritto dell'Unione. – 3. La difesa dell'autonomia del diritto dell'Unione. – 4. Rimpianti e promesse.

1. Non è facile scegliere un profilo della straripante e variegata personalità di Giuseppe Tesauro al quale dedicare il mio ricordo. In venticinque anni ho conosciuto il Tesauro Professore (pur non essendo suo allievo diretto), il Tesauro Avvocato generale e Giudice costituzionale, il Tesauro presidente dell'AGCM, ma anche il Tesauro tennista e il Tesauro amante della musica e pianista. Ma il lato del Suo carattere che mi ha colpito dal primo all'ultimo giorno è stata la Sua passione per lo studio e la diffusione del diritto dell'Unione europea (o, come preferiva continuare ancora chiamarlo per il senso di condivisione che la parola trasmette, *diritto comunitario*), passione che ha segnato tutta la Sua vita professionale nella maniera sanguigna e coinvolgente tipica del Suo modo di fare. È quindi su questa passione che vorrei soffermarmi in queste pagine a Lui dedicate.

2. Tesauro credeva fermamente nell'integrazione europea. Ad essa e alle sue varie manifestazioni concrete ha dedicato il Suo impegno sui vari fronti che lo hanno visto protagonista. Sono certo che non avrebbe potuto raggiungere i risultati straordinari che ha raggiunto in tutti i difficili ruoli che ha ricoperto senza una forte e consapevole convinzione delle virtù del processo di integrazione, facendone un punto di riferimento obbligato non solo, come è ovvio, nel suo lavoro da Avvocato generale alla Corte di giustizia, ma anche nei ruoli istituzionali – solo all'apparenza – più "nazionali" che lo hanno successivamente visto protagonista. Coerentemente, riteneva fosse un preciso dovere,

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e Giudice del Tribunale dell'Unione europea.

per coloro che per motivi di studio, istituzionali o professionali (nel suo caso, tutti e tre nelle varie fasi della sua carriera) fossero in grado di fornire testimonianza sulle modalità di funzionamento delle istituzioni e sui vantaggi offerti dal processo di integrazione, di impegnarsi il più possibile per divulgarli. In concreto, questa sua intima convinzione lo portava ad un'attività infaticabile. Considerava un vero e proprio obbligo etico rispondere positivamente agli inviti e partecipare al numero più alto possibile di iniziative, a prescindere dal vero o apparente contenuto scientifico delle stesse, che avessero lo scopo di diffondere la corretta conoscenza del diritto dell'Unione. Un dovere che accompagnava al piacere della compagnia (soprattutto) dei giovani, frutto di una formazione universitaria "sul campo", anzi su un campo, quello dell'Ateneo federiciano, che è da sempre fucina di grandi talenti. Mi è capitato di accompagnarlo personalmente (Lui, Avvocato generale della Corte di giustizia o Presidente dell'Autorità Antitrust o Giudice costituzionale) a tenere discorsi, relazioni e conferenze in istituti scolastici o in eventi organizzati in sedi giudiziarie periferiche o da ordini degli avvocati di provincia. Per Lui la sede non faceva granché differenza: l'importante era condividere con il numero più alto possibile di persone la sua esperienza e rendere noti i vantaggi – quelli evidenti e quelli meno noti – offerti a tutti i cittadini dall'esistenza di un sistema di integrazione così sofisticato.

La Sua disponibilità a diffondere il più possibile la conoscenza del diritto dell'Unione si sposava perfettamente con, ed era costantemente alimentata da, un'altra profonda convinzione, quella per cui sono gli operatori del diritto nazionali, in particolare gli avvocati e i "piccoli giudici", come Lui amava chiamarli – cioè i giudici dei primi gradi di giudizio, grazie al ruolo loro affidato di "giudici naturali" del diritto dell'Unione – i veri protagonisti del percorso di integrazione europea. Entrambe le categorie erano viste da Tesauro come il motore principale della "integrazione attraverso il diritto", essendo la loro attività indispensabile per la tutela immediata dei diritti attribuiti dalle fonti dell'Unione e per dare l'avvio al mai abbastanza celebrato dialogo diretto con la Corte di giustizia (il rinvio pregiudiziale, che Lui a ragione definiva il "gioiello" del sistema voluto dai Trattati). Come è noto, le regole del diritto dell'Unione si caratterizzano per avere – da sempre – la vocazione ad occuparsi e regolare non solo le grandi questioni di rapporti tra Stati, o tra Stati ed istituzioni, ma anche i rapporti più "quotidiani" tra singoli ovvero tra amministrati e potere pubblico, con una serie di prescrizioni che trovano immediata applicazione, a prefe-

renza (se necessario) delle regole adottate dai legislatori nazionali. Da qui la Sua insistenza nel ricordare, da un lato, che sono state le cause apparentemente secondarie (ma di grandissimo valore per i cittadini) ad avere provocato gli arresti storici della Corte di giustizia: per parlare solo dei casi "italiani", le cause *Costa c. Enel*, *Simmenthal* e *Francovich* sono gli esempi che Lui amava raccontare perché forniscono un'eccellente dimostrazione di come controversie apparentemente di piccolo cabotaggio abbiano dato il "la" alla Corte di giustizia per la ricostruzione dei principi di base dell'ordinamento dell'Unione. Dall'altro, che la formazione del giurista moderno (pre e post-laurea) non può permettersi di sottovalutare lo studio del diritto dell'Unione europea, con le sue regole peculiari di funzionamento delle istituzioni, di produzione normativa e così via, come materia autonoma nei percorsi formativi. Soprattutto alla luce delle profonde trasformazioni provocate dai Trattati di revisione (da Nizza in poi) alle regole di base, Tesauro credeva fermamente che l'insegnamento della materia – nelle Università ma anche nei corsi di formazione dell'avvocatura e della magistratura – se pure presuppone la conoscenza approfondita del diritto internazionale se non altro per la genesi pattizia delle regole di base, presenta caratteristiche del tutto originali e quindi richiede il ricorso a docenti esperti della materia. Messaggio, quest'ultimo, che amava spesso ribadire a fronte di atteggiamenti non proprio virtuosi da parte di alcuni Atenei italiani. È sulla base di queste solide e condivise convinzioni che, con il Suo costante supporto sin dal primo giorno e la Sua presenza in tutti i principali eventi, abbiamo creato, a Napoli, quindici anni fa, un Corso di perfezionamento dedicato alla "Tutela dei diritti" nell'ordinamento dell'Unione europea.

3. La passione per il diritto dell'Unione lo portava, coerentemente, ad essere molto severo (innanzitutto con sé stesso) nello studio di una materia che imponeva, per la sua rapidissima evoluzione, un aggiornamento costante. Amava spendere le ore serali nella lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia, non solo per il suo strettissimo attaccamento all'attività di un'istituzione a cui aveva dedicato anni di lavoro e nella quale è ancora oggi ricordato come uno dei migliori Avvocati generali; ma anche perché era pienamente consapevole dell'impossibilità di comprendere lo sviluppo del diritto dell'Unione senza la necessaria attenzione alle novità – a volte davvero determinanti – prodotte dalla giurisprudenza comunitaria. In effetti, come per ogni grande passione, la ferma convinzione della rilevanza e dell'autonomia del diritto dell'U-

nione europea portava Giuseppe Tesauro a reagire contro atteggiamenti che Lui riteneva superficiali se non addirittura pirateschi. Tesauro tendeva a diffidare dei tanti che provavano ad improvvisare discorsi e ad elaborare tesi nella sua prediletta materia di studio senza il necessario approfondimento, magari per obiettivi non proprio nobilissimi quali l'occupazione di immeritati spazi accademici o professionali. Solo in queste occasioni l'ho visto più volte perdere la sua proverbiale bonomia e il suo fare accomodante per stigmatizzare in maniera molto severa il comportamento di coloro che – come amava dire spesso – erano stati conquistati il giorno prima dal fascino del diritto dell'Unione europea. Ad essi chiedeva, anche pubblicamente, di studiare la giurisprudenza della Corte di giustizia, passaggio obbligato per ogni possibile discorso sul diritto dell'Unione, magari leggendo, se non tutto il testo, almeno le massime delle sentenze. In particolare, non sopportava l'approccio – a dir poco superficiale – di chi continuava, anche a distanza di decenni dall'inizio del processo di integrazione, ad accusare l'Unione e le sue istituzioni di un approccio di tipo "mercantilistico" alle relazioni tra Stati, dimenticando (o semplicemente ignorando) non solo che l'integrazione economica era stata prescelta, dai padri della Comunità, come mossa strategica per avvicinare Stati in continuo e sanguinoso conflitto, con l'obiettivo (peraltro apertamente dichiarato a partire dalla Dichiarazione di Schuman e, nei fatti, certamente raggiunto) di garantire in tal modo la pace nel continente, ma anche che la giurisprudenza della Corte di giustizia, le successive modifiche dei Trattati e l'entrata in vigore della Carta di Nizza avevano realizzato una forma di integrazione molto più complessa, tale da mettere il valore della persona umana al centro del sistema. Metteva in difficoltà i suoi interlocutori citando sentenze della Corte di giustizia che, pure in contesti legati alla libera circolazione dei fattori produttivi, mettevano al cuore del sistema la tutela dei diritti fondamentali (la sua preferita era la sentenza *Chen* del 2004 o, come preferiva chiamarla, della "bambina cinese").

In definitiva, Tesauro comprese che era giunto il momento per il diritto dell'Unione di spezzare i legami con la "materia madre", il diritto internazionale, su cui Lui e molti di noi si sono formati quando includeva – anche ai fini concorsuali – il diritto internazionale pubblico, quello privato, ed il comunitario. Da qui il suo contributo determinante per la promozione di un settore concorsuale distinto per il diritto dell'Unione europea e per la creazione, nel 2018, di una nuova Associazione degli studiosi di diritto europeo (AISDUE), a cui teneva moltissimo e per la quale ha svolto sino alla fine il ruolo di Presidente.

Sempre a proposito della sua convinzione profonda dell'autonomia del diritto dell'Unione, può essere utile ricordare un episodio che risale all'inizio del 2009. Tesauro era stato chiamato a tenere una relazione in un convegno interdisciplinare organizzato presso l'Accademia Nazionale del Lincei per la celebrazione dei 50 anni della prestigiosissima *Enciclopedia del diritto*. Il convegno serviva anche a promuovere la pubblicazione di volumi di aggiornamento ("Annali"), con i quali si intendeva offrire una trattazione sistematica dei temi di anno in anno emergenti nel mondo del diritto. A Tesauro fu chiesto di occuparsi del diritto internazionale, intendendo comprendere – come per prassi ancora si riteneva in quegli anni – anche il diritto comunitario. Nel preparare questo evento, ci accorgemmo che nei tre volumi sino a quel momento pubblicati degli Annali, le voci dedicate al diritto internazionale erano pochissime, ed in più quelle poche vedevano la firma, nella grande maggioranza, di docenti di altre materie. Questo avveniva anche per le voci più "classiche" del diritto comunitario. La sua reazione fu molto dura. Nella relazione presentata al convegno del gennaio 2009 (rinvenibile in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 127 ss.) dopo avere ricostruito in maniera mirabile lo stato delle discipline internazionalistiche, dedicò la parte finale del suo intervento ad una pacata quanto profonda critica delle scelte delle voci e degli autori, stigmatizzando "il progressivo attenuarsi dell'Opera sulle discipline internazionalistiche" e la presenza di firme "beninteso di primo livello scientifico ed accademico, ma estranee alla letteratura specialistica", arrivando a qualificare la circostanza come "a dir poco inquietante". Ciò in quanto secondo Tesauro il successo della nuova iniziativa, nonché la consistenza dei singoli contributi, non avrebbe potuto prescindere da una scelta oculata degli autori delle Voci sulla base dell'impegno e della sperimentata specializzazione degli stessi autori rispetto ai diversi temi loro affidati.

È bene chiarire che la sua reazione non derivava dalla volontà di porre inutili quanto insensati steccati tra discipline, tanto è vero che Lui amava confrontarsi con (e all'occorrenza imparare da) i migliori studiosi di altre materie: si trattava piuttosto, da un lato, di reagire contro una evidente quanto ingiustificata sottovalutazione di decenni di pubblicazioni, lezioni e convegni, frutto dell'impegno di studiosi di altissimo valore e fama internazionale che il diritto comunitario l'aveva, letteralmente, costruito nel dibattito scientifico in Italia e che si vedevano, di colpo, del tutto pretermessi; dall'altro, di contrastare un fenomeno che già da tempo cominciava a prendere forma, vale a dire il tentativo di "appropriazione" della materia o di parti di esse da parte

di colleghi di altre discipline, magari sulla base di una forzata e in realtà strumentalizzata "vicinanza" alle questioni europee, del tutto inevitabile trattandosi, nel caso del diritto dell'Unione, dello studio di un vero e proprio nuovo ordinamento nato dai Trattati.

Il Comitato scientifico corse ai ripari cooptando nel suo seno un valoroso esperto di diritto internazionale pubblico e di diritto comunitario dell'Università di Bari, e da allora le cose si sono, per così dire, "normalizzate", a beneficio della qualità delle pubblicazioni e, soprattutto, delle esigenze scientifiche e di divulgazione proprie di un'opera di altissimo prestigio come l'*Enciclopedia del diritto*.

4. La scomparsa di Giuseppe Tesauro lascia un vuoto immenso anche per la divulgazione della corretta conoscenza del diritto dell'Unione. Spetta ora a chi ne ha conosciuto ed apprezzato le doti proseguire sul solco che Lui ha tracciato. Quando mi chiamò, nel 1997, per chiedermi di andare a "suonare il pianoforte con lui in Lussemburgo", metafora riferita alla comune passione, gli promisi tutto il mio impegno per ringraziarlo dell'occasione unica che mi stava offrendo, cioè lavorare come referendario nel suo *Cabinet*. Ora che non c'è più, l'impegno prosegue con ancora maggiore convinzione e determinazione: non ti preoccupare Beppi, qui stiamo ancora suonando!

GIUSEPPE TESAURO E L'INTEGRAZIONE EUROPEA COME AFFERMAZIONE DI UNA CULTURA DI DIFESA DEI DIRITTI DEI SINGOLI

Paolo Mengozzi[*]

SOMMARIO: 1. Il contributo dato all'affermazione del diritto comunitario dalla scuola di Quadri e dall'intelligenza cattolica innestata nella tutela dei diritti dei singoli da Alberto Trabucchi. – 2. La tutela di tali diritti che nel caso *Factortame* Tesauro ha ottenuto dalla Corte di giustizia in deroga ad una inveterata regola di *common law*. – 3. L'invocazione da parte di Tesauro di detta tutela nel caso *Brasserie du Pêcheur* e il riferimento ad essa fatto dalla Corte di giustizia richiamando una pronuncia della CPGI. – 4. L'ulteriore tutela che nel caso *Corbeau* Tesauro ha promosso di tali diritti distinguendo l'attività di un corriere espresso rispetto a quella dei servizi postali di base in ragione del suo volgere a soddisfare un bisogno vitale dei consumatori. – 5. La cultura ispiratrice dell'attività scientifica e giudiziaria di Giuseppe Tesauro e le sue eccezionali qualità umane.

1. Da un intervento compiuto molto tempo fa dal Professor Tesauro in occasione di un incontro su "Dottrina italiana e l'affermazione sul piano storico del diritto comunitario", si sarebbe potuta trarre una sua convinzione secondo cui a tale affermazione avrebbe prevalentemente contribuito la Scuola napoletana di Rolando Quadri. Quella sensazione è completamente superata dalla intervista che lo stesso Tesauro ha rilasciato il 21 gennaio 2021 alla rivista *Lo Stato*[1]. In quella intervista Egli ha inequivocamente sottolineato il ruolo decisivo che, al riguardo, ha avuto la "cultura di difesa dei diritti dei singoli" scolpita nella sentenza *van Gend & Loos* del 1963 da Alberto Trabucchi. Sempre secondo Giuseppe Tesauro, quella pronuncia è divenuta la connotazione principale del diritto dell'Unione, insieme ai due elementi che ne conseguono: l'effetto diretto e il primato del diritto dell'Unione. E lo è divenuta in quanto Alberto Trabucchi ha iniettato in quella cultura di difesa dei diritti dei singoli i suoi sentimenti più profondi caratterizzati dalla "sua intelligenza cattolica", legata al pensiero secondo cui la persona umana è posta al più alto livello.

[*] Professore emerito dell'Università di Bologna, *Ancien Membre* della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

[1] F. PEDRINI, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, pp. 183-224.

La realtà è che, come risulta dal fatto che Quadri e Trabucchi hanno diretto assieme il fondamentale Commentario CEE del 1965[2], le due Scuole, la Scuola del primo – a cui ha appartenuto Tesauro – e quella del secondo, sono state unite dal sentimento che le Comunità europee devono perseguire l'elevazione della persona umana, non solo attraverso il riconoscimento di diritti ai singoli, ma anche attraverso l'attribuzione a questi di una tutela giurisdizionale effettiva. E quel sentimento li ha uniti nell'avvertimento che l'integrazione europea si è imposta per superare forme di assolutismo, quali quelle costituite dal nazismo e dallo stalinismo, che sono state macchiate da una pesante negazione della dignità umana.

2. Riferendosi alla giurisprudenza iniziata con la sentenza *van Gend & Loos* e alla cultura di difesa dei diritti dei singoli di cui essa è espressione, Giuseppe Tesauro nelle conclusioni del 1990 nel caso *Factortame*[3], che Egli stesso ha dichiarato di considerare le più importanti tra quelle presentate, ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla possibilità di non applicare un'antica regola di *common law*. Le ha chiesto e, con un successo non facilmente prevedibile, ha ottenuto che essa, ancorandosi all'esigenza propria di tale cultura e di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti da essa implicata, affermasse un potere-dovere dei giudici del Regno Unito di adottare misure di urgenza o provvisorie di sospensione dell'applicazione in un caso concreto di una legge apparentemente incompatibile con misure comunitarie provviste di efficacia diretta. Lo ha fatto nonostante quella regola di *common law* tradizionalmente importasse che nessun provvedimento provvisorio potesse essere emesso contro la Corona.

3. Giuseppe Tesauro ha significativamente continuato a considerare la tutela giurisdizionale effettiva attribuita ai singoli come la "caratteristica principale del diritto comunitario" anche in numerose altre conclusioni, quali quelle presentate nel caso *Brasserie du Pêcheur* del 1995[4]. In quest'ultima, facendosi forte della sua esperienza di in-

[2] Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario diretto da R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi, Milano, 1965.

[3] Conclusioni presentate il 17 maggio 1990, nella causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport*, *ex parte*: *Factortame Ltd e altri*.

[4] Conclusioni presentate il 28 novembre 1995, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA* contro *Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*.

ternazionalista, aveva ricordato che la Corte Permanente di Giustizia Internazionale, con pronuncia del 1927[5], aveva chiaramente affermato che la violazione di un impegno derivante da una convenzione importa l'obbligo di riparare in forma adeguata e la riparazione è "un complemento indispensabile" della mancata applicazione di quella convenzione, anche senza che ciò sia da questa messo per iscritto. La Corte di giustizia, cosa rara nella sua giurisprudenza particolarmente orientata ad affermare l'autonomia del diritto comunitario rispetto agli altri ordinamenti giuridici, ha ripreso puntualmente tale richiamo estendendo la responsabilità patrimoniale, già sancita in *Francovich* a carico di uno Stato membro in relazione a una sua violazione di impegni espressamente stabiliti in norme comunitarie, anche in direzioni ulteriori.

L'estensione così promossa e ottenuta da Giuseppe Tesauro dell'ambito di applicazione del principio in questione correva, però, il rischio di dilatarne eccessivamente l'invocazione. Egli ha allora, con forte equilibrio e sensibilità, fornito alla Corte di giustizia degli elementi atti a limitarne l'applicazione. Ha fatto riferimento alla sua giurisprudenza relativa alla responsabilità extracontrattuale della Comunità, secondo cui, affinché gli organi di questa siano chiamati in causa, occorre che i loro atti, incompatibili con norme che conferiscano ai singoli diritti il cui contenuto sia determinato e preciso, non siano ragionevoli, non essendo sufficiente la loro invalidità. Ne ha dedotto, seguito dalla Corte di giustizia, che, nonostante la peculiarità che la responsabilità degli Stati presenta rispetto a quella della Comunità, anche il comportamento dei primi non possa dare luogo ad una loro responsabilità patrimoniale se non hanno commesso una violazione sufficientemente grave e manifesta di norme del genere. Di conseguenza, solo violazioni siffatte da parte di Stati membri possono essere "caratterizzate" come idonee a dare luogo ad una tale responsabilità. Ha anche così contribuito a consolidare la capacità dell'Unione di promuovere la tutela e la dignità dei singoli nel modo saggio e ragionevole che hanno riconosciuto abbia fatto tutti i Colleghi che si sono espressi in questo suo corale ricordo.

[5] Sentenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale del 26 luglio 1927, *Officina di Chorzów*.

4. Giuseppe Tesauro si è, successivamente, espresso in modo significativo nelle conclusioni presentate nel caso *Corbeau* del 1993[6]. Quel caso riguardava un operatore che pretendeva di agire qualificandosi come "corriere espresso" e che le autorità belghe avevano incriminato perché, a loro giudizio, non presentava le caratteristiche previste dalla legislazione nazionale per poter derogare ai diritti esclusivi da questa attribuiti ad enti quali *Régie des postes*.

Nelle sue conclusioni Giuseppe Tesauro ha rilevato che il riconoscimento a quel corriere espresso di diritti esclusivi fosse conforme agli allora vigenti articoli 90 e 86 CEE. Ciò perché i servizi postali di base, consistenti nella raccolta e smistamento e recapito della corrispondenza, deve essere tutelato "in quanto consente le comunicazioni interpersonali, soddisfa un bisogno vitale della collettività" e, quindi dei consumatori. I servizi di quel corriere espresso, a suo giudizio, sono prestati a) a chiunque ne faccia richiesta su tutto il territorio nazionale, b) ad un livello qualitativo medio e c) ad una tariffa unica e fissata ad un livello accessibile a tutti.

Régie des postes però contestava che il Signor *Corbeau* potesse invocare diritti quali quelli ad essa spettanti in quanto la sua attività non presentava la stessa caratterizzazione della sua. Giuseppe Tesauro si è espresso in senso contrario a tale affermazione perché occorre bilanciare la tutela dei consumatori e, più in generale, della collettività con quello dei prestatori di servizi. A suo avviso, ciò che connota il servizio del corriere espresso è il valore aggiunto che esso presenta rispetto al servizio di base, valore aggiunto che, a sua volta consiste in una o più prestazioni addizionali quali, ad esempio, a) la raccolta a domicilio della corrispondenza, b) una maggiore rapidità o affidabilità del recapito e c) la possibilità di modellare il servizio in funzione delle esigenze individuali della clientela (servizi personalizzati).

Giuseppe Tesauro ha, anche così, concretizzato il suo orientamento a promuovere la cultura della difesa dei diritti e dei valori sanciti dal diritto comunitario e la loro tutela giurisdizionale effettiva. È cosa buona che la Corte di giustizia, anche in suo ricordo, stia mostrando, sempre più concretamente, di volere continuare ad operare in loro sintonia.

5. Il ricordo di Giuseppe Tesauro come Avvocato generale non può, però, essere inteso senza collegare quanto sopra con le tantissime altre

[6] Conclusioni presentate il 9 febbraio 1993, nella causa C-320/91, *Procedimento penale contro Paul Corbeau*.

importanti funzioni da lui svolte, le sue innumerevoli partecipazioni in qualità di relatore e presidente a conferenze, seminari e convegni di altissimo livello, i suoi preziosi e talvolta polemici interventi sulla stampa e gli innumerevoli articoli portanti la sua firma che altri hanno ricordato o si apprestano a ricordare. Potrà essere adeguatamente compiuto solo richiamando le sue considerevoli qualità umane, caratterizzate dalla sua forte personalità, dall'ironia con cui sapeva affrontare qualsiasi argomento, per quanto spinoso esso fosse, dalla saggezza e dall'attenzione che rivolgeva alle altrui opinioni.

GIUSEPPE TESAURO:
PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ
GARANTE DELLA CONCORRENZA E AVVOCATO

2 LUGLIO 2022

SALUTI INTRODUTTIVI

Per noi, amici e allievi, è passato ancora troppo poco tempo per poter parlare di Lui come di chi non è più.

Fra pochi giorni il 6 luglio è un anno che Beppi, come amava farsi chiamare dagli amici e, come precisava, con due "p", ci ha lasciati.

Quando mi è stato chiesto di ricordarlo, conoscendo la nostra frequentazione costante quotidiana, ho avvertito commozione e smarrimento.

La commozione ho cercato di nasconderla perché gli anziani spesso si vergognano di manifestarla; lo smarrimento invece è dovuto al fatto che, essendo io più anziano, si pensa sempre ad un presunto ordine per cui sembra non accettabile che si ricordi un amico più giovane.

Per ricordare la sua personalità penso che due siano gli aspetti da considerare.

Prima di tutto le opere e gli impegni lasciati nei vari alti incarichi che ha ricoperto e poi il suo operare quotidiano, anche attraverso le sue confidenze. Io ho avuto il privilegio di viverli entrambi e ho constatato la stessa particolare importanza che Egli dava all'uno e all'altro aspetto.

La nostra era un'amicizia nata in anni lontani nei viali prospicienti ed afferenti la via Aniello Falcone, quello delle Arcate e quello del Belvedere, con le sfide calcistiche fra i due viali che venivano organizzate nell'ambito della Villa Belvedere, oltre la frequentazione del Collana al Vomero per le partite del Napoli.

Quello che poi ci legò in seguito è stato il "diritto comunitario", come Lui teneva che si dicesse ancora oggi, di cui è stato uno tra i più prestigiosi interpreti ed attori nelle varie autorevoli istituzioni in cui è stato, dalla Corte di giustizia all'Antitrust, ed infine alla Corte costituzionale prima componente e poi Presidente dove ha messo in luce la continuità del suo insegnamento e, suo principale impegno, la tutela dei diritti.

Ed è stato notevole, fondamentale, il contributo profuso nelle varie istituzioni, con profondo convinto animo europeista che ha costituito il nostro costante punto di riferimento, operando sempre con estremo equilibrio che ha rappresentato anche con la sua "napoletanità", alla quale non rinunciava mai, con quell'aria semplice priva di supponenza. In tutte ha lasciato un'impronta determinante sia per le decisioni assunte, sia per la gestione dei rapporti istituzionali e non.

Il Manuale è lo specchio della sua vita accademica e politica. Esso contiene gli aspetti fondamentali dei suoi studi, ora sapientemente ripercorsi dai suoi allievi, cui Egli ha affidato la sua opera cui teneva moltissimo. Le ultime sue premesse, soprattutto quella al secondo volume, scritta solo pochi giorni prima di lasciarci, penso si possa considerare il suo testamento spirituale, lasciato agli allievi e alle nuove generazioni di studiosi e studenti, affinché la causa comunitaria di cui era convinto antico assertore fosse sempre l'obiettivo principale delle varie componenti istituzionali e politiche del suo Paese e degli altri Stati europei.

Tra i ricordi più significativi ho soprattutto caro quello che si verificò nell'Aula Magna della nostra Università Federico II, dove lo festeggiammo per la sentenza della Corte costituzionale sul giudizio di legittimità, concernente le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, da Lui redatta, orgogliosi di appartenere – anche per suo merito – a quella scuola napoletana del diritto internazionale.

Mi manca la telefonata quotidiana nella quale si discuteva di tante cose serie e meno serie e l'ultima mattina quando gli dissi che all'indomani avremmo dovuto parlare di cose più serie, Egli mi ammonì, con la sua solita ironia, dicendo (ricordo le parole) "e allora dobbiamo continuare a parlare del Napoli!".

Si è chiuso così con queste parole un ciclo amicale iniziato settant'anni fa con il calcio e finito con la sua battuta sul Napoli! Poi quella dolorosa telefonata alle otto del mattino!

Ciao Beppi e grazie per la Tua amicizia.

Napoli, Castel Capuano
2 luglio 2022

Mario De Dominicis

Editoriale Scientifica;
già Professore di Diritto internazionale,
Università di Salerno

Ringrazio per l'invito gli organizzatori di questo convegno in memoria del Prof. Giuseppe Tesauro che ci ha lasciato quasi un anno fa e precisamente il 6 luglio 2021 e sono onorata di poter porgere il mio saluto in onore di questo grande maestro del diritto eletto Presidente della Corte Costituzionale il 30 luglio 2014, ruolo ricoperto sino al 9 novembre 2014.

Ancor prima di questo importantissimo incarico il Prof. Tesauro, il 16 dicembre 1997 era stato scelto dai presidenti di Camera e Senato, Luciano Violante e Nicola Mancino come Presidente dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, incarico svolto con grandissima competenza e professionalità manifestando un'impostazione di pensiero forte sul ruolo dell'autorità indipendente posta a presidiare la concorrenza non solo dal punto di vista delle logiche e degli interessi del mercato, ma anche delle libertà dei cittadini.

Il mio ricordo personale va al giorno in cui ho conosciuto il Prof. Tesauro: ero stata appena nominata presidente del Tribunale di Vallo della Lucania ed ho partecipato il 20 agosto 2010 ad uno dei processi alla storia organizzato a Torre Orsaia intitolato "L'amnistia Togliatti".

Sino a quel momento aveva avuto senz'altro modo di apprezzarne le doti di giurista ma dopo quella prima occasione di incontro ho avuto modo di conoscere le sue grandi doti umane e la sua profonda sensibilità.

Nelle successive occasioni di incontro i nostri discorsi spaziavano sui temi più diversi; ma non posso non ricordare la sua grande disponibilità alla partecipazione a tanti eventi istituzionali; faccio riferimento al premio giuridico Vincenzo Caianiello tenutosi nell'aula consiliare del Comune di Aversa nel corso del quale il Prof. Tesauro ricordò il Prof. Caianiello e le sue doti di grande giurista costituzionale e di ministro guardasigilli nel governo Dini.

E ancor più recentemente, la *lectio magistralis* tenuta il 23 febbraio 2018 dal Prof. Tesauro in occasione dell'inaugurazione del Master di II livello in Scienze Forensi Veterinarie sul tema "La tutela degli animali nel mondo del diritto" che ha avuto un suo riscontro costituzionale con la modifica dell'art. 9 della Cost. approvata l'8 febbraio 2022 che statuisce espressamente "la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali" che vengono definitivamente riconosciuti quali esseri senzienti che hanno una loro dignità e quindi non possono essere considerati come cose.

È sulla scorta di questo breve ricordo che lascio la parola agli altri relatori.

Elisabetta Garzo

Presidente del Tribunale di Napoli

1. *Giuseppe Tesauro e la formazione degli operatori del diritto*. – Tra i tantissimi prismi attraverso i quali si può ricordare Giuseppe Tesauro – davvero numerosi in relazione al "multiforme ingegno" del Maestro – ne ho prescelto uno meno noto, anche se – come dirò – strettamente connesso, e quindi complementare, rispetto agli altri attraverso i quali gli illustri amici del medesimo lo hanno in questa sede commemorato. Si tratta del Tesauro aperto al dialogo formativo con i professionisti del diritto (magistrati e avvocati in primo luogo, soprattutto giovani) quali esponenti di categorie che solo attraverso il costante aggiornamento professionale (curato da apposite Scuole, nell'ambito di discipline normative che si estendono talora alle sanzioni per la mancata formazione, e sorretto da un apparato di norme di deontologia) realizzano le condizioni di legittimazione necessarie ad esercitare le funzioni giurisdizionale e defensionale[1].

2. *I progetti comunitari di formazione*. – Alludo, in particolare, al contributo – anche creativo – da Lui fornito a una serie di iniziative che, snodandosi tra la seconda metà degli anni novanta[2] del secolo scorso e le successive due decadi, avvicinarono i magistrati e gli avvocati al diritto "comunitario"[3]. Lo scrivente, quale magistrato, era stato all'epo-

[1] La tesi tradizionale espressa da A. Pizzorusso e da A. Proto Pisani era formulata nel senso che solo per il giudice l'aggiornamento professionale, curato oggi dalla Scuola superiore della magistratura (e per i giudici speciali da organismi appositi), sia condizione della legittimazione democratica alla funzione, desumibile dalla Costituzione, dovendo sussistere a livello diffuso e permanente, dal momento che, a differenza di quanto avviene per gli avvocati o per altri professionisti, il cittadino non ha la possibilità – espressamente preclusa dal principio costituzionale della precostituzione del giudice per legge – di scegliersi il giudice competente (su tale concetto, anche per richiami, R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 16, Torino, 2006, p. 63 ss.). Tale tesi va oggi rivista alla luce del riconoscimento costituzionale, implicito o eventualmente in futuro esplicito, del ministero di difensore, ormai anch'esso esercitabile solo mediante osservanza del dovere legale (v. *infra* nel testo) di formazione permanente, le relative mancanze costituendo illecito disciplinare.

[2] Rimontano a quell'epoca ad es. i programmi *Falcone*, *Odysseus*, *Oisin*, *Stop*; in particolare il 28 ottobre 1996, il Consiglio della Comunità europea aveva adottato l'azione comune 96/636/GAI di incoraggiamento e di scambi destinato agli operatori della giustizia denominato *Grotius*, cui il contributo di Giuseppe Tesauro fu significativo quanto all'attuazione in Italia, come tento di delineare nel testo.

[3] Altri già, nell'ambito degli interventi inseriti in questo volume, avranno potuto richiamare la consuetudine del Professore, che Egli ha avviato dopo la trasformazione

ca incluso dal CSM in un "comitato scientifico" che, tra gli altri compiti, aveva quello di agire, sotto la supervisione dello stesso organo di autogoverno, e in collaborazione con l'avvocatura, proprio in direzione dell'alfabetizzazione in materia di diritto "comunitario". In collaborazione con altri colleghi – e mi piace qui in particolare ricordare una collega particolarmente versata, tra l'altro, negli aspetti di cooperazione giudiziaria civile – mi fu attribuito il compito di sentire, oltre altri noti docenti, Giuseppe Tesauro. Dalla fine degli anni ottanta il Professore da Napoli si era trasferito a Lussemburgo, in relazione all'alta veste da Lui assunta come Avvocato generale presso la Corte di giustizia delle comunità europee. Con pochi altri in Italia Egli – uno dei padri della materia a livello universitario – poteva non solo trasmettere conoscenze di diritto "comunitario", ma anche consigliare chi come noi, in quella congerie, si trovava per la prima volta a dover gestire un programma organico di cicli di formazione in argomento per magistrati e avvocati, da svolgersi in tutt'Italia (e talvolta anche fuori, mediante partecipazione di italiani a iniziative di altri Paesi), sotto l'egida di azioni "comunitarie" di sostegno[4].

3. *Rinvio pregiudiziale e intemperanze giovanili.* – Con tale consapevolezza, essendo anche io napoletano, fui incaricato, unitamente alla mia predetta collega, dei contatti. Dal confronto con lui (e con i suoi allievi dell'epoca) nacquero decine di periodiche iniziative, estese negli anni in tutte le regioni d'Italia. L'essenziale era, allora, portare a conoscenza degli avvocati le modalità per sottoporre ai giudici l'opportunità di disporre il rinvio pregiudiziale, e portare a conoscenza di questi ultimi le modalità per decidere e redigere quanto necessario. Ricordo che stampammo e distribuimmo in gran numero, con copertina in cartoncino colorato, il vademecum all'uopo approntato dalla Corte di giustizia. Il Professore partecipò con grande successo, personalmente, a più incontri di studio, formando centinaia di operatori del diritto. Qui posso ricordare solo uno di tali incontri, tenutosi a Napoli in via

della Comunità in Unione, di dichiarare la di lui permanente preferenza per la dizione "diritto comunitario", invece di quelle di "diritto unionale" – prevalente nelle istituzioni dell'Unione – o di "diritto eurounitario" – che taluni propongono in Italia. Tocca qui a me, allora, solo ricordare che, in quasi tutte le numerose occasioni in cui ho avuto modo di ascoltarlo nell'ambito dei programmi formativi di cui al testo, egli ha ribadito che si riteneva libero di continuare a usare la dizione tradizionale, "più calda" ed espressiva degli autentici valori europei.

[4] Si rinvia alla precedente nota 2.

complementare rispetto a quelli per magistrati e avvocati "esperti": si trattava, quella volta, di un corso di diritto "comunitario" per gli uditori giudiziari che, provenienti da tutto il Sud, si ritrovavano nella sala convegni del più antico (e famoso) albergo napoletano tra Chiaia e la collina. Nella sala di marmi i giovanissimi ben pensarono di comportarsi male (anzi malissimo), impedendo l'inizio dei lavori con nostro grande disappunto ma sotto gli occhi non sorpresi del Professore, che, avvezzo alla baldanza dei giovani, bonariamente aspettò la fine delle intemperanze, per poi – e questo importa – tener ammaliati i partecipanti in sala a parlare di profili inediti della loro futura professionalità. Sarebbe interessante sentire dalle vive voci di quei giovani di allora – oggi alcuni di essi, che ricordo bene, appaiono spesso sui giornali in quanto impegnati in delicati ruoli – come essi ricordano quella bellissima giornata "comunitaria" e quale sia il posto del diritto europeo nella loro vita professionale[5].

4. *Diritto "comunitario" e, in particolare, diritto della concorrenza*. – Il Professore, che – come ben detto da altri – cercava di non sottrarsi mai al confronto sui temi che gli erano cari, non si negò neppure negli anni successivi rispetto alla formazione dei magistrati (e degli avvocati, ammessi quasi sempre anch'essi ai corsi per magistrati cui faccio qui riferimento). Alla fine degli anni novanta, Giuseppe Tesauro iniziava il suo settennato quale Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, acquisendo una meritata fama anche in tale campo di azione. La presenza in Italia ne rendeva più semplice la reperibilità, mentre gli impegni del ruolo rendevano più complesso acquisirne la disponibilità concreta a presenziare ad attività formative; nel contempo, però, si incrementavano gli angoli visuali dai quali Egli prestava consiglio e concedeva il proprio gratuito impegno personale, giacché alle tradizionali tematiche "comunitarie" generali si affiancavano i profili più prettamente relativi alla concorrenza e al mercato. Dopo alcune iniziative occasionali e improvvisate concepite con Lui durante il mandato presidenziale, nel decennio successivo, anche grazie al nuovo sostegno dell'UE a favore della formazione in relazione al *private enforcement* del diritto *antitrust*, vedevano la luce numerose altre iniziative formative con la partecipazione anche stavolta di alcune centinaia di operatori giuridici.

[5] Usando le modalità di valutazione della formazione proposte da D.L. KIRKPATRICK, si tratterebbe di una valutazione di livello 3 e 4.

5. *Formazione "formalizzata" con un "entusiasmante" protagonista del diritto europeo e internazionale*. – È a fine 2005 che il presidente Ciampi nomina Giuseppe Tesauro quale giudice costituzionale. Verso il termine di tale suo alto mandato, e precisamente nel 2012, vedono la luce contemporaneamente sia la Scuola superiore della magistratura (sostenuta da una rete di strutture decentrate) sia la legislazione istitutiva dell'obbligo formativo per gli avvocati (prima imposto solo dal codice deontologico). Negli anni precedenti tali "formalizzazioni" normative del quadro della formazione degli operatori del processo (accompagnate da analoghi sviluppi nel settore giurisdizionale amministrativo) si era però già raggiunto l'acme dell'impegno del Professore quale "entusiasmante"[6] formatore degli stessi, e ciò in coerenza con le sue produzioni professionali. Già nel 2007 la sentenza n. 349 a redazione di Tesauro (gemella della n. 348) aveva collocato la Convenzione europea dei diritti nell'uomo nel sistema delle fonti del diritto del paese, e di lì a poco – nel 2014 – la sentenza n. 238, per cui era redattore e presidente, avrebbe applicato i controlimiti per affermare, contro una sentenza della CIG vincolante internazionalmente per l'Italia, il diritto delle vittime dei crimini nazisti di ottenere nel nostro paese il risarcimento del danno dallo Stato tedesco. È evidente, dunque, come la partecipazione di Giuseppe Tesauro, con il suo accattivante approccio pacato anche a problemi complessi, venisse in quegli anni invocata quale toccasana nei più svariati ambiti tematici dell'aggiornamento dei giuristi nel diritto europeo e internazionale, di cui era riconosciuto protagonista. Mi piace ricordare ulteriormente, in tale quadro, per il periodo in cui Egli era già Presidente emerito, le riflessioni sugli esiti della sentenza n. 269 del 2017 della Consulta in tema di rapporti tra disapplicazione in base al diritto "comunitario" e rilievo incidentale di legittimità costituzionale, nell'ambito delle quali spesso il Professore veniva chiamato a esprimersi. In questi anni lo posso ricordare altresì – ad es. – con i magistrati a Scandicci presso la Scuola di Villa Castel Pulci, e in giro per l'Italia presso le strutture decentrate (memorabile una trasferta a Brescia in coincidenza con uno sciopero dei treni); e con gli avvocati parimenti in moltissime sedi. Dinanzi a una platea di magistrati di vari paesi europei, poi, presso l'Istituto Universitario Europeo

[6] L'aggettivazione – anche nell'intitolazione di questo ricordo – non è scelta a caso. Le connotazioni, anche etimologiche, di "entusiasmante" ben riflettono l'atteggiamento sempre attivo, intensamente partecipativo ma mirato all'obiettivo, nonché – infine – sorridente del Nostro.

di Fiesole, chiamato ad affrontare temi centrali del dialogo giudiziario, ribadì in maniera memorabile e ancora una volta "entusiasmante" la sua visione di un diritto "comunitario" intriso di valori, soprattutto quello della pace.

6. *Un nuovo indicatore "bibliometrico"*. – Lo studioso si affida alle sue pubblicazioni, l'avvocato alle sue memorie, il magistrato alle sue sentenze; tali atti, spesso inconsapevolmente per l'autore, sono destinati a parlare dello stesso (o per lo stesso) per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Giuseppe Tesauro non ha socraticamente rifiutato di scrivere; anzi – nelle sue diverse qualità di professore, avvocato, alto magistrato europeo e costituzionale, uomo delle istituzioni – ha scritto moltissimo, come gli altri ricordi in questa sede avranno ben attestato. Tuttavia, Egli ha affidato all'oralità, oltre che nelle aule di università con i suoi studenti e i suoi allievi, anche nelle aule della formazione professionale dei giuristi pratici, importantissimi insegnamenti. Oggi che si dà gran peso alla bibliometria, ci sarebbe da chiedersi se, ove esistesse un indicatore "bibliometrico" esteso anche agli insegnamenti verbali, tale indicatore non sia stato per Giuseppe Tesauro elevatissimo.

Raffaele Sabato

Giudice,
Corte europea dei diritti dell'uomo

I SESSIONE

PRESIDENTE AGCM

UNA ESPERIENZA PERSONALE

Giuseppe Maria Berruti[*]

Il Professore Tesauro era Avvocato generale presso la Corte di giustizia europea quando fu nominato presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Appresa la notizia stavo per chiamarlo per fargli le mie congratulazioni. Mi precedette con una sua telefonata. Non mi dette il tempo di congratularmi. E mi disse Pinotto (è il diminutivo che mi perseguita da che sono nato), mi viene ad aiutare? Iniziò così con la generosità di una richiesta giustificata solo dall'amicizia una collaborazione che durò oltre cinque anni. E che mi fece entrare in qualche modo nella storia della legge 287 del 1990, e della giurisprudenza che su di essa si formò.

La legge 287 del 90 rappresentò una novità assoluta nel panorama nazionale che, pur nella vigenza del trattato CE e quindi anche dei principi desumibili dall'articolo 85, oggi 81, era tuttavia fondato sulla logica codicistica della concorrenza sleale, e quindi sulla tutela dell'imprenditore dall'attività scorretta del concorrente.

Infatti, ancorché la tutela legale si fosse evoluta nell'interpretazione, della dottrina e dei giudici, facendo sì che l'originale impronta deontologica, nel tempo, si fosse attenuata perdendo il carattere tipicamente corporativo e prendendo atto della nozione costituzionale del mercato, inteso come luogo della libertà di impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto individuale (rammento che questo fu la risultanza di un grande sforzo della nostra Corte di Cassazione), essa però conservava com'era ovvio il carattere fondamentale di strumento di tutela del corretto rapporto di concorrenza. Cosicché la sussistenza di questo rapporto tra le parti che controvertono davanti ai giudici era, ed è, il presupposto della sua operatività.

Insomma, la normativa che difende l'imprenditore dalla concorrenza sleale ancorché la si possa ritenere consapevole della dimensione concorrenziale del mercato, provvede comunque a riparare lo squilibrio che è stato inferto ad uno specifico rapporto di concorrenza per effetto della scorrettezza di un concorrente. La novità del trattato CE è stata l'introduzione della tutela della struttura e della logica competitiva del mercato, lo sappiamo. In quanto luogo nel quale si esplicita

[*] Commissario della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB).

la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'intrapresa e perciò stesso luogo della competizione. Perciò ogni comportamento di mercato che riduce questa competitività, perché diminuisce la possibilità per ciascuno di esercitare la propria pretesa di autoaffermazione, è illecito.

In particolare, poiché l'esercizio della concorrenza presuppone l'autonomia delle imprese concorrenti nell'esercizio delle rispettive scelte di mercato, diventa illecito ogni fatto che porta a ridurre questa autonomia. Perché assimila o avvicina ai comportamenti di mercato all'esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conforma oggettivamente a un certo grado di collaborazione l'attività di intrapresa, la quale collaborazione sostituisce o riduce la competizione.

Ora, l'esperienza di Tesauro consentì di aiutare, benché forse Beppi non avesse questo intento personale, **ma l'esperienza ripeto fu questa**, la giurisprudenza italiana attraverso i casi che trattava nell'ottica della 287 ma con la finezza dell'avvocato che conosce il modo di ragionare dei giudici, anche perché i suoi atti davanti ai giudici dovevano andare. L'Antitrust italiana esplorò pertanto da subito la diversità di ambito e di funzione tra la tutela codicistica della concorrenza sleale e quella della legge antitrust. Diversità che esclude si possa negare la legittimazione all'azione davanti al giudice ordinario ai sensi dell'articolo 33, al consumatore estraneo alla intesa, per esempio. Questo contrariamente a qualche oscillazione della giurisprudenza.

Tutta la esperienza che il Professore Tesauro sperimentò come presidente dell'Autorità non solo come maestro di coloro i quali collaboravano con lui, sicuramente comunque nei miei confronti che ero un magistrato consulente giuridico, si dedicò fortemente alla considerazione delle intese e quindi allo studio del contratto a valle essenziale a realizzarne gli effetti. Comprendendo che esso in realtà oltre ad estrinsecare l'intesa, la attua. E con un grande rispetto per le opinioni di tutti, (ricordo molto bene la questione delle intese, non riconosciuta dal giudice, che riguardava il commercio dei petroli e delle benzine) e ricordo bene la passione con la quale il Professore Tesauro ci insegnava che non è casuale il fatto che le intese sono vietate ancorché abbiano solo per oggetto, oltre che per effetto, la distorsione della concorrenza. E come ci spiegava che tutto questo si giustifica in considerazione del doppio livello di intervento che appunto la legge prevede. Quello amministrativo della Autorità garante e quello riparatorio che consegue all'azione di nullità e di risarcimento. L'Autorità garante, organo di amministrazione ancorché caratterizzato da ampiezza di poteri sui generis,

opera anche in vista di un pericolo e dunque in considerazione della esigenza economica di prevenire l'effetto distorsivo del fenomeno di mercato. Il giudice che dirime controversie e non si occupa di fenomeni ma di fatti può essere officiato solo in presenza, o in vista almeno di un pregiudizio. Dunque, davanti alla Corte d'appello deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, che era altresì il suo effetto pregiudizievole costituente l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento. Davanti all'Autorità garante si può ragionare di presupposti, di antecedenti di questo effetto immediatamente dannoso, e si può dunque impostare una cura anche preventiva del mercato. Questo fu molto molto discusso durante quella straordinaria vicenda che fu appunto quella delle cosiddette intese tra i petrolieri. L'intesa non c'è stata perché il giudice così ha detto, ma quella vicenda insegnò ai giudici ordinari, a me per primo perché mi trovavo là, la differenza di funzione dell'azione giudiziaria rispetto a quell'amministrativa di un'Autorità indipendente, ma pur sempre Autorità amministrativa.

Credo che sia comprensibile che io abbia fatto riferimento a vicende che mi hanno visto partecipe in Autorità in posizione assolutamente di seconda fila, ma di spettatore di prima fila certamente. Mi consente, questa esperienza di spettatore di prima fila perlomeno, di dire che tutto quanto negli anni successivi è avvenuto anche con la partecipazione di giudici della mia classe di età, è stato anche frutto di quella esperienza e della possibilità che si realizzò di far trasmigrare attraverso e con i prodotti giudiziari, esperienze di insegnamenti ricevuti da Beppi Tesauro. Egli insomma ebbe una straordinaria funzione, anche quando perse le cause al Consiglio di Stato: quella di impostare il ragionamento tra la concorrenza sleale e la concorrenza nel mercato. Quella in definitiva di guardare al mercato strutturato secondo le regole della concorrenza e secondo i suoi principi. Una funzione essa stessa arbitrale di quanto dentro il suo seno si verificava.

Mi sembra utile rimandare alla S.U. n. 2207 del 2005, in *Danno e responsabilità*, del 2005, con la importante nota, ricostruttiva del percorso giurisprudenziale e logico messo in campo dalla vicenda, di Bruno Inzitari, *Abuso di intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*.

Rinvio alla dottrina ed alla giurisprudenza citata nella nota stessa.

GIUSEPPE TESAURO.
PRESIDENTE DELL'AGCM

Roberto Chieppa[*]

È con un enorme piacere che ho accolto l'invito degli amici dell'Università di Napoli di partecipare a questo convegno in memoria di Beppi Tesauro.

E giustamente partecipo nella sessione che ricorda Tesauro come Presidente dell'Antitrust (penso che lui gradisse più il termine Antitrust che AGCM).

A differenza di altri intervenuti durante questo convegno non ho mai lavorato direttamente con il Prof. Tesauro; non ho avuto questo piacere e questo onore, chiaramente emerso dalle parole di Rita Ciccone e di molti altri che sono qui oggi.

Io iniziai una frequentazione più assidua di Giuseppe Tesauro, quando da (allora) giovane consigliere di Stato entrai a far parte di quello che lui definiva il popolo della concorrenza, dell'Antitrust, quella comunità scientifica fatta di giuristi ed economisti che meglio interpreta la *Law and Economics* statunitense, in cui ci si confronta, si dibatte e si discute a volte animatamente delle questioni antitrust.

E fui subito sorpreso dalla disponibilità al dialogo e al confronto di Beppi Tesauro, anche in senso critico rispetto all'operato della Autorità che guidava.

Ricordo un convegno di Treviso ad inizio anni 2000 in cui ci fu un animato dibattito scatenato da un mio intervento con cui avevo criticato la allora dominante giurisprudenza amministrativa che negava la legittimazione ad impugnare i provvedimenti negativi dell'Antitrust, le archiviazioni.

Tale orientamento si fondava sulla inammissibilità dei ricorsi proposti da soggetti terzi, avverso i provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust, atteso che i poteri di cui alla l. n. 287 del 1990 venivano ritenuti preordinati esclusivamente alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato e non alla garanzia di posizioni, individuali o associate di soggetti fruitori del mercato.

[*] Presidente di sezione del Consiglio di Stato, Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri durante l'intera 18ª legislatura.

In relazione alla mia critica a tale orientamento, insorse subito Francesco Sclafani, allora capo del giuridico dell'Antitrust, che vedeva a rischio la giurisprudenza granitica che, come avvocato dello Stato, aveva contribuito a costruire e che sbarrava la strada alle contestazioni sulle archiviazioni.

Giuseppe Tesauro, che presiedeva quella sessione, ad un certo punto intervenne e, dopo una breve pausa che lasciò la platea in sospeso, disse che forse avevo ragione io e che quell'orientamento doveva essere rimeditato, con Francesco Sclafani con mani nei capelli che tentava di interrompere queste esternazioni del suo Presidente dell'Antitrust.

Tornato in Consiglio di Stato dal convegno quasi alla prima udienza, riuscii a convincere il collegio della VI sezione a modificare quell'orientamento e utilizzai anche l'argomento "Anche Tesauro mi ha dato ragione".

Riuscii poi a convincere anche il Pres. Schinaia che, come presidente del Tar del Lazio, aveva contribuito a creare quell'orientamento che poi lui stesso rimeditò. Il Pres. Schinaia anche ci ha lasciato qualche giorno fa e mi fa piacere ricordarlo in questa occasione, avendo in qualche modo anche lui fatto parte di quella comunità che discuteva di Antitrust.

Ribaltare quell'orientamento fu giusto, non perché l'Autorità di Tesauro avesse bisogno di un controllo sulle archiviazioni (era una Autorità interventista), ma perché, come poi accadde, la possibilità di impugnare avrebbe se non messo al riparo ma costituito una garanzia da Autorità Antitrust un po' meno interventiste.

In questi casi la possibilità di una tutela giurisdizionale anche avverso le archiviazioni è un bilanciamento del sistema e i bilanciamenti dei sistemi servono a far sì che la discrezionalità di cui godono anche le Autorità indipendenti corra minori rischi di trasformarsi in arbitrio.

E questo Tesauro lo aveva capito e sposò una tesi che non gli faceva comodo ma che poteva giovare in futuro alla sua Autorità.

Questa onestà intellettuale lo ha accompagnato in tutte le fasi della sua carriera che oggi abbiamo diviso in sessioni, ma che forse non si prestano ad essere suddivise in compartimenti stagni perché rappresentano un percorso di continuità rispetto ad alcune idee o veri ideali, che hanno visto in primo piano l'Europa, la tutela dei diritti e anche la concorrenza.

Giuseppe Tesauro non uscì mai da quello che lui definiva il popolo della concorrenza e non ne uscirà neanche dopo la sua scomparsa, come stiamo dimostrando oggi.

Prese la guida dell'Autorità dopo Giuliano Amato con una grande responsabilità e la vera affermazione anche in campo internazionale dell'Autorità Antitrust italiana avvenne sotto la sua Presidenza.

Il fatto di essere un grande esperto di diritto europeo e un convinto europeista lo agevolò nel portare la giovane Autorità italiana sui binari della tradizione comunitaria.

Tesauro ricordava sempre il vantaggio di aver avuto in Italia la legge 287/90 costituita a immagine e somiglianza della normativa europea che aveva già la sua giurisprudenza interpretativa (che, peraltro, Tesauro aveva contribuito a formare).

I grandi casi Antitrust iniziarono sotto la sua guida e arrivarono anche alla fase giurisdizionale in VI sezione, la mia prima sezione del CDS dove restai 10 anni e dove fui l'estensore di molte delle più importanti sentenze in materia antitrust.

A differenza di Amato che aveva una visione paragiurisdizionale della Autorità, Tesauro sosteneva l'esigenza di un controllo pieno ed effettivo da parte del giudice amministrativo; un controllo che consentiva alla Autorità di osare nelle sue decisioni andando a testare i limiti dei suoi poteri davanti ai giudici.

Molte furono le istruttorie chiuse per intese restrittive e alcuni furono casi famosi come quello nel settore dei carburanti e quello nel mercato assicurativo (RcLog).

Ebbero esito diverso in sede giurisdizionale: annullato il primo pur non senza tensione nel collegio del Consiglio di Stato (posso ora dirlo a distanza di tempo) e confermato nella sostanza il secondo da una mia sentenza, di cui porto il ricordo di quando il Pres. Schinaia mi chiamò e mi disse che mi avrebbe esonerato da una udienza perché mi assegnava questo caso. Allora giovane e ingenuo pensai: "Che bello mi conviene?". Poi venni portato da un commesso del Consiglio di Stato in una grande stanza dove giacevano oltre trenta pile di fascicoli alti come me da studiare e capii che avevo preso una fregatura, anche se quel caso mi fece ancor più appassionare alla materia Antitrust.

Tesauro accolse entrambe le decisioni con quella onestà intellettuale che ho cercato di descrivere, anche quando non le condivideva, senza mai una polemica; tanto difendeva l'indipendenza della sua autorità da ogni potere, pubblico o privato, tanto era rispettoso del ruolo e della indipendenza della magistratura.

Quando la nostra conoscenza si intensificò mai mi parlo di una causa in corso, ma fu sempre pronto a commentare anche favorevolmente, pur se contrarie alla AGCM, le decisioni definitive una volta pubbli-

cate; andavo ogni tanto a trovarlo quando era giudice costituzionale e poi divenni io Segretario generale dell'Antitrust e quando andavo a trovarlo mi chiedeva di molti dei funzionari e dirigenti che sentiva ancora suoi.

I discorsi con lui sulla concorrenza si intrecciavano a quelli sull'Europa.

Una volta mi chiamò e mi disse che lo dovevo aiutare: sorpreso non vedevo in che modo io potessi aiutarlo e mi spiegò che voleva organizzare in Corte costituzionale un convegno per provare a dimostrare l'inadeguatezza dell'allora orientamento della Consulta che negava a se stessa la possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (le sue parole furono un po' diverse ma da romano non mi sento in grado di riprodurre quella ironia tutta napoletana con cui Giuseppe Tesauro sapeva descrivere situazioni anche importanti e complesse; lo considerava un errore giuridico e strategico che precludeva alla Corte costituzionale di dialogare con le Corti europee).

Organizzò il convegno e mi assegnò una relazione sul tema insieme alla Prof.ssa Marta Cartabia e poco tempo dopo la Corte mutò l'orientamento e fece il suo primo rinvio pregiudiziale (R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte Costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno – Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008). Ancora una volta aveva avuto ragione lui ed era stato precursore dei tempi.

La dimensione europeista e internazionale di Tesauro si riflesse sulla giovane autorità italiana che nel 2001 ebbe l'onore di ospitare proprio qui a Napoli il primo convegno dell'International Competition Network.

Ma per Tesauro la concorrenza era sana e non spietata e senza regole e l'Europa non era solo concorrenza, ma anche solidarietà, pari opportunità, sviluppo, cultura e tante altre cose.

Queste le conclusioni di Tesauro al Convegno dei dieci anni di AGCM: "Accogliere tra i propri valori primari il principio di concorrenza significa affidare al libero meccanismo concorrenziale l'attuazione di un progetto di organizzazione sociale nel quale le ragioni dell'efficienza si coniugano con le ragioni della democrazia".

Quando nel 2018, da Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, lo chiamai per chiedergli di presiedere la Commissione che doveva valutare i CV dei candidati per la posizione di giudice italiano della CEDU, mi rispose con una voce già un po' sofferente per

i problemi di salute e mi disse "Non sto bene ma questa cosa la faccio volentieri" e la fece non solo volentieri ma con estremo impegno, in modo imparziale e indipendente dalla politica e consegnò una terna di nomi, nella quale il Consiglio d'Europa scelse poi Raffaele Sabato, che ha aperto la giornata odierna.

Concludo ricordando le sue parole al momento del suo saluto alla Autorità Antitrust che lasciava.

> "Mi sia consentito di aggiungere che nel mentre mi appresto a lasciare questa istituzione, mi rendo conto di avere vissuto senza soluzione di continuità il passaggio dalla Corte di giustizia comunitaria all'Autorità, e non solo per l'obbligo di conformità dell'approccio nazionale alla giurisprudenza comunitaria. L'approfondimento di ogni questione, finanche nei dettagli; la consapevolezza di prestare un servizio e di non esercitare alcun potere; la condizione di indipendenza intesa anzitutto e soprattutto come pieno ed assoluto rispetto delle regole: sono tutti elementi che accomunano le due esperienze. Né può essere dimenticato che è proprio l'Europa, in particolare per la spinta iniziale ad alcuni processi di liberalizzazione, ad avere avuto tanta parte nella diffusione in Italia di una seppur insufficiente cultura della concorrenza, cultura che questa Autorità ha cercato e cerca di consolidare".

Se nel nostro Paese coloro che hanno responsabilità sapessero tutti avere questo concetto di indipendenza come rispetto delle regole e questa consapevolezza di prestare un servizio e di non esercitare alcun potere, il nostro sarebbe certamente un Paese migliore.

Ma proprio ricordando esempi come quelli di Tesauro nasce la speranza che questo Paese possa davvero diventare migliore, possa innovarsi, grazie anche, ma non solo, alla concorrenza e per questi insegnamenti etici prima ancora che giuridici non potremo mai ringraziare abbastanza Beppi Tesauro e io ringrazio ancora gli organizzatori per aver avuto oggi la possibilità di farlo personalmente.

UN UOMO AL SERVIZIO DELLE ISTITUZIONI

Francesco Sclafani[*]

SOMMARIO: 1. Quel sorriso sotto i baffi. – 2. Il sapiente uso della leva comunitaria. – 3. Il suo pensiero sulla c.d. funzione paragiurisdizionale dell'Autorità. – 4. Il suo concetto di indipendenza.

1. Sono qui in rappresentanza dell'Avvocatura dello Stato a cui Giuseppe Tesauro era molto legato per diverse ragioni: a) per le tante occasioni professionali in cui si è incrociato con gli avvocati dello Stato, sia come Avvocato generale della Corte di giustizia UE (e qui mi piace ricordare Piergiorgio Ferri ed Ivo Braguglia a lui molto vicini) sia come Presidente dell'Antitrust quando siamo stati i suoi difensori ed abbiamo condiviso con lui le gioie e i dolori del contenzioso; b) perché ha sempre avuto un affettuoso rapporto di stima ed amicizia con Gabriella Palmieri Sandulli, oggi Avvocato generale, napoletana d.o.c. come lui; c) perché in Avvocatura c'è una parte importante della sua vita rappresentata da sua figlia Luciana (quando Luciana entrò in Avvocatura mi disse, con gli occhi lucidi di un padre felice e orgoglioso, "*lei è come me le piace studiare*").

Ma io sono qui anche perché ho avuto un forte legame personale con lui, un legame professionale che mi ha dato moltissimo perché è stato per me un Maestro impareggiabile, ma anche un legame umano, che mi ha dato ancora di più, e che negli ultimi anni si era arricchito perché mi aveva fatto il dono di una certa confidenza che mi ha consentito di apprezzarlo soprattutto come uomo per la sua sensibilità, il suo stile unico e la sua straordinaria intelligenza emotiva.

L'ho conosciuto quando era stato appena nominato Presidente dell'Antitrust ed era ancora sconosciuto al grande pubblico; mi diede appuntamento in un bar e mi disse: "*è facile riconoscermi sono l'unico ad andare in giro con i capelli bianchi e i baffi neri*" e già questo me lo rese simpatico.

Oggi per me è una grande emozione essere qui a ricordarlo, lo è per tante ragioni che possono essere riassunte in tre parole: "*gli volevo bene*" e il mio rimorso è di non averglielo dimostrato abbastanza. Que-

[*] Avvocato dello Stato.

sto affetto non mi consente di prescindere dal Tesauro Uomo che, oltre ad essere il suo profilo più interessante, è la chiave di tutti i successi che hanno caratterizzato la sua ricchissima e poliedrica vita professionale nei tanti ruoli che ha ricoperto.

Ho saputo della sua scomparsa un minuto prima di entrare in aula di udienza in Corte costituzionale, dove ha concluso da Presidente la sua straordinaria carriera, e quindi mi sono trovato a dover improvvisare un discorso di commemorazione. Non è stato facile domare la commozione e certamente non sono riuscito a fare un discorso alla sua altezza, meritava ben altro oratore, ma per me è stato un triste ma grande onore e mi piace pensare che sia stato un segno del destino.

Tra le frasi che ho letto su di lui ce n'è una che secondo me lo rappresenta a pennello: "*È stato l'esempio di come una persona possa assumere, esercitare e lasciare gli incarichi pubblici ricordandosi, in ogni momento, che solo se si è soprattutto uomini si può rendere un servizio all'umanità di cui si fa parte*"[1]. Ed è proprio questa sua spontanea e profonda umanità che lo rendeva così amabile (probabilmente è questo l'aggettivo che più gli si addice) e che faceva del suo sorriso sotto i baffi il suo migliore biglietto da visita.

2. È stato senza dubbio un grande Presidente dell'Antitrust, che lui scherzosamente pronunciava con la "U" per prendere le distanze dall'uso snobistico degli anglicismi, e lo è stato per tante ragioni: a) per l'impegno con cui si è dedicato a questa missione (passava le sue giornate in ufficio e conosceva i fascicoli nei minimi dettagli); b) per la sua vastissima cultura accademica internazionale; c) per il suo senso istituzionale davvero straordinario, questa era una sua peculiarità molto evidente; d) per la sua sensibilità di avvocato che gli consentiva di cogliere subito il punto di ogni questione e di affrontare i casi sempre con uno sguardo alla concretezza senza perdersi in sterili disquisizioni teoriche; e) per quella sua passione, tutta napoletana, con cui affrontava ogni sfida; f) infine, perché sapeva scegliere i suoi collaboratori e la scelta di Rita Ciccone come Capo di Gabinetto e poi Segretario generale è stata determinante: con lei condivideva, non senza fecondi contrasti, ogni riflessione ed approfondimento e lei ha avuto un ruolo essenziale nelle decisioni più rilevanti di quel periodo.

[1] La frase è di Bartolo Scandizzo, un giornalista che lo conosceva bene.

Ciò che ha caratterizzato maggiormente la sua presidenza è di aver saputo usare sapientemente la leva comunitaria come dimostrano i tanti provvedimenti di applicazione del diritto comunitario adottati subito dopo l'entrata in vigore del regolamento di c.d. modernizzazione (reg. 1/2003)[2] ma soprattutto il caso *CIF* (Consorzio Industrie Fiammiferi), un caso di minima importanza che lui riuscì a sfruttare per ottenere una delle più innovative pronunce della Corte di giustizia in materia di concorrenza.

Si tratta della prima istruttoria italiana avviata ai sensi del diritto comunitario in cui l'Autorità ha proceduto alla disapplicazione (per il futuro) del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario, adottando una decisione particolarmente incisiva nell'*enforcement* del diritto antitrust europeo in cui l'impatto delle regole comunitarie della concorrenza ha riguardato non solo i comportamenti delle imprese ma anche le regole dettate dai legislatori nazionali e quindi la tormentata questione della *State action defense*[3].

Questo provvedimento ha dato luogo al primo rinvio pregiudiziale in materia antitrust da parte del giudice amministrativo italiano che si è concluso con la nota sentenza del 9 settembre 2003, causa C-198/01, con cui la Corte di giustizia ha rafforzato notevolmente l'incisività dell'applicazione decentrata del diritto comunitario in materia di concorrenza.

L'Autorità – nell'esercizio del potere-dovere di disapplicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario – ha ordinato alle imprese aderenti ad un consorzio di cessare dall'attuazione delle infrazioni accertate e di astenersi in futuro da ogni intesa che potesse avere oggetto od effetto analogo a quella accertata, benché la condotta illecita fosse consentita dal diritto nazionale.

A seguito dell'impugnazione del provvedimento il Tar del Lazio ha sollevato una questione interpretativa pregiudiziale chiedendo ai giudici di Lussemburgo di chiarire se un'Autorità nazionale di concorrenza

[2] Si tratta dei seguenti provvedimenti: *Unapace-ENEL* (A 263), 9 aprile 1999, n. 7043; *Stream-Telepiù* (A274), 14 giugno 2000, n. 8386; *CIF Consorzio Industrie Fiammiferi* (I 318), 13 luglio 2000, n. 8491; *Aeroporti di Roma-Tariffe del Groundhandling* (A 247), 20 settembre 2000, n. 8692; *Assoviaggi-Alitalia* (A 291), 27 giugno 2001, n. 9693; *International Mail Express Italy – Poste Italiane* (A 299), 23 maggio 2002, n. 10763; *Blugas – SNAM* (A 329), 21 novembre 2002, n. 11421; *ENEL Trade – Clienti idonei* (A 333), 27 novembre 2003, n. 12634.

[3] Provvedimento *CIF Consorzio Industrie Fiammiferi* (I 318), 13 luglio 2000, n. 849.

chiamata ad applicare gli artt. 81 o 82 TFUE abbia il potere, nell'esercizio della sua potestà repressiva, di disapplicare – per così dire in *malam partem*, cioè in senso sfavorevole agli operatori economici sottoposti al procedimento – una normativa nazionale che, in contrasto con il diritto comunitario della concorrenza, imponga o agevoli un comportamento restrittivo e quali conseguenze detta disapplicazione abbia sull'esercizio del potere sanzionatorio.

Nel prospettare la questione il Tar, mentre lasciava intendere di non avere dubbi sul fatto che l'Autorità fosse tenuta alla disapplicazione, sollevava il dubbio che l'esercizio del potere sanzionatorio nei confronti di un comportamento anticoncorrenziale imposto o favorito dal diritto nazionale possa non essere giustificato in termini di imputabilità psicologica dell'illecito e di rispetto del principio di certezza del diritto. Ciò sul presupposto che fino ad allora la giurisprudenza comunitaria si era occupata di disapplicazione finalizzata a rimuovere normative nazionali che fossero di ostacolo alla tutela di diritti individuali riconosciuti dall'ordinamento comunitario ma non anche del caso in cui la disapplicazione fosse invece strumentale alla repressione di una condotta ritenuta illecita dal diritto comunitario ma autorizzata o imposta dal diritto nazionale.

La Corte di giustizia ha dato una risposta chiara, così articolata:

> "In presenza di comportamenti di imprese in contrasto con l'art. 81, n. 1, CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, un'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto dell'art. 81 CE:
> - ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale;
> - non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale;
> - può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti;
> - può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito".

Questo, come molti altri importanti successi dell'Antitrust presieduta da Giuseppe Tesauro, è il risultato di un lavoro di squadra a cui lui teneva molto perché aveva grande rispetto e massima considerazione per l'attività degli uffici con i quali è sempre riuscito a lavorare in sintonia. Tant'è che il giorno del suo commiato, alla fine del mandato, tutto il personale dell'Autorità gli ha dedicato una lunghissima standing ovation; fu un momento molto commovente in cui il "popolo della concorrenza" (come lui usava dire) lo salutò con un appassionato tifo calcistico, al di là di ogni protocollo (qualcuno gridò "*Tesauro uno di noi*").

Egli aveva anche un grande rispetto per la collegialità ed era molto abile nel portare il collegio verso le sue posizioni ma anche nel fare un passo indietro quando era necessario.

Nei sei anni in cui ho avuto la fortuna di lavorare in Autorità sotto la sua presidenza, quando venivo chiamato in collegio per esprimere la mia opinione su un caso delicato, per me era come affrontare un esame: Tesauro conosceva il fascicolo alla perfezione, sapeva ascoltare ma se commettevi un errore non la passavi liscia, te lo faceva notare ma sempre con la sua simpatica bonomia napoletana ed il 19 marzo, giorno di S. Giuseppe, il tavolo del consiglio si riempiva di zeppole che lui portava da Napoli e non era possibile rifiutarle.

3. Il suo pensiero sul rapporto tra la funzione antitrust e la funzione giurisdizionale risentiva senz'altro della sua precedente esperienza di Avvocato generale a Lussemburgo in cui tanto si era speso per l'effettività della tutela dei diritti.

Eravamo agli albori della legge 287/90 ed io, che avevo appena cominciato ad occuparmi delle prime cause di concorrenza, avevo bisogno di conquistare la sua stima e gli portai, come un trofeo, una giurisprudenza che avevo contribuito a determinare e che negava la possibilità di impugnare i provvedimenti di archiviazione dell'Antitrust, per cui il mancato esercizio del potere era sottratto al sindacato del giudice. Lui mi fece parlare, mi guardò sornione, si lisciò i baffi e mi disse: "*questa giurisprudenza non mi piace perché io non voglio sottrarmi al controllo del giudice nemmeno, anzi soprattutto, quando decido di non esercitare il mio potere*".

In questa frase c'è tutta la sua sensibilità sull'importanza del sindacato giurisdizionale ed anche la sua lungimiranza perché questa giurisprudenza durò solo qualche anno, ormai è pacificamente ammessa l'impugnazione dei provvedimenti di archiviazione.

In quel periodo imperversava il dibattito sulla c.d. funzione paragiurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che poi in buona sostanza si traduceva in una limitazione del controllo del Giudice sui suoi provvedimenti secondo il principio per cui se l'Autorità esercita una funzione paragiurisdizionale sarebbe legittimata a reclamare uno statuto particolare di fronte al Giudice per sottrarsi ad un sindacato troppo invasivo.

Tesauro era decisamente contrario a questa teoria, lui non si sentiva affatto un giudice del mercato, portatore di un interesse *super partes*, si sentiva un amministratore della concorrenza, portatore di un interesse pubblico ma di parte come un qualunque *civil servant* che esercita una funzione amministrativa e che la sostiene anche nel contraddittorio dinanzi al Giudice. E questa sua posizione era simile a quella di Mario Monti che da Commissario UE alla concorrenza accettava gli annullamenti del giudice comunitario con *fair play* affermando che non c'è da scandalizzarsi se un provvedimento della Commissione o di un'Autorità nazionale di concorrenza viene annullato perché tali istituzioni hanno il dovere di testare i propri limiti di intervento correndo il rischio dell'annullamento giurisdizionale.

Anche qui Tesauro fu lungimirante perché la teoria paragiurisdizionale venne smentita dalla Corte di Cassazione nel 2002[4] con una sentenza che, rispecchiando in pieno il suo pensiero, affermò che:

- l'imparzialità e l'indipendenza delle autorità di garanzia non va confusa con la posizione di terzietà del Giudice; benché imparziali ed indipendenti esse sono pur sempre portatrici di un interesse pubblico ma di parte, mentre la terzietà del Giudice è caratterizzata dal suo distacco, dal suo essere altro rispetto agli interessi in conflitto e l'interesse pubblico alla giustizia è *super partes* perché è superiore ed equidistante rispetto agli interessi in gioco;
- il nostro ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione (art. 97 Cost.) e giurisdizione (art. 111 Cost.) perché non conosce la figura dell'organo paragiurisdizionale; in verità, si tratta di un termine descrittivo per indicare organi pubblici dotati di poteri sostanzialmente decisori la cui collocazione istituzionale ha sollevato dubbi;
- la mera attribuzione di poteri decisori e la previsione di un procedimento speciale (con un alto tasso di contraddittorio) non

[4] Sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 20 maggio 2002, n. 7341.

basta per configurare un Giudice speciale perché è Giudice colui che può emettere una decisione suscettibile di assumere la forza e la definitività del giudicato al di fuori del controllo di qualsiasi altro soggetto pubblico.

Sta di fatto, però, che questa pronuncia non impedì all'Autorità, diversi anni dopo la presidenza Tesauro, di sollevare una questione di legittimità costituzionale rivendicando il carattere sostanzialmente giurisdizionale delle sue decisioni.

Ma anche la Corte costituzionale nel 2019[5] confermò l'orientamento della Cassazione negando all'Antitrust la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità trattandosi di organo che non esercita funzioni giurisdizionali.

4. Nel pensiero di Giuseppe Tesauro le autorità amministrative indipendenti non hanno titolo per reclamare uno statuto speciale che in qualche modo le metta al riparo da una giurisdizione troppo invasiva e ciò per diverse ragioni.

Perché indipendenza significa distanza e autonomia dal Governo e quindi dalla Politica ma non significa distanza dal Giudice e quindi irresponsabilità; non ci sono zone franche rispetto al controllo giurisdizionale perché la magistratura è l'unico potere che ha sempre l'ultima parola in materia di diritti ed interessi legittimi (art. 113 Cost.).

Perché il sindacato giurisdizionale è l'unico controllo sulle autorità indipendenti, quindi non v'è motivo di limitarlo, anzi deve essere salvaguardato e deve essere un controllo pieno purché di sola legittimità e non sostitutivo.

Perché il Giudice è chiamato a giudicare un prodotto dell'azione amministrativa: il provvedimento; e ci sono provvedimenti fatti bene e provvedimenti fatti male, il compito dell'Antitrust come di qualunque pubblica amministrazione è di fare provvedimenti ben fatti, quindi, il rispetto dei giudici bisogna guadagnarselo sul campo e non rivendicarlo a priori.

Perché il sindacato giurisdizionale non limita ma rafforza la funzione antitrust e si traduce in un fattore di legittimazione; Tesauro insisteva molto su questo punto dicendo: "*il controllo del giudice mi serve per fare bene, quel che mi aspetto dal giudice è che mi indichi la strada (non importa se è un'autostrada o un sentiero di montagna) purché lo faccia con orientamenti chiari e stabili*".

[5] Sentenza della Corte costituzionale del 31 gennaio 2019, n. 13.

Per queste ragioni quando fu chiamato in audizione parlamentare nell'ambito di una indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti Giuseppe Tesauro stupì tutti i presenti dichiarandosi contrario alla proposta di limitare il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere al "*palese errore di apprezzamento e alla manifesta illogicità*" e di ridurre il processo ad un solo grado di giudizio (sul presupposto che il primo grado si svolgesse dinanzi all'Autorità quale organo paragiurisdizionale). In tale occasione Egli sottolineò che il sindacato sull'eccesso di potere è il risultato di una giurisprudenza ultrasecolare che è parte irrinunciabile del DNA del Giudice amministrativo e non può essere modificata con un intervento legislativo.

Nel pensiero di Tesauro la pienezza del sindacato sull'eccesso di potere, con tutte le sue figure sintomatiche affinate attraverso una prassi giurisprudenziale ultracentenaria, è uno strumento indispensabile – e al tempo stesso sufficiente – per individuare "*il punto di giustizia*" nel conflitto tra la libertà di impresa e l'interesse pubblico alla concorrenza, interesse che non a caso la legge ha riservato alla cura di una autorità indipendente; dove la parola "riservato" sta a sottolineare che il merito delle scelte tecniche pro concorrenziali è oggetto di una riserva di potere dell'Autorità, mentre la parola "indipendente" significa solo che la funzione amministrativa viene esercitata in posizione di autonomia dal Governo ma senza nessuna esenzione, neppure parziale, dal sindacato giurisdizionale di legittimità.

Questa visione della Giustizia, da parte di chi nel ruolo di Presidente dell'Antitrust aveva tutto l'interesse a limitare gli annullamenti delle sue decisioni, è emblematica dell'assoluta libertà di pensiero e dello straordinario senso istituzionale di Giuseppe Tesauro, quel senso istituzionale che gli consentiva di seguire il gregge solo quando andava nella direzione che lui riteneva giusta.

GIUSEPPE TESAURO
E LA SUA *LEGACY* ALL'ANTITRUST

Guido Stazi[*]

Ho avuto il privilegio di far parte della squadra di giovani dirigenti che Giuseppe Tesauro rese protagonisti di un periodo veramente importante per la nostra Autorità Antitrust, durante la sua presidenza tra il 1998 e il 2005.

Era il secondo settennato di quella allora giovane istituzione e Tesauro raccoglieva il testimone da Giuliano Amato che aveva "predicato in terra di infedeli", per sottolineare la scarsa cultura della concorrenza che animava politica, impresa e società italiana. Tesauro si mise subito al lavoro, letteralmente dalla mattina presto alla sera tardi, supportato da un Collegio di economisti e giuristi accademici grandi esperti di antitrust.

Sotto la guida ferma e competente di Tesauro, venne impressa una brusca accelerazione alle attività istruttorie dell'Autorità. Furono quindi gli anni delle grandi inchieste antitrust in vari settori dell'economia che spesso si concludevano con la comminazione di sanzioni di centinaia di miliardi di lire; voglio qui ricordare ad esempio il caso *Pepsi Cola vs Coca Cola* (A-224 nel sito AGCM) – lo ricordo bene perché ero il responsabile di quel procedimento – concluso nel dicembre del 1999 con una storica condanna di Coca Cola per abuso di posizione dominante (sanzione di trenta miliardi di lire) nei confronti dell'eterna rivale Pepsi Cola che aveva denunciato l'abuso; il rilievo di quella pronuncia dell'Antitrust di Tesauro consisteva nel fatto che era la prima volta al mondo che la strategia commerciale messa in atto da Coca Cola veniva certificata come abusiva da un'Autorità Antitrust; il caso ebbe un grande rilievo a livello globale, tanto che nella consueta audizione finale che l'Autorità organizzava già allora per dare modo alle parti del procedimento, poco prima della decisione, di contro argomentare le accuse degli uffici alla presenza del Collegio, parteciparono, oltre ai legali e ai consulenti italiani delle due aziende, molti grandi avvocati e famosi economisti statunitensi. Allora la sede dell'Autorità era in via Liguria, nei pressi di via Veneto a Roma e dovemmo prendere in affitto per l'occasione il salone di un grande albergo.

[*] Segretario generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Una volta deciso, il caso resistette ai veementi ricorsi proposti dai legali di Coca Cola, fino ad essere definitivamente confermato dal Consiglio di Stato: grazie anche al fatto che una delle grandi *legacy* culturali di Tesauro fu quella di informare l'attività istruttoria degli uffici al rispetto delle prerogative delle parti, alle garanzie della difesa nello svolgimento dei procedimenti; raccomandava a tutti i giovani funzionari di allora, con cui si confrontava senza sussiego, mettendo a loro disposizione con generosità la sua esperienza di Avvocato generale della Corte di giustizia, di tenere sempre presente nello svolgimento delle attività istruttorie il successivo vaglio giurisdizionale. Una volta confermata definitivamente dalla giustizia amministrativa la pronuncia dell'Autorità sul caso, Coca Cola modificò alcune sue strategie commerciali a livello globale a seguito dei principi stabiliti dall'Antitrust di Tesauro.

L'Autorità, in quegli anni caratterizzati dalle prime grandi liberalizzazioni in molti settori dell'economia, fu protagonista, sotto l'impulso delle segnalazioni al Governo e delle attività di *advocacy* della presidenza Tesauro, dell'accelerazione di quei processi che impegnarono governi di segno diverso; fino ad arrivare a toccare molti settori dell'economia con i provvedimenti di liberalizzazione determinati dalle molteplici segnalazioni antitrust ricordati nel gergo politico-giornalistico come le "lenzuolate".

L'interventismo, nonché la dichiarata e praticata indipendenza dell'Autorità, pose sovente l'Istituzione in rotta di collisione con imprese e politica, di cui Tesauro si faceva carico con generosità e fermezza, sempre però con la forza degli argomenti; come quando nel 1998 in una lettera al Governo di allora (AS-135 nel sito AGCM) stigmatizzava la proroga ventennale concessa alla società Autostrade in vista della privatizzazione, definendola incompatibile con la legge sulla concorrenza, auspicando che il rinnovo delle concessioni delle tratte autostradali avvenisse sempre ed esclusivamente tramite procedure di evidenza pubblica.

Qualche anno dopo lo stesso Presidente Tesauro, dopo che la *holding* che controllava Autogrill lamentò in più sedi una presunta azione vessatoria dell'Antitrust nei confronti della società, si recò in una Procura della Repubblica a denunciare l'ostacolo alle funzioni dell'Autorità da lui presieduta. Sottolineando come la legge offrisse gli strumenti per affermare l'indipendenza dell'Autorità, non solo nei confronti del potere politico ma anche verso il potere economico.

La totale neutralità e l'assenza di deferenza nei confronti del potere, sempre accompagnata però da una naturale ed elegante cortesia istitu-

zionale, era determinata anche dal fatto che Giuseppe Tesauro faceva parte di una assai importante famiglia napoletana e lui stesso era uno dei più prestigiosi esponenti della grande tradizione di giuristi e accademici del Mezzogiorno.

Ma questa cornice gli andava stretta: lui era e si considerava cittadino del mondo, rivendicando il DNA baltico di sua madre nata in Lettonia. E quindi nella sua lunga e straordinaria carriera accademica, professionale e di uomo delle Istituzioni, univa la nobile umanità napoletana a una glaciale freddezza, tipica di un figlio del Grande Nord, nel compiere le scelte giuste nei molti momenti cruciali incrociati nello svolgere gli alti incarichi che negli anni furono a lui conferiti.

Nei primi anni '80 era alla Sapienza di Roma Direttore dell'Istituto di Diritto Internazionale. I suoi molti volumi e la grande maestria nel dare sostanza e anima alla allora acerba disciplina del diritto comunitario, gli valsero la nomina, nel 1988, ad Avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee. In quel ruolo, la sua scienza e competenza lo consacrarono subito come uno dei costruttori della nuova Unione europea che, come noto, scaturì dapprima dalle decisioni della Corte di giustizia, cui seguirono le decisioni politiche intervenute in un campo arato e livellato dalle conclusioni degli Avvocati generali e dalle successive sentenze della Corte.

Da Avvocato generale della Corte di Lussemburgo, Tesauro è stato anche protagonista della costruzione dell'antitrust europeo ed è proprio seguendo il filo della sua straordinaria competenza in materia che fu nominato nel 1997 dai presidenti di Camera e Senato a capo dell'Autorità Antitrust.

Nel 2005, qualche mese dopo la scadenza del mandato all'Antitrust, fu nominato dal Presidente Ciampi giudice alla Corte costituzionale, di cui divenne Presidente per un breve periodo. Con l'ironia che lo distingueva affermò in un'intervista che *"un Presidente a lungo termine può spaventare; a breve, anche se prepotente, diventa innocuo"*, ma in verità, anche nella sua attività di giudice costituzionale era sempre molto incisivo e acuto; questo testimoniano le molte sentenze di cui è stato relatore, come quella in cui la Corte *"ha annullato, me relatore, alcune parti significative della legge elettorale emblematicamente definita Porcellum; non è vero che volevamo sostituirci al Parlamento, al contrario, era semmai uno stimolo per il Parlamento a correggere le incompatibilità della legge con la Costituzione. Era un invito ad immettere un tasso maggiore di democrazia. Come sempre ho affrontato i casi sottopostimi e le sentenze in piena coscienza e senso di responsabilità. E con pieno rispetto della*

sacralità delle Istituzioni. Un sentimento che, mi sembra, stia perdendo sempre più l'attenzione che merita".

Spesso rimarcava la bellezza della nostra Costituzione, ma anche la sua perfettibilità. Per cambiarla però, secondo Tesauro occorreva ricreare il clima di sinergia e tolleranza tra forze politiche diverse che diede vita alla Costituente nell'alba del dopoguerra. È l'ultimo dei grandi insegnamenti che ci ha lasciato Giuseppe Tesauro, colto, moderno e illustre cittadino del mondo.

L'EPOCA D'ORO DELL'AGCM SOTTO LA PRESIDENZA TESAURO

Mario Todino[*]

SOMMARIO: 1. Il mio incontro con il Presidente Tesauro. – 2. L'attività dell'AGCM nei primi anni di vita – 3. L'impronta del Presidente Tesauro sull'operato dell'AGCM. – 4. Conclusioni.

1. Ho avuto il privilegio di lavorare con il Presidente Tesauro in Autorità Garante, in particolare nel Suo gabinetto, per alcuni anni fino alla fine del 2002.

Ma L'avevo conosciuto alcuni anni prima a Lussemburgo, quando era Avvocato generale presso la Corte di giustizia della UE, o meglio "l'Avvocato generale" – avendo già conquistato una grandissima reputazione a Lussemburgo – ed io un giovanissimo agente appena arrivato alla Corte di giustizia nel dipartimento della ricerca giuridica.

Ero andato a trovarLo per un consiglio: il mio dilemma era se rimanere alla Corte per aspirare un giorno, magari, a un posto da referendario, oppure accettare l'offerta di lavoro che avevo ricevuto dall'Autorità Garante della concorrenza a Roma, allora sotto il mandato del Presidente Amato. Già in occasione di quel primo incontro, di cui conservo un ricordo nitido, emersero quei tratti del Suo carattere che Lo rendevano una persona speciale, fuori dal comune: la disponibilità, la grande umanità, e l'umiltà che sempre Lo caratterizzavano.

Mi accolse chiamandomi "Professore", essendo Sua consuetudine attribuire a noi giovani sul campo titoli accademici che non ci appartenevano; ho sempre avuto l'impressione che fosse quell'abitudine un tratto della Sua umanità, un po' per sdrammatizzare la situazione, un po' per nobilitare il Suo interlocutore e metterlo su un piano di parità, un po' per non prendersi sul serio, Lui che di titoli ne aveva tanti; e un po' per dare sfogo alla sua grande vena umoristica molto partenopea.

Mi disse: "Professore, anche tu sei di Trieste? Nessuno è perfetto". Fu un modo geniale di rompere il ghiaccio, e la mia ansia svanì di colpo. Avemmo una conversazione informale e calorosa di cui ri-

[*] Partner presso lo studio legale Jones Day, sede di Bruxelles. Si ringrazia Michele Amodio per la collaborazione nella redazione del testo.

masi stupito, al termine della quale non ebbe esitazioni: "Professore, devi senz'altro accettare questa offerta, senza indugi, sarà una grande esperienza. E poi vai a Roma, dal Professor Amato, uno statista, sarai contentissimo".

Decisi di seguire il Suo consiglio e di andare in Autorità. E Gli sono ancora oggi profondamente grato di quel consiglio, perché mi ritrovai a vivere quella che oserei definire l'epoca d'oro dell'Autorità.

2. Quando arrivai in AGCM, l'istituzione era in pieno fermento, un cantiere in corso d'opera, una fucina di talenti, giovane e dinamica, piena di entusiasmo e competenze, sotto la leadership sapiente e autorevolissima del Presidente Amato. Questi aveva capito, da profondo conoscitore dei problemi del Paese, che la concorrenza era un argomento "delicato," ed occorreva muoversi senza strappi, in sordina, mantenendo un basso profilo, perché una "cura da cavallo" avrebbe potuto causare nel Paese una crisi di rigetto e perché, come usava dire Lui stesso, eravamo dei "predicatori in terra di infedeli", con rischi che si annidavano dappertutto.

In quegli anni, perciò, nell'esercizio dei poteri di vigilanza, si procedette con un approccio pedagogico e prudente, fatto più di *moral suasion* nei confronti delle imprese che di istruttorie roboanti e sanzioni milionarie. E ciò permise all'AGCM di crescere e rafforzarsi, preparandosi per un grande cambiamento. Cambiamento che giunse verso la fine del 1997 con la nomina di Giuseppe Tesauro alla presidenza dell'AGCM.

3. Con Giuseppe Tesauro arrivò l'uomo giusto, nel posto giusto, al momento giusto, se così posso dire. Il Presidente Tesauro portò, difatti, in dote, straordinarie qualità di leadership, carisma, competenza, indipendenza, integrità e determinazione ad esercitare pienamente il ruolo primario cui l'AGCM era istituzionalmente preposta: la vigilanza sulla concorrenza. Ed è così che l'Autorità inaugurò una nuova stagione di grandissimo attivismo. Tutti i settori nevralgici dell'economia italiana, senza eccezioni e senza riguardo per nessuno, finirono sul tavolo dell'antitrust: telecomunicazioni, energia, carburanti, trasporti, banche, assicurazioni, farmaceutico, beni di consumo.

Il numero di indagini antitrust esplose. Per farsi un'idea della prolificità degli interventi dell'Autorità nei vari settori dell'economia nazionale, appare opportuno richiamare brevemente le statistiche di quegli anni.

Nel 1998 furono condotte ben 54 pre-istruttorie in materia di intese restrittive della concorrenza e 21 pre-istruttorie in materia di abusi di posizione dominante, da cui scaturirono 14 istruttorie per intese e 3 per abusi.

Nel 1999 furono condotte ben 30 pre-istruttorie in materia di intese e 15 in materia di abusi, sfociate in 12 istruttorie per le intese, tutte con accertamento di violazione, e 4 istruttorie per abusi.

Nel 2000 l'Autorità scrutinò ben 52 pre-istruttorie per intese restrittive della concorrenza e 22 per abusi di posizione dominante, sfociate in 12 istruttorie per intese e 7 per abusi.

Nel 2001, furono esaminate 43 intese e 28 possibili abusi, da cui discesero 9 istruttorie per intese e 3 per abuso.

Nel 2002 furono esaminate preliminarmente 46 intese restrittive della concorrenza e 19 casi di potenziale abuso di posizione dominante. L'Autorità giunse alla conclusione rispettivamente di 7 istruttorie per le intese e di 4 istruttorie per gli abusi.

Nel 2003 furono esaminate 54 intese e 14 potenziali abusi, e furono concluse 6 istruttorie nel primo campo e 4 nel secondo.

Nel 2004, infine, l'Autorità scrutinò 60 intese e 24 potenziali abusi, da cui scaturirono 12 istruttorie in materia di intesa e 1 in materia di abuso di posizione dominante.

A parte i numeri impressionanti[1], l'Autorità sotto la Presidenza Tesauro si distinse anche per l'incisività della politica sanzionatoria e la rilevanza delle istruttorie, molte delle quali investirono settori ed operatori fino ad allora "inviolati" e costituirono delle autentiche novità, facendo da apripista a filoni investigativi che si sarebbero poi consolidati nel tempo.

Per esempio, in quegli anni fu dedicata particolare attenzione ai settori da poco oggetto di liberalizzazione, come testimoniato da una serie

[1] Per chiarezza, va segnalato che le statistiche di quegli anni, antecedenti alla riforma della "modernizzazione" del diritto antitrust europeo avvenuta con il regolamento n. 1, 2003, includono anche preistruttorie e istruttorie afferenti a comunicazioni volontarie delle parti tese ad ottenere delle autorizzazioni in deroga, mentre nel periodo successivo alla riforma della modernizzazione, a seguito dell'introduzione di un sistema di controllo delle intese *ex post*, il numero di fattispecie antitrust oggetto di indagine da parte dell'Autorità si è fisiologicamente contratto, limitandosi ai soli procedimenti repressivi. Nondimeno, anche depurando le statistiche dell'epoca da questo fattore distorsivo, il numero di istruttorie per violazioni antitrust sotto la Presidenza Tesauro rimane estremamente elevato.

di istruttorie riguardanti le telecomunicazioni, l'elettricità[2], i trasporti[3], il gas[4], il settore postale[5] e televisivo[6].

Sempre in quegli anni si cominciò a prestare particolare attenzione alle organizzazioni consortili[7] e alle associazioni di categoria od organismi comparabili[8], perché ritenuti fori naturali di scambi informativi tra imprese concorrenti suscettibili di alterare la concorrenza.

In tema di intese, una delle aree più battute dall'AGCM in quegli anni fu quella degli scambi informativi tra concorrenti diretti. Tra i casi più importanti in materia va menzionato (I377) *RC Auto,* in cui l'Autorità riscontrò un'intensa attività di scambio di informazioni realizzata da numerose imprese di assicurazione tramite la società di consulenza R.C. Log Srl, strumentale al coordinamento delle politiche di prezzo. L'intesa fu ritenuta particolarmente grave avendo coinvolto, seppure con intensità diversa, un numero molto elevato di imprese e su tali presupposti fu irrogata una pesantissima sanzione pari complessivamente a quasi 700 miliardi di Lire.

Un'altra area molto attenzionata dall'AGCM del Presidente Tesauro fu quella dei comportamenti collusivi tra imprese concorrenti nel settore delle gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche[9].

Ugualmente prolifica fu l'attività di *enforcement* in materia di abusi di posizione dominante, dove l'Autorità si occupò prevalentemente delle condotte escludenti poste in essere dagli *incumbent* nei settori di recente liberalizzati delle *public utilities*[10].

Ma numerose furono anche le istruttorie in tema di scontistiche fidelizzanti, tra cui figura il *leading* case *Coca-Cola*, relativo a pratiche scontistiche opache volte ad estromettere dal mercato il concorrente *Pepsi Cola*, conclusosi con una pesante sanzione di oltre 31 miliardi di Lire[11].

[2] (A263) *Unapace/Enel*.

[3] (I446) *Compagnie Aeree-Fuel Charge*.

[4] (A221) *Snam/Tariffe di vettoriamento*.

[5] (A218) *Consorzio Risposta-Ente Poste Italiane*.

[6] (I283B) *Rai/Mediaset/R.T.I./Media/trade*.

[7] (I364) *Consorzio Qualità Veneta Asfalti*, (I138B) *Consorzio del Prosciutto di San Daniele-Consorzio del Prosciutto di Parma.*

[8] (I342) *Farmindustria-Codice di autoregolamentazione* o (I362) *Vendita diritti televisivi.*

[9] (I463) *Pellegrini-Consip*.

[10] (A351) *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*; (A333) *Enel Trade-Clienti Idonei*.

[11] (A224) *Pepsico Foods and Beverages International-IBG Sud-Coca Cola Italia*.

In quegli anni l'Autorità si cimentò anche in alcune delicate indagini relative a condotte abusive da sfruttamento[12], e affrontò per la prima volta il tema delle condotte abusive nei cosiddetti *aftermarkets*[13].

L'Autorità del Presidente Tesauro si caratterizzò anche per il fortissimo ancoraggio all'ordinamento comunitario, sposando interpretazioni innovative tese a garantire il primato e la massima effettività delle norme europee di concorrenza. In materia, il caso che più fece scalpore resta (I318) *Consorzio Industrie Fiammiferi* dove l'Autorità, da un lato accertò l'illegittimità della normativa relativa all'organizzazione e il funzionamento del Consorzio Industrie Fiammiferi, disponendone la disapplicazione in nome del primato delle norme europee di concorrenza[14]; dall'altro imputò al CIF alcuni comportamenti che risultavano ultronei rispetto al dettato normativo, segnatamente l'assunzione di delibere consortili anticompetitive esorbitanti rispetto a quanto stabilito dalla normativa, e perciò ascrivibili all'ambito di autonomia privata delle imprese riunite nel consorzio.

Come osservato, le indagini aumentarono non solo in termini numerici, ma anche in termini qualitativi, con l'irrogazione di sanzioni sempre più significative. Sono numeri da record, ancora imbattuti, che fecero conquistare all'AGCM un enorme prestigio e credibilità non solo nel panorama istituzionale italiano ma anche all'estero, nel consesso delle altre autorità di concorrenza. A tal punto che, nella famosa pubblicazione *Rating The Regulators*, l'OCSE attribuì in quegli anni all'AGCM un voto altissimo, alla pari delle più prestigiose autorità di concorrenza quali la Commissione europea, la Federal Trade Commission degli Stati Uniti, e il BundesKartellamt tedesco.

Il Presidente Tesauro instaurò anche un rapporto di fattiva cooperazione con la Commissione europea, il cui portafoglio della concorrenza all'epoca era guidato dal Prof. Mario Monti, collocando l'AGCM alla testa del progetto di cooperazione internazionale della rete di autorità nazionali di concorrenza. Durante il Suo mandato fu difatti inaugurato l'ICN, *network* mondiale delle autorità di concorrenza, con il mitico convegno fondativo nella magica cornice del Castel dell'Ovo a Napoli.

[12] (A306) *Veraldi Alitalia*.

[13] (A209) *Goriziane-FIAT ferroviaria*.

[14] L'AGCM accertò che la normativa in questione prescriveva un obbligo in capo alle imprese del settore di operare associandosi in un consorzio, e conferiva poi al consorzio il potere di ripartire in maniera anticompetitiva la produzione di fiammiferi fra le imprese consorziate.

L'aspetto che trovo straordinario sotto il profilo personale è che si raggiunsero risultati straordinari in termini di produttività ed incisività dell'azione di vigilanza senza sacrificare, anzi, preservando, all'interno dell'istituzione una grande armonia nell'ambiente di lavoro. Certo, c'era una sana dialettica e c'erano disaccordi tra gli uffici e il collegio, ma non ricordo mai di situazioni in cui la tensione e la grande esposizione esterna in cui vivevamo fosse poi scaricata internamente nei rapporti di lavoro. Posso infatti dire con certezza che godeva di grande popolarità all'interno ed era amato da tutti.

4. Del periodo speso presso il gabinetto serbo un ricordo bellissimo, di anni formativi indimenticabili. In quel contesto ho avuto il privilegio di conoscerlo e apprezzarlo meglio instaurando un rapporto di rispetto e affetto. Il Presidente Tesauro abbinava semplicità e chiarezza, aveva questa capacità di semplificare i concetti e concentrarsi sulle cose importanti, ma anche un grande intuito su come le cose sarebbero andate a finire.

Era poi un grande lavoratore, e studiava approfonditamente tutti i dossier. Passavamo delle ore a discutere ogni singolo caso della cartellina, ed era un grande ascoltatore: si poneva sempre con grande umiltà ad affrontare le questioni, ci invitava a volare bassi, a fare il "bagno di umiltà" come usava dire, e Lui per primo era così, ascoltava tutti e a lungo.

Per concludere, a nome del popolo dell'antitrust – come Lui usava chiamare la nostra comunità – vorrei sinceramente ringraziarlo, abbiamo un grande debito di riconoscenza, Gli dobbiamo tanto e non Lo dimenticheremo mai.

IL CASO *CONSORZIO INDUSTRIE FIAMMIFERI* TRA PREVALENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO E TUTELA DELLA CONCORRENZA

Paolo Ziotti[*]

1. Una delle questioni e delle preoccupazioni ricorrenti e unificanti del percorso di Giuseppe Tesauro, quale Presidente dell'AGCM, è stata la realizzazione della piena integrazione dell'ordinamento italiano in quello europeo, con l'effettivo riconoscimento in capo ai singoli, anche nella loro qualità di operatori economici sul mercato unico europeo, dei diritti loro attribuiti dal diritto UE, nonché in termini più generali, con l'effettiva capacità in quanto consumatori di beneficiare appieno dei vantaggi derivanti dalla creazione di un mercato unico e concorrenziale.

Sotto questo profilo emblematica è la vicenda e la decisione nel caso relativo al *Consorzio Industrie Fiammiferi* – CIF (caso I318) del 13 luglio 2000. Come è noto, in quel caso, le condotte ritenute contrarie all'art. 101 TFUE (all'epoca art. 81 del Trattato CE) erano una conseguenza diretta della stringente regolamentazione e pianificazione del funzionamento del mercato della produzione dei fiammiferi in Italia che imponeva alle imprese del settore, al fine di operare, di associarsi in un consorzio (appunto il CIF) e conferiva poi al Consorzio il potere di ripartire la produzione di fiammiferi tra le imprese consorziate.

2. Senza entrare naturalmente nel merito della decisione – ben conosciuta – segnatamente nella parte in cui imputava altresì al Consorzio e alle imprese dei comportamenti ultronei rispetto al dettato normativo, sicuramente sanzionabili ai sensi dell'art. 101 TFUE, la sua peculiarità e importanza risiede nella circostanza che in quell'occasione, per la prima volta, l'Autorità – su un preciso impulso del Presidente Tesauro – affermava, nell'ipotesi in cui emergesse nell'ambito di un procedimento istruttorio che le condotte addebitate alle imprese fossero una conseguenza necessitata di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario, il potere di disapplicare quella norma.

Tale potere veniva fondato sul primato del diritto europeo nei confronti delle norme interne con esso contrastanti, sia precedenti che suc-

[*] Avvocato.

cessive, in forza del quale la norma interna con esso in conflitto non può essere applicata, va cioè disapplicata. Una siffatta primazia veniva affermata anche con specifico riguardo alle norme antitrust, di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, in quanto gli Stati membri non potevano/dovevano consentire alle imprese di eluderne i divieti, al fine di non pregiudicarne l'effetto utile.

3. Sul punto, vale la pena sottolineare, che la possibilità di disapplicare la norma nazionale contrastante con il diritto UE, quale corollario sia del potere normativamente riconosciuto all'Autorità di dare attuazione in via decentrata agli artt. 101 e 102 del Trattato, sia del primato e dell'efficacia diretta di tali norme, era stata prospettata dal Presidente Tesauro sin dalla Relazione Annuale sull'Attività svolta nel 1998: in particolare in occasione della presentazione della suddetta Relazione, il 25 maggio 1999, precisato che "[è] *un'illusione credere di potere individuare in via amministrativa l'equilibrio tra domanda e offerta, come se fosse noto o prevedibile l'insieme delle possibilità produttive, dei beni e servizi disponibili e delle esigenze dei consumatori* [e che i] *tentativi da parte della regolazione di sostituirsi al mercato nello scegliere il numero degli operatori presenti e gli ambiti rispetto ai quali essi sono autorizzati a competere producono gravi danni al sistema economico: lo irrigidiscono, incanalandolo lungo percorsi che altrimenti non sarebbero stati scelti, e ritardano la crescita del reddito e dell'occupazione*", Tesauro affermava con chiarezza come, a valle dell'approvazione della L. 52/1996 che attribuiva all'Autorità il potere di applicare direttamente gli (allora) articoli 81, paragrafo 1, e 82 del Trattato CE, "[l']*applicazione decentrata delle disposizioni comunitarie* [avrebbe dovuto] *acquisire nei* [successivi] *anni un rilievo fondamentale nel contesto italiano, nella misura in l'Autorità può per tale via, conformemente alla giurisprudenza in materia della Corte di giustizia, accertare il contrasto con le pertinenti disposizioni comunitarie di misure normative e regolamentari che autorizzino o comunque facilitino comportamenti anticoncorrenziali delle imprese*".

4. Tale tesi – seppure trovava il supporto di parte della dottrina (A. TIZZANO, *L'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 CE in Italia*, in *Foro Italiano*, n. 1, 1997, p. 33, punto 11) – non trovava, tuttavia, un consenso generalizzato, tanto meno in giurisprudenza, in quanto prevalente era la tesi – sostenuta nel caso di specie anche dal Consorzio innanzi alla Corte di giustizia – che operava un'interpretazione restrittiva della sentenza *Ladbroke Racing* (sentenza della Corte dell'11

novembre 1997, causa C-359/95 P e C-379/95 P) e giungeva, pertanto, alla conclusione che l'Autorità – nell'ambito di un'istruttoria – dovesse limitarsi a verificare, in via incidentale se un determinato assetto normativo lasciasse o meno margini di autonomia alle condotte delle imprese interessate, poiché solo in caso affermativo era applicabile l'art. 101, con la conseguenza, implicita, che non potesse configurarsi alcun obbligo di disapplicazione della normativa italiana esistente in capo alle imprese a fronte di norme nazionali cogenti.

Una siffatta posizione, dunque, rendeva impossibile per l'Autorità la trasposizione a livello nazionale della soluzione elaborata a livello europeo dalle istituzioni della Comunità – fondata sul principio dell'effetto utile degli artt. 101 e 102 del TFUE – di sanzionare oltreché le condotte di impresa anche le misure nazionali all'origine delle stesse condotte, adottando il parametro di legittimità fondato sulla lettura combinata degli artt. 101 (o 102) TFUE con gli artt. 3, lett. g) e 10, par. 2, ovvero, come affermato da Tesauro, in occasione della presentazione il 22 giugno 2004, della Relazione Annuale sull'attività dell'Autorità relativa all'anno 2003 – vale a dire successivamente alla sentenza della Corte di giustizia nel caso CIF, "*di colpire simultaneamente e utilmente entrambi i "nemici" della concorrenza: i comportamenti d'impresa restrittivi, con l'inibizione e, talora, con la sanzione; le misure legislative, governative e amministrative, che inducono, agevolano o impongono quei comportamenti, con la disapplicazione*". In altri termini, ai sensi della tesi allora prevalente in Italia, l'Autorità avrebbe dovuto sostanzialmente fermarsi in presenza di una copertura normativa delle suddette condotte altrimenti illecite, senza poter procedere all'eliminazione di tale copertura.

5. Discostandosi da tale interpretazione, nella decisione CIF l'Autorità accertava l'illegittimità del regime normativo disciplinante il Consorzio con il combinato disposto degli articoli 3, n. 1, lett. g), 10 e (allora) 81, paragrafo 1, del Trattato CE, in virtù del quale, alla luce di un consolidato orientamento della Corte di giustizia, gli Stati membri della Comunità non possono – in virtù del principio di leale collaborazione – adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza del Trattato applicabili alle imprese, concludendo che la normativa in questione, "nella misura in cui" era idonea a dare luogo a tale effetto, andava "disapplicata" per l'avvenire e che le condotte delle imprese che alla stessa normativa avessero continuato a conformarsi successivamente alla decisione, sarebbero state illecite.

6. Proprio l'impugnazione di tale decisione da parte del CIF ha dato l'occasione al giudice amministrativo (TAR Lazio, ordinanza del 4 aprile 2001 n. 29199 di operare il rinvio alla Corte di giustizia che, con la sentenza *CIF* (sentenza della Corte del 9 settembre 2003, causa C-198/01) – vale la pena sottolineare che si è trattato della prima pronuncia adottata a seguito di un rinvio pregiudiziale in materia di concorrenza da parte dei giudici amministrativi italiani in sede di controllo delle decisioni antitrust – ha pienamente confermato la legittimità dell'operato dell'Autorità con riguardo al diritto europeo. Al riguardo Tesauro, in occasione della presentazione il 28 giugno 2001, della Relazione Annuale sull'attività dell'Autorità relativa all'anno 2000 – sottolineava come "[l]*a sentenza della Corte s*[arebbe stata] *di estrema importanza, potendo essa aprire la via a interventi delle Autorità nazionali di concorrenza sempre più incisivi ed efficaci, tali da contribuire alla modernizzazione dei residui assetti regolamentari che perseguono non tanto gli interessi generali dell'economia nazionale, quanto esigenze particolari delle categorie e dei settori coinvolti*".

7. Anzitutto, la Corte confermava pienamente la competenza di un'Autorità amministrativa di tutela della concorrenza – qual è l'AGCM – ad effettuare la disapplicazione di una normativa in contrasto con il combinato disposto degli articoli 3, n. 1, lett. g), 10 e (allora) 81, paragrafo 1, del Trattato CE, nella misura in cui la normativa in discussione rappresentava un mezzo per sottrarre il mercato della fabbricazione e della commercializzazione dei fiammiferi in Italia alla concorrenza, mantenendo in vita una struttura orizzontale tra gli operatori del settore che di fatto impediva l'ingresso di nuovi operatori e la razionalizzazione delle imprese, in palese contrasto, d'altronde, anche con l'allora art. 98 CE (divenuto art. 120 TFUE), in base al quale "[g]*li Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*".

8. Riservandomi di ritornare brevemente su tale richiamo all'art. 98 CE contenuto al punto 47 della sentenza CIF, la Corte rendeva chiaro, dunque, che in considerazione del fatto che all'Autorità spettava il compito di vigilare sul rispetto dell'art. 101 TFUE e che tale norma, in combinato disposto con l'allora art. 10 CE (divenuto art. 4, par. 3, TUE), imponeva un obbligo di astensione a carico degli Stati membri da iniziative contrastanti con gli obiettivi del Trattato, il mancato riconoscimento alla stessa del potere di accertare se una misura nazionale

fosse in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE e 81 CE e, conseguentemente, di disapplicarla avrebbe affievolito l'effetto utile delle norme europee.

Tale potere/obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto UE veniva fondato – in linea con il ragionamento dell'AGCM e con l'indirizzo ad esso fortemente dato dal Presidente Tesauro – sul principio del primato del diritto comunitario, il cui rispetto incombe non solo ai giudici nazionali, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative. Tale principio implica l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario.

9. È chiaro che la conferma da parte della Corte dell'obbligatorietà della disapplicazione da parte di AGCM ha rappresentato un arricchimento degli strumenti a sua disposizione per un efficace *enforcement* delle norme europee di concorrenza, specie nell'ottica dell'imminente – all'epoca – entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1, 2003, in tema di modernizzazione delle regole di concorrenza. In particolare, ciò le ha consentito di intervenire in modo efficace per superare gli ostacoli al dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali creati dalle regolamentazioni nazionali, in mercati sempre più integrati all'interno dell'Unione, nell'interesse finale – naturalmente – dei consumatori, che ha sempre rappresentato uno dei focus principali nell'operato di Tesauro come Presidente dell'Autorità.

Peraltro, successivamente alla sentenza, l'Autorità ha proceduto nell'ambito di altre istruttorie alla disapplicazione di normative nazionali ritenute in contrasto con il combinato disposto degli allora artt. 10 CE e 81 CE: penso segnatamente – in materia di abuso di posizione dominante – ai casi A365 – *Posta elettronica ibrida* e A441 – *Applicazione dell'IVA sui servizi postali*.

Tale potere/obbligo di disapplicazione, evidentemente, aveva carattere complementare – oltre, naturalmente, a quello dei giudici e di altri organi amministrativi nazionali – al potere della Commissione e degli Stati membri di dare avvio ad una procedura d'infrazione ex artt. 258 e 259 del TFUE.

10. Al momento della sua pubblicazione, la sentenza CIF con il richiamo operato all'art. 98 del Trattato che aveva istituito la Comunità europea [divenuto art. 120 TFUE] sembrava poter andare nel senso di un possibile ampliamento della possibilità di procedere alla disapplica-

zione delle norme nazionali per loro contrasto con le disposizioni del Trattato sulla concorrenza, in ipotesi anche prescindendo dall'accertamento di condotte d'impresa in violazione delle regole di concorrenza del Trattato.

Tale apertura si è concretizzata, almeno parzialmente, solo anni dopo, a seguito dell'introduzione dell'art. 21-*bis* alla l. 287/90 per opera dell'art. 35, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*) che attribuisce la legittimazione in capo all'Autorità ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato ma non, quindi, nei confronti di norme di carattere legislativo.

11. Mi sia consentita, in chiusura, un'ultima considerazione, che esula dal contenuto specifico di questa mia breve comunicazione e che mi viene suggerita da altri interventi svolti da chi mi ha preceduto. Si tratta del profilo relativo alla grande attenzione prestata dal Prof. Tesauro, anche nel suo ruolo di Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza, al rispetto dei diritti della difesa degli operatori coinvolti in un'istruttoria dell'Autorità e, quindi, all'instaurazione di un effettivo contraddittorio con gli Uffici dipendenti dalla stessa. In questa prospettiva, sotto la presidenza del Prof. Tesauro un ruolo fondamentale aveva assunto l'audizione finale prevista dall'art. 14, comma 5, del d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 (*Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*), momento cruciale e fondamentale di discussione e confronto effettivi sulla fondatezza delle tesi contenute nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie degli Uffici e gli argomenti difensivi sviluppati dalle parti nelle loro memorie. Credo che la centralità di questo confronto, venuta progressivamente meno negli anni successivi, costituisca un altro importante lascito della Presidenza Tesauro e che derivava dalla sua esperienza europea e che dovrebbe essere di nuovo valorizzato al giusto.

12. Chiudo con un saluto commosso al Prof. Tesauro, che considero uno dei maestri della mia esperienza professionale e alla sua compagna di una vita, Paola.

II SESSIONE

AVVOCATO

GIUSEPPE TESAURO AVVOCATO

Ferruccio Auletta[*]

SOMMARIO: 1. Giuseppe Tesauro e la sua sensibilità per i temi del processo. – 2. Un rapporto alimentato dalla condivisione della simpatia per "l'attore che ha ragione". – 3. Diversa veste, ma identica attenzione per le tecniche di giudizio. – 4. L'effettività della tutela quale minimo comun denominatore delle nostre rispettive posizioni sul duello tra le Corti di vertice. – 5. L'ultimo contatto.

1. Chiamato a ricordare Giuseppe Tesauro avvocato, ho inteso il mio compito come quello di chi dovesse dare conto della sua sensibilità per il processo, i relativi principi e applicazioni quale metodo civile di aggiudicazione di beni socialmente contendibili. Non avrei, infatti, altro titolo per dire del Patrocinatore di interessi altrui dal momento che non mi è mai capitato di assistere o partecipare con Lui alla difesa di individui o enti.

2. La mia relazione con G.T. si era intensificata l'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014[1], di cui era stato autore (notoriamente) contrastato: sentenza recante la fondamentale

[*] Professore ordinario di Diritto processuale civile presso l'Università di Napoli "Federico II".

[1] In *Foro italiano*, I, 2015, p. 1152 ss., con note di A. PALMIERI e di A. SANDULLI, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 339 ss.; con nota di D. GIRARDI, *Gli argini costituzionali alla norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 3853 ss.; con note di B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*; di C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*; di M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*; di R. CAPONI, *Immunità dello stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti* (nota a Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238), e di F. RIMOLI, *La Corte e la Shoah: osservazioni brevi su una sentenza coraggiosa.*

La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. 17 agosto 1957 n. 848 (esecuzione dello statuto delle Nazioni unite), limitatamente all'esecuzione dell'art. 94 della Carta delle Nazioni Inite (che obbliga gli Stati membri ad adeguarsi alle pronunce della Corte internazionale di giustizia - CIG), con esclusivo riguardo alla sentenza della CIG del 3 febbraio 2012 (la quale aveva escluso la giurisdizione del giudice italiano in relazione ad azioni risarcitorie promosse da cittadini italiani danneggiati dalle truppe tedesche durante il secondo conflitto mondiale). Altra previsione dichiara-

scalfitura dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano, invero consentita dagli artt. 2 e 24 Cost.; scalfitura da Lui specialmente recata assumendo l'assoggettabilità a giudizio, in ogni caso, di quei comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo, in quanto espressamente ritenuti lesivi di diritti inviolabili. Così, nell'occasione, si era detto per quelli tenuti dalla Germania in periodo bellico. Dunque, la rimozione dell'immunità dalla giurisdizione che se ne operava assoggettandoli al processo lasciava superare, infine, la negazione della tutela sin lì pervicacemente ribadita, facendo affiorare alla mia mente le parole amarissime di Satta: "Chiovenda ha parlato del processo come fonte autonoma di beni: si potrebbe con più realismo parlare del processo come fonte autonoma di mali"[2].

Le affermazioni contenute nella rivoluzionaria sentenza mi avevano molto colpito e, per questo, avevo scritto all'Autore, Presidente della Corte (ma anche relatore alla Camera di consiglio nonché redattore del testo della decisione), riferendogli la gratitudine dello studioso dei temi della giurisdizione per il contributo in tal modo ricevuto dalla Consulta (allora composta, tra gli altri, da Sabino Cassese, Paolo Grossi, Marta Cartabia, Sergio Mattarella e Giuliano Amato) al consolidamento costituzionale della disciplina che la giurisdizione è chiamata ad *attuare*, il diritto processuale appunto.

Ne avevo ricevuto in cambio l'invito a un incontro al Palazzo della Consulta, dove – ricordo – la conversazione aveva poi preso a includere temi diversi, quindi riguardato persone e luoghi comuni anche al terzo interlocutore da Lui cooptato nello studio presidenziale, uno dei suoi assistenti, il Procuratore generale della Corte di Cassazione adesso in carica.

L'anno dopo, quando Egli era già cessato dalle sue funzioni di componente della Corte costituzionale, mi era capitato di scrivere un'annotazione alla sentenza n. 10 del 2015[3]: mi telefonò allora per riferirmi

ta illegittima è stata l'art. 3 l. 14 gennaio 2013 n. 5, che prevedeva una serie di misure da adottare nell'ipotesi in cui la CIG avesse ritenuto sussistente l'immunità di uno Stato.

[2] S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 26.

[3] In *Foro italiano*, I, 2015, p. 1502, con nota di R. Romboli; ivi, 1922; con nota di G. Tesauro, *Incostituzionalità della "Robin Hood Tax": ragioni di bilancio über alles*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 1324 ss.; con note di P. Costanzo, *Quando il ruolo della Corte costituzionale è fine a sé stesso*; di A. Marcheselli, *Capacità contributiva e pareggio di bilancio: una ponderazione che non convince*; di R. Pinardi, *Effetti temporali e nesso di pregiudizialità in una decisione di accoglimento* ex nunc, in *Giurisprudenza*

del suo particolare gradimento nella lettura che gli era accaduto di farne, attratto dal titolo: "*La* Robin tax, *la Corte costituzionale e il processo civile:* omnis actor post iudicium tristis", nota edita in *Judicium.it*, allora pionieristico ambiente editoriale che coniugava, per la comunità dei cultori del processo civile, volontariato scientifico, palestra accademica, informazione *open access*.

Avevo molto criticato la decisione che, modulando i suoi stessi effetti temporali, era giunta a escludere un effetto utile anche per *l'attore che ha ragione*, negandogli ogni "*premio di cattura*" (come si sarebbe detto in Germania)[4]: G.T. mi offrì una serie assai lunga di elementi informativi ulteriori a sostegno della tesi che avevo sostenuta e fu assai (più) critico verso il tipo di impianto culturale posto alla base (anche) della singola vicenda, manifestandomi sentimenti e idee personali anche intorno ad alcuni degli autori della decisione che, pur se di illegittimità costituzionale, tuttavia "nella specie e per […] ragioni di stretta necessità", si era voluta produttiva di effetti soltanto a "decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione […] nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica".

In guisa di *anticipato commento*, era stata proprio la "sua" Sentenza n. 238/2014 ad aver recato il più nitido stigma della soluzione; invero, vi si ricordava quella "prassi della stessa Corte di giustizia UE di differire gli effetti favorevoli di una sentenza su rinvio pregiudiziale anche per le parti che avevano fatto valere i diritti poi riconosciuti, così vanificando la funzione del rinvio pregiudiziale, riducendo visto-

costituzionale, 2015, p. 45 ss.; con note di A. Anzon Demmig, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento* e di E. Grosso, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?* La pronuncia aveva disposto la rimozione solo *pro futuro* degli effetti della norma censurata alla luce di un (discutibile) bilanciamento operato tra regole processuali, da un lato, e principio di equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.), dall'altro. La disposizione illegittima, infatti, aveva ad oggetto la previsione di un'addizionale IRES sugli extra-profitti delle imprese energetiche e petrolifere, la cui eliminazione con effetti retroattivi avrebbe determinato una significativa riduzione del gettito erariale e, verosimilmente, la necessità di procedere ad una manovra finanziaria aggiuntiva.

[4] M.T. Rörig, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, p. 36, pubblicato dal Servizio Studi-Area di Diritto Comparato della Corte costituzionale nell'ottobre del 2018. Per l'esperienza austriaca, v. anche M. Stelzer, *Pro futuro and Retroactive Effects of Rescissory Judgment in Austria*, in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, diretto da P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule, B. Vanleberghe, Cambridge, 2014, p. 63 ss.

samente l'effettività della tutela giurisdizionale richiesta e pertanto non rispondendo *in parte qua* a quanto richiesto dal diritto al giudice sancito dalla Costituzione italiana". Prassi contro la quale – si diceva – era stato *olim* merito (della sentenza n. 232 del 1989) della Corte italiana, non per caso presieduta da un eminente processualista quale Giovanni Conso, di aver indotto la Corte di giustizia UE a mutare la sua giurisprudenza in proposito. Difatti, a Lussemburgo era stato ricevuto forte e chiaro il messaggio per cui "[i]n sostanza, il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima".

3. Un campione autentico dell'idea di effettività della tutela si è poi, ancora una volta, rivelato ai miei occhi G.T. quando, intanto divenuto presidente di Banca Carige, mi cercò per farsi spiegare in dettaglio il funzionamento del meccanismo sperimentale, che avev(am)o intentato presso l'Autorità nazionale anticorruzione, di *arbitrare* la liquidazione dei ristori esigibili dai portatori di obbligazioni subordinate emessi da intermediari soggetti a risoluzione (Banca delle Marche S.p.a., Banca popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di risparmio di Ferrara S.p.a. e Cassa di risparmio della provincia di Chieti S.p.a.). Il Presidente era, in particolare, interessato a comprendere lo spettro delle tecniche disponibili per assicurare agli investitori non istituzionali, che avevano acquistato quel genere di titoli collocati da Banca Carige e poi finiti nel mercato secondario, di essere comunque indennizzati nonostante l'impossibilità di convertirli, non raggiungendo un taglio minimo, in nuove obbligazioni *senior*. A differenza degli obbligazionisti c.d. idonei, che avrebbero potuto ottenere obbligazioni scontate ma più garantite, i risparmiatori che non arrivavano al taglio minimo ricercavano legittimamente una forma di liquidazione del valore altrimenti destinato, per la tecnica di conversione, ad annichilimento *reale*. Non sono sicuro di essere riuscito chiarissimo nella spiegazione, ma più sicuro è che Egli sia rimasto perplesso per la complessità dell'apparato normativo che specialmente assisteva l'operazione da eventualmente replicare in guisa di modello.

4. Infine, non posso dimenticare l'ultimo mio incontro con il Professor Giuseppe Tesauro, presente al webinar organizzato dall'Università di Napoli Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza, sopra "*Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: attualità e prospettive*": era il 22 gennaio 2021, e l'occasione venne data dalla presentazione del volume intitolato a *Il rinvio pregiudiziale* a cura di F. Ferraro e C. Iannone (Torino, 2020). Il *webinar* fu introdotto da Roberto Mastroianni e G.T. vi manifestò la sua approvazione per l'opinione che lì avevo sintetizzato aderendo – l'indomani della nota ordinanza delle Sezioni unite del 18 settembre 2020, n. 19598[5] – all'idea di ammissibilità del ricorso per cassazione di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. quale "unico strumento per reagire a violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con sentenze della Corte di giustizia (precedenti o successive)". Non ho dubbio alcuno nel rilevare che causa della nostra consonanza sia stata anche quella volta, di là dell'architettura delle fonti sulle quali basava la personale ricostruzione il Maestro, l'incremento che l'opinione anche mia veniva dando alla tutela giurisdizionale dell'*attore che ha ragione*.

5. Il 7 marzo 2021 ho scambiato con Lui il mio ultimo *whatsapp*, l'indomani dell'invito che gli avevo rivolto per prendere parte al dibattito organizzato sul libro del più eminente processualista della "nostra" Università, Giovanni Verde (*Giustizia, politica, democrazia*, Soveria Mannelli, 2021). E ora vorrei che dall'alto potesse ripetermi, come l'ultima volta: "mi fa tanto piacere leggerti".

[5] In *Foro italiano*, I, 2021, p. 1024, con mia nota, *Ammissibilità del ricorso per "motivi attinenti alla giurisdizione" ed effetti della decisione della Corte di cassazione sulla questione pregiudiziale del giudice speciale "tenuto" al rinvio alla Corte di giustizia*, che ha interrogato la Corte di giustizia dell'Unione europea circa la compatibilità col diritto unionale della insindacabilità – discendente da una stretta applicazione dei principi affermati da Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6 (tra l'altro, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 704, con nota di M. Mazzamuto, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, e in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, p. 1102, con nota di A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione* – a mezzo del ricorso per "soli motivi inerenti alla giurisdizione" (art. 111, ult. comma, Cost.), dell'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia medesima, da parte del Consiglio di Stato.

RICORDO

Raffaele De Luca Tamajo[*]

Sono emozionato e felice di partecipare al ricordo del Prof. Giuseppe Tesauro, ricordo così pregno di unanime affetto e ammirazione.

Voi immaginerete che io, come altri interventori in questa commemorazione, voglia indugiare sulle qualità professionali e accademiche di Giuseppe Tesauro, sui suoi molteplici ruoli istituzionali, che ne hanno fatto una figura di enorme rilievo nella storia istituzionale del nostro Paese e più in generale dell'Unione europea. E certo la vicenda professionale di Giuseppe Tesauro meriterebbe questo, perché essa rappresenta un *unicum* assoluto nel panorama dei grandi personaggi dell'Italia a cavallo del secolo.

Ma c'è qualcosa di ancora più eccezionale nella personalità del nostro onorato, su cui intendo soffermarmi e riguarda i tratti personali e caratteriali di Beppi, stavolta mi consentirete di chiamarlo come l'ho sempre chiamato.

La straordinarietà consiste nel fatto che un uomo asceso a simili vette, dotato di tante competenze, abituato a camminare ad alta quota abbia poi conservato intatti nel tempo la giovialità di sempre, lo sguardo ironico sulla vita, la battuta arguta e sorridente, i molteplici affetti amicali rimasti tali malgrado talora il venir meno di consuetudini e frequentazioni.

La cosa straordinaria, insomma, è che Egli abbia preservato quella umanità sorridente e ironica, quella semplicità di tratto e di relazioni con il prossimo che lo hanno reso perennemente giovane, anche sotto toghe diverse e pesanti, cariche di responsabilità e di impegni di studio.

Giuseppe Tesauro, diversamente dal padre Alfonso la cui autorevolezza si avvertiva già dal tono della voce, manifestava invece la bonomia del saggio, mai folgorato da verità intangibili e mai immune dal dubbio.

Ecco. Questo è il ricordo più vivo e immediato che ho di Beppi, un ricordo che ne richiama altri sintonici: di quando, ad esempio, in anni lontani entrava nel campo di tennis o di calcio, con quei suoi indimenticabili piedoni volutamente un po' dilatati all'esterno, quasi a voler rassicurare una statica messa alla prova dalla sua altezza, ma anche a voler sdrammatizzare la troppa serietà del suo incedere, che non gli piaceva, che non gli si addiceva.

[*] Professore emerito di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Il suo modo lieve di guardare il mondo era forse retaggio di una giovinezza spensierata e vitale nella quale c'era stato spazio anche per la partecipazione trainante a manifestazioni di protesta studentesca, quando era alunno del liceo Umberto, per attività sportive plurime, per rapporti amicali profondi, portati avanti con fedeltà per tutta la vita.

Avendolo conosciuto sin da quegli anni mi piace ricordarlo soprattutto così: sorridente, ironico, affettuoso. Caratteristiche preservate con naturalezza alla fama e ai ruoli svolti con tanta efficacia e successo.

Quanto alla professione forense, credo sia stata la parte minore dei suoi impegni, coinvolto molto presto in ruoli incompatibili con l'esercizio della avvocatura. Tuttavia, per le poche volte che ho ascoltato o letto le sue difese le ricordo brillanti e ficcanti, semplici nel rigore argomentativo e quindi poco infarcite da dotte citazioni o di auliche suggestioni dottrinarie; prammatiche e giuridicamente colte al tempo stesso.

In tema di attività forense un esempio di grande generosità umana e professionale devo però raccontarvelo.

Beppi aveva avuto da poco alcuni incarichi difensivi dalla Fiat in materia di diritto del lavoro, all'epoca il più interessante committente sul territorio nazionale.

Dopo qualche tempo anche a me, più giovane, furono affidati alcuni incarichi dalla medesima società, sicché incontrandolo ebbi il timore di una sua **reazione infastidita** per l'intrusione in un campo più che autorevolmente da lui già occupato.

Ebbene Egli con la sua immancabile leggerezza propria di una qualità superiore mi disse: "Ha fatto bene la Fiat…tu poi sei uno specialista del diritto del lavoro certo più di me", ciò che destò in me al tempo stesso **meraviglia** (sappiamo bene quale sia la componente concorrenziale che caratterizza i rapporti tra colleghi avvocati), **conforto** (quanto avrei sofferto per una anche piccola incrinatura nel nostro rapporto amicale) e **gratitudine** (per avermi elevato a sé nelle competenze).

È così: ai grandi uomini dotati di ampi orizzonti, la generosità non costa molto, è un atteggiamento naturale e spontaneo.

Mi scuserete se in questa brevissima memoria ho fatto prevalere i ricordi personali dell'uomo Tesauro sull'elogio della figura istituzionale accademica e forense, ma come dicevo la singolarità e la grandezza di Beppi è proprio qui, nell'aver saputo accoppiare – cosa davvero rara – l'assunzione di ruoli di così alta responsabilità e di così grande rilievo con tratti permanenti di così ricca umanità, generosità e fedeltà al proprio essere originario e più genuino.

Interventi scritti

IL PROFESSOR TESAURO E LA SENTENZA N. 227/2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Chiara Amalfitano[*]

È per me un onore essere stata invitata a rendere omaggio alla memoria del Professor Giuseppe Tesauro.

Confesso una iniziale titubanza, nonostante diversi ricordi che mi legano al Professore: sarò davvero in grado di commemorarlo come si conviene? Poi ho immaginato che, a fronte della mia ritrosia, il Prof. Tesauro avrebbe sorriso dicendomi "donna Chiara, certo che riuscirai!". E così mi sono decisa ad accettare l'invito.

Il primo ricordo "indiretto" che ho del Prof. Tesauro risale a fine gennaio 2002, quando a margine della tavola rotonda di diritto comunitario che si svolgeva in Cattolica (la prima cui partecipavo, essendomi laureata nel maggio 2001), appresi dell'infarto che aveva avuto il Professore, allora Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ricordo l'apprensione dei docenti presenti alla tavola rotonda, per quello che per me era il già Avvocato generale e il famoso Autore del manuale su cui avevo studiato all'Università e ripreso poi per preparare il concorso di dottorato (l'edizione del 1997, se ben ricordo, glossata in modo esasperato e che ancora religiosamente conservo).

Lo conobbi personalmente l'anno seguente, quando tenne con la Prof.ssa Rita Ciccone una lezione nel corso di perfezionamento di diritto comunitario organizzato in Statale dai Proff. Bruno Nascimbene e Massimo Condinanzi.

Ricordo poi un convegno a Bergamo, il 30 novembre 2006, in occasione del quale gli consegnai la mia monografia, fresca di stampa, dedicata a "*Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*". Ricordo che durante il pranzo dopo il convegno – sulla terrazza di un hotel dove ci scattarono una foto che lo ritraeva come sempre sorridente – conversammo a lungo dei miei studi sulla cooperazione giudiziaria penale tra Stati membri dell'Unione europea.

Dopo la monografia, pubblicai nel 2007 un articolo dedicato al mandato d'arresto europeo (MAE) e alla tutela dei diritti fondamentali

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano.

dell'individuo, e il Prof. Tesauro deve aver ricordato la mia passione per il tema quando – in occasione del XV convegno SIDI che si tenne a Bologna ad inizio giugno 2010 – mi fece "il regalo" di confrontarsi con me in relazione alle questioni di costituzionalità sollevate dalla Cassazione e risolte poi dalla Corte costituzionale con decisione che sarebbe stata depositata di lì a poco, il 24 giugno 2010: si tratta della sentenza n. 227, di cui il Prof. Tesauro è redattore; sentenza di cui il giudice delle leggi si è pronunciato sulla (in)compatibilità con gli artt. 11 e 117 Cost. della legge nazionale di trasposizione della decisione quadro (DQ) sul MAE (legge 22 aprile 2005, n. 69[1]). Naturalmente il Prof. Tesauro aveva le idee chiarissime sull'*iter* motivazionale, e fui onorata di quella condivisione informale (e ovviamente rispettosa del segreto della camera di consiglio) nel tragitto sul pullman che ci portava a cena, tra Via Santo Stefano e il Golf Club Bologna, sulle colline di Monte San Pietro.

Nella specie, la Consulta era stata chiamata a verificare la compatibilità con il dettato della Costituzione, ed in particolare con gli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, dell'art. 18, comma 1, lett. *r*), della citata legge di attuazione della DQ MAE, che menziona(va), tra i motivi (obbligatori) ostativi all'esecuzione di un mandato d'arresto emesso dall'autorità di un altro Stato membro, l'ipotesi in cui il mandato sia stato emesso, ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, (solo) nei confronti di un cittadino italiano, subordinatamente all'esecuzione della condanna sul territorio nazionale. La DQ MAE prevede siffatto motivo ostativo (facoltativo) all'art. 4, punto 6, ma diversamente dalla disposizione di essa attuativa, non prevede alcuna distinzione soggettiva quanto ai destinatari del mandato, ponendo sullo stesso piano – ovvero assicurando la stessa garanzia (rifiuto della consegna ed esecuzione della condanna sul territorio dello Stato) a – cittadini dello e residenti e dimoranti nello Stato di esecuzione.

Il giudice delle leggi – esaminando *funditus* (*i*) la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare le sentenze *Kozłowski*[2] e *Wolzenburg*[3], che ben evidenziano la *ratio* del menzionato motivo ostativo della DQ MAE, ovvero garantire la finalità rieducativa della pena e il

[1] Legge 22 aprile 2005, n. 69, disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

[2] V. sentenza della Corte del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*.

[3] V. sentenza della Corte del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Dominic Wolzenburg*.

reinserimento del condannato, dopo aver scontato la pena, nel contesto sociale, relazionale, affettivo, economico e abitativo con cui presenta il collegamento più stabile e, quindi, effettivo (finalità del resto sancita anche dall'art. 27, terzo comma, Cost.), nonché (*ii*) la natura e la portata del principio di non discriminazione di cui all'art. 18 TFUE (art. 12 CE, ai tempi delle questioni di costituzionalità), che nell'art. 4, punto 6, DQ MAE trova estrinsecazione – è giunto a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. *r*), nella parte in cui "*non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano*, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno" (corsivo aggiunto).

La Consulta, nell'*iter* motivazionale, ben ha sottolineato come la natura facoltativa del motivo ostativo di cui all'art. 4, punto 6, DQ concerne solo la possibilità di poterlo inserire, in sede di trasposizione della DQ nell'ordinamento giuridico nazionale, tra i motivi che vietano la consegna, venendo meno la suddetta discrezionalità una volta che è stata esercitata positivamente nel senso di recepire tale normativa nella parte in cui prevede il motivo ostativo di cui si discute (così come gli altri motivi facoltativi di rifiuto della consegna elencati all'art. 4 DQ). Pertanto, qualora il legislatore italiano abbia deciso di annoverare tra i motivi ostativi alla consegna anche quello di cui al citato art. 4, punto 6, egli non gode più di alcun margine di discrezionalità e non può, quindi, introdurre alcuna distinzione soggettiva relativa ai destinatari della misura di favore[4]: una distinzione siffatta tradirebbe tanto la lettera e la *ratio* della previsione della DQ, quanto il principio di non discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 18 TFUE (già art. 12 CE), e non può, dunque, considerarsi compatibile, in assenza di qualsivoglia "giustificazione legittima e ragionevole" (sulla base di un rigoroso *test* di proporzionalità) con il diritto dell'Unione europea e, quindi, con gli articoli della Costituzione che a tale diritto forniscono copertura[5].

Proprio a questa pronuncia – che finii per commentare su *Forum di quaderni costituzionali* nel dicembre 2010 e poi, in versione estesa, su *Il diritto dell'Unione europea* l'anno successivo (*Il mandato d'arresto euro-*

[4] Tale ragionamento sembra svolto – seppur in modo più sintetico – nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot, del 24 marzo 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*. Questa impostazione viene poi confermata dalla Corte di giustizia, ad esempio, nella sentenza del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva*.

[5] V. sentenza della Corte costituzionale del 24 giugno 2010, n. 227, punto 8 del considerato in diritto.

peo nuovamente al vaglio della Consulta) – si lega il ricordo più stretto e caro che ho del Prof. Tesauro. L'idea del commento nacque, infatti, durante un viaggio in auto, con il Professore e con il Prof. Condinanzi, di rientro a Milano da un convegno, dedicato a "*Il diritto dell'Unione europea nel giudizio costituzionale*", organizzato a Trieste nel settembre 2010. Durante il convegno – confesso che non ricordo chi – osservò che nel caso in esame la Corte costituzionale avrebbe potuto giungere ad una differente conclusione, argomentando che anziché dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lett. *r*), nella parte in cui non assicurava "tutela", come visto, ai cittadini comunitari, il giudice delle leggi avrebbe dovuto restituire gli atti – e quindi rimettere la soluzione della questione – al giudice del rinvio, perché (in linea con la giurisprudenza *Granital*[6]) disapplicasse la norma interna confliggente con l'art. 18 TFUE (già art. 12 CE) in quanto norma dotata di effetto diretto.

Appena diminuita un poco una pioggia che rendeva davvero difficile la guida in autostrada, il Prof. Tesauro ci esternò la sua perplessità sul percorso alternativo che – si era suggerito al convegno – il giudice delle leggi avrebbe dovuto intraprendere. Niente affatto convinto della sua bontà, volle approfondire con Massimo Condinanzi e con la sottoscritta quella strada alternativa, al fine di verificare la "tenuta" della decisione della Consulta, che – come finimmo tutti per concordare – aveva in effetti seguito la sola strada percorribile sulla base della stessa giurisprudenza *Granital*[7].

Quelle riflessioni condivise sono state approfondite e sviluppate nell'ultimo paragrafo del commento sopra citato, della cui stesura sono dunque parzialmente debitrice (lo ammetto!) ai due Professori compagni di quel viaggio. La Corte costituzionale aveva correttamente adottato una pronuncia di illegittimità costituzionale in virtù del fatto che la disposizione nazionale controversa era in contrasto, insanabile in via interpretativa, con una disposizione dell'Unione – contenuta in una DQ – priva di effetto diretto per espressa formulazione dell'art. 34, par. 2, lett. *b*), TUE pre-Lisbona. Impossibilitata ad una interpretazione conforme, perché sarebbe sfociata in una interpretazione *contra legem* e in linea, come detto con *Granital* (e successive integrazioni) – che ammette la disapplicazione della norma interna confliggente solo se la

[6] V. sentenza della Corte costituzionale dell'8 giugno 1984, n. 170.

[7] Oggi la soluzione di cui alla sentenza n. 227/2010 sarebbe la stessa anche seguendo l'impostazione di cui all'*obiter dictum* di cui alla sentenza della Corte costituzionale del 14 dicembre 2017, n. 269, e successive integrazioni e temperamenti.

norma dell'Unione è direttamente applicabile o dotata di effetti diretti, e altresì stabilisce che al di fuori di questi casi la norma interna, non caducata né invalidata da quella "europea", serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia, ma, nel contempo, "soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità"[8] per violazione dell'art. 11 Cost., e oggi anche dell'art. 117 Cost. – la Consulta non poteva che esaminare nel merito la questione, giungendo poi, per le ragioni sopra sinteticamente esposte, a dichiarare l'illegittimità del citato art. 18, lett. *r*), *in parte qua*[9].

E la soluzione della questione non poteva mutare – come suggerito nel convegno triestino – in considerazione del solo fatto che la legittimità costituzionale della disposizione interna venne valutata, oltre che in relazione ad una previsione "europea" priva di effetto diretto, anche alla luce di un altro parametro, ovvero, come visto, l'art. 18 TFUE, cui si riconosce invece, pacificamente, tale diretta efficacia. Infatti, benché dotato di tale efficacia, per giurisprudenza consolidata della stessa Corte di giustizia (che il Prof. Tesauro magistralmente conosceva), il principio di non discriminazione non ha portata assoluta, come la Consulta correttamente ha ricordato, poiché infatti alcune discriminazioni potrebbero sussistere se proporzionate e adeguate[10]. Pertanto, anche con riguardo al contrasto della disposizione interna con l'art. 18 TFUE, il giudice delle leggi ha evidenziato come "corretto [sia] il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione […], non è sempre di per sé sufficiente a consentire la "non applicazione" della confliggente norma interna da parte del giudice comune"[11]. La Corte, non rimettendo la questione al giudice *a quo*, ma piuttosto pronunciandosi direttamente su di essa, anche e comunque perché il contrasto della norma interna è in prima battuta con una norma dell'Unione priva di effetto diretto

[8] V. sentenza n. 170/1984, cit., punto 5 del considerato in diritto.

[9] Una soluzione sostanzialmente analoga a quella accolta dalla Corte costituzionale nel caso in esame venne poi abbracciata dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Lopes da Silva*, dove si afferma che la legislazione di uno Stato membro (nella specie si trattava della Francia) non può escludere in modo assoluto e automatico dal novero dei soggetti cui l'art. 4, n. 6, DQ può applicarsi i cittadini di altri Stati membri che dimorino o risiedano nel proprio territorio, a prescindere da qualsiasi valutazione dei legami instaurati.

[10] Nella stessa sentenza *Wolzenburg*, cit. – all'uopo richiamata dalla Consulta – la Corte di giustizia giustifica una disparità di trattamento tra cittadini nazionali e "comunitari" ritenendola proporzionata e adeguata (punti 63-74).

[11] V. sentenza n. 227/2010, cit., punto 7.1 del considerato in diritto.

(solo in un seconda battuta venendo in rilevo anche l'art. 18 TFUE e il principio di non discriminazione da essa sancito), si riserva così, anche a garanzia della futura certezza del diritto, il potere di valutare la natura più o meno ragionevole della discriminazione operata dal legislatore, fornendo alle autorità giudiziarie competenti indicazioni utili ad evitare il perpetrarsi di future differenziazioni ingiustificate di trattamento.

Ancora, quand'anche non si fosse concordato con la tesi della portata non assoluta del principio di non discriminazione sposata dalla Consulta, la mera disapplicazione della norma interna contrastante con il principio di cui all'art. 18 TFUE non avrebbe potuto garantire – come invece la pronuncia della Consulta – la finalità rieducativa della pena e la non discriminazione tra cittadini degli Stati membri. La disposizione pattizia sancisce sì il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, ma in un caso come quello in esame non era in grado, di per sé sola, di regolare la fattispecie controversa. E la regola della specie non poteva individuarsi nella DQ MAE, seppur anche integrata da una norma dotata di effetto diretto: non pare infatti sostenibile che, in virtù di una sorta di proprietà transitiva, l'effetto diretto dell'art. 18 TFUE si trasferisca al e diventi proprio dell'art. 4, punto 6, DQ (che, finalizzato ad assicurare il reinserimento del condannato, certamente è anche espressione del principio di non discriminazione), così da garantire l'operatività della teoria della disapplicazione della norma interna contrastante al combinato disposto delle due previsioni da ultimo richiamate. Perciò, anche venendo meno la norma interna per contrasto con il principio di non discriminazione, a nulla sarebbe servito l'art. 18 TFUE per consentire di estendere il regime di favore previsto dall'art. 4, punto 6, DQ ai residenti e dimoranti nel territorio italiano. L'effetto di esclusione, conseguenza della disapplicazione, non avrebbe potuto essere opportunamente accompagnato dall'effetto di sostituzione[12], conseguenza ultima della disapplicazione ed effetto che viene, invece, garantito dalla pronuncia della Corte costituzionale, che,

[12] In dottrina, per tale distinzione cfr., per tutti, D. SIMON, *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, p. 265 ss. Per un'attenta disamina di tali effetti e delle conseguenze da essi discendenti proprio con riguardo alle decisioni quadro cfr. M. CONDINANZI, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione europea e Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 513 ss., spec. p. 530 ss. Più di recente, per una ampia ed esaustiva ricostruzione della teoria dell'effetto diretto v., per tutti, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

come visto, dichiara l'illegittimità della disposizione controversa "*nella parte in cui non prevede*", integrandone, quindi, il contenuto: in assenza di una previsione nazionale rilevante e applicabile alla specie e data la natura dell'art. 18 TFUE che sì sancisce il principio di non discriminazione ma che, di per sé, non può disciplinare le fattispecie che hanno dato origine alle ordinanze di rimessione della Corte di cassazione, nessun risultato (utile) avrebbe potuto ottenersi con la mera operatività del menzionato principio.

Prima di avviarmi alla conclusione del ricordo del Professore, vi è un ulteriore profilo della sentenza n. 227/2010 che mi piace rammentare in questa sede, come già fatto in altre occasioni (a partire dal commento della pronuncia). Si tratta del noto passaggio in cui la Consulta utilizza a fondamento della propria decisione non soltanto l'art. 117 Cost. (il solo invocato come parametro di legittimità dai giudici rimettenti quanto a rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione), ma altresì l'art. 11 Cost., ricordando che, secondo una costante giurisprudenza, "la questione di legittimità costituzionale va scrutinata avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati […], qualora tale atto faccia ad essi chiaro riferimento, sia pure implicito […], mediante il richiamo dei principi da questi enunciati". Nel punto 7 del considerato in diritto, la Corte costituzionale evidenzia come il "limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è […] solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, [ha sempre trovato e] trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost.". Conferendo rilievo centrale all'art. 11 Cost., il giudice delle leggi ha riaffermato (e cercato di mantenere intatta) la distinzione quanto agli obblighi che incombono al giudice *a quo*, a seconda che la disposizione nazionale controversa confligga con il diritto dell'Unione o, piuttosto, con il diritto internazionale pattizio e, più nello specifico, con la CEDU: distinzione discendente, secondo la ricostruzione della Consulta, come noto, dalla diversa natura degli ordinamenti sovranazionali in rilievo (Unione europea e Consiglio d'Europa) e dal differente tipo e grado di integrazione che essi realizzano con gli ordinamenti degli Stati membri. E nel concludere il proprio ragionamento, la Consulta ha ricordato che "[r]estano […] ben fermi, anche successivamente alla riforma [della Costituzione del 2001], oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che

derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (compresa la CEDU: sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n. 169 del 2006)".

Come evidenziavo già nel commento alla sentenza n. 227/2010, la Consulta aveva purtroppo le "mani legate" dalle fattispecie oggetto delle ordinanze di rimessione della Cassazione che riguardavano cittadini comunitari (in uno con il fatto che l'art. 18 TFUE, di cui anche si configurava la violazione, sancisce, come noto, il divieto di non discriminazione in base alla nazionalità solo tra cittadini degli Stati membri) e aveva, quindi, potuto pronunciarsi con una sentenza additiva che estendeva il rifiuto dell'esecuzione del MAE, accompagnato all'esecuzione della pena in Italia, ai soli cittadini (appunto) comunitari. Restavano pertanto esclusi dalla garanzia in parola gli extracomunitari pur residenti o dimoranti in Italia, con un persistente disallineamento tra il testo dell'art. 18, comma 1, lett. *r*), della legge n. 69/2005, come integrato dalla Consulta, e l'art. 4, punto 6, DQ MAE.

La questione di legittimità costituzionale della normativa di attuazione della DQ come integrata dalla Consulta è finalmente giunta all'attenzione del giudice delle leggi nel febbraio 2020[13], ma specie in considerazione delle consistenti modifiche apportate alla legge n. 69/2005 (con legge di delegazione europea prima e decreto legislativo delegato poi[14]), quest'ultimo – con ordinanza n. 60/2021[15] – ha preferito restituire gli atti al giudice *a quo*. Poche settimane dopo la decisione della Corte di cassazione a valle della restituzione degli atti da parte della Consulta[16], un nuovo incidente di legittimità costituzionale sul profilo

[13] Ordinanza della Cassazione, sez. VI, del 4 febbraio 2020, n. 10371.

[14] V., rispettivamente, art. 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117, delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2018, e decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10.

[15] Ordinanza della Corte costituzionale del 1° aprile 2021, n. 60.

[16] V. sentenza della Cassazione, sez. VI, del 1° ottobre 2021, n. 35953. Sulle perplessità suscitate da tale decisione e così sull'ordinanza n. 60/2021 della Corte costituzionale, in uno con le ampie modifiche apportate alla legge n. 69/2005, v. C. Amalfitano, M. Aranci, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in*

ancora controverso del motivo di rifiuto è stato promosso dalla Corte d'appello di Bologna[17]. In questo caso, la Corte costituzionale – evidenziando il *novum* rispetto alle fattispecie già prese in esame dal giudice del Kirchberg (l'elemento differenziante consiste nel fatto che si esamina una disciplina nazionale di trasposizione dell'art. 4, n. 6, DQ MAE che esclude in modo assoluto e automatico l'applicazione del motivo di rifiuto nei confronti di cittadini di Paesi terzi dimoranti o residenti sul territorio di uno Stato membro, mentre esso si è pronunciato solo rispetto a mandati di arresto emessi nei confronti di cittadini europei) – ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali, chiedendole (*i*) se l'art. 4, n. 6, DQ MAE, interpretato alla luce dell'art. 1, par. 3, DQ MAE e dell'art. 7 CDFUE, osti a una disciplina, quale quella italiana, che precluda in modo assoluto e automatico all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di Stati terzi che dimorino o risiedano nel proprio territorio, a prescindere dai legami ivi instaurati; (*ii*) e, qualora la risposta fosse affermativa, di indicare i requisiti in forza dei quali valutare il radicamento del soggetto e dalla cui sussistenza deve discendere il rifiuto dell'esecuzione del MAE[18].

In attesa di conoscere il responso della Corte di giustizia su un tema che ha continuato ad appassionarmi negli anni (e con l'auspicio già espresso in altra sede di una soluzione tesa ad estendere la tutela *de qua* anche agli extracomunitari stabilmente radicati sul territorio nazionale, soluzione che – sono certa – soddisferebbe anche il Prof. Tesauro), mi sia consentito un ultimo più personale e "dolce" ricordo di quel lungo viaggio in auto sotto la pioggia battente.

Il viaggio (partimmo da Trieste che era pomeriggio inoltrato) venne spezzato da una cena in Autogrill, di quelli che attraversano l'autostrada, per cui ci godemmo un'ottima insalata *niçoise* con vista sulle macchine che sfrecciavano sotto di noi. Avviandoci verso l'uscita, ci im-

Italia: ancora nessuna tutela da parte della Corte costituzionale (né del legislatore), Nota a Corte cost., ord. 1° aprile 2021, n. 60, Pres. Coraggio, Red. Viganò, in *Sistema penale*, n. 10, 2021, p. 5 ss.

[17] Ordinanza della Corte d'appello di Bologna, sez. I penale, del 27 ottobre 2020, Pres. Est. Ghedini.

[18] V. ordinanza del 18 novembre 2021, n. 217 (su cui v. C. Amalfitano, M. Aranci, *op. cit.*, p. 5 ss.), che ha dato vita alla causa C-700/21, con udienza in Corte di giustizia svoltasi lo scorso 11 ottobre 2022 e conclusioni dell'Avvocato generale previste per il 15 dicembre 2022 (e quindi sentenza della Corte – presumibilmente – a fine inverno/inizio primavera 2023).

battemmo in una distesa di tavolette di cioccolato, di qualunque marca, genere e gusto. Il Prof. Tesauro insistette perché ne scegliessi una, ma la mia timidezza mi impedì di "lanciarmi" nella scelta; così alla fine la scelse lui, e la scelta fu per me tragica, perché scelse una enorme tavoletta di Galak: e se c'è una cosa che proprio non amo, quella è il cioccolato bianco. Ma naturalmente, per non "contraddirlo" (so che sorriderebbe al racconto, dicendo che sono stata sciocca), lo condivisi amabilmente con il Professore durante quel tratto mancante di autostrada che ci separava da Milano, nel viaggio senza dubbio professionalmente più istruttivo che abbia mai fatto e che porto e porterò sempre con affetto nella memoria e nel cuore.

SIMPLEX SIGILLUM THESAURI: LA SEMPLICITÀ E LA CHIAREZZA COME CIFRA STILISTICA DEL COMUNITARISTA

Amedeo Arena[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo stile delle pubblicazioni scientifiche. – 3. Lo stile delle conclusioni presentate in qualità di Avvocato generale. – 4. Lo stile degli interventi nell'ambito di conferenze ed incontri di studio. – 5. Conclusioni.

1. "La […] necessità di tradurre la domanda di pronuncia pregiudiziale in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea richiede […], da parte del giudice del rinvio, *una redazione semplice, chiara e precisa, senza elementi superflui*"[1]. Del pari, "le memorie o le osservazioni scritte devono essere pertanto redatte in un *linguaggio semplice e preciso*"[2]. L'esigenza sottesa a tali inviti, rivolti ai giudici nazionali ed alle parti dei procedimenti innanzi alla Corte di giustizia, è facilmente intuibile: creare le premesse per la reciproca comprensione tra giuristi di lingue diverse, al fine di rendere possibile un dialogo, innanzi al giudice europeo, "fra popoli per lungo tempo contrapposti da sanguinose scissioni"[3].

Giuseppe Tesauro si è fatto portatore di tale istanza di semplificazione del linguaggio, non soltanto rivolgendo accorati appelli ai giudici e, in generale, ai giuristi italiani, in occasione di convegni ed incontri di studio, ma soprattutto attraverso l'esempio dei propri scritti e dei propri discorsi. Nel presente contributo, intendo delineare come la semplicità e la chiarezza rappresentino la cifra stilistica di tale comunitarista, mediante un'antologia di sue pubblicazioni scientifiche, di conclusioni presentate in qualità di Avvocato generale e di interventi nell'ambito di conferenze ed incontri di studio.

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

[1] Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, punto 14 (corsivo aggiunto).

[2] Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte dinanzi alla Corte, punto 42 (corsivo aggiunto).

[3] Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, 1951, preambolo.

2. La prima pubblicazione di Giuseppe Tesauro che desidero esaminare risale al 1966 e si intitola "Rinuncia alla belligeranza (l'art. 9 della Costituzione giapponese)"[4]. L'Autore, allora assistente di diritto internazionale presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Napoli, prese posizione sulla tesi secondo la quale l'art. 9 della Carta nipponica del 1947 avrebbe costituito un limite all'adempimento da parte del Giappone agli obblighi per il mantenimento ed il ristabilimento della pace di cui al Capo VII della Carta delle Nazioni Unite.

Pur non rinunciando alla prima persona plurale, in linea con la maggior parte delle pubblicazioni scientifiche di quegli anni, lo scritto si caratterizza per una prosa chiara e lineare, un ricorso sporadico ai latinismi – appena una dozzina, in un testo di ventuno pagine – ed una conclusione particolarmente incisiva:

> Per concludere, noi riteniamo che la disposizione contenuta nell'art. 9 della Costituzione del Giappone non costituisce un ostacolo circa una partecipazione di natura militare alle azioni intraprese dalle NU per il mantenimento e il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale previste dal Capo VII della Carta. A dispetto del dettato costituzionale, infatti, il Giappone non è uno Stato «disarmato» e, inoltre, gli è stato riconosciuto esplicitamente il c.d. diritto alla legittima difesa individuale e collettiva, concetto, quest'ultimo, che implica anche, e soprattutto, la possibilità di partecipare attivamente alle iniziative per la sicurezza collettiva intraprese dalle NU conformemente alle disposizioni statuarie[5].

Tale cifra stilistica contraddistingue altresì la prima monografia di Giuseppe Tesauro, "Il finanziamento delle organizzazioni internazionali", pubblicata a Napoli nel 1969[6]. L'Autore, ormai libero docente di diritto internazionale dopo un soggiorno presso il Max Planck Institut di Heidelberg, definì "atipico" il criterio per la determinazione delle quote contributive degli Stati membri della CEE, in quanto fondato – come dirlo in modo più chiaro? – sul "peso politico in genere di ciascuno Stato membro", allo scopo di "non creare situazioni di squilibrio

[4] G. Tesauro, *Rinuncia alla belligeranza: l'art. 9 della Costituzione giapponese*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1966, pp. 291-311. Per una bibliografia di Giuseppe Tesauro, si veda P. Mori, *Ricordo di Giuseppe Tesauro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 1070-1076.

[5] *Ibidem*, pp. 310-311.

[6] G. Tesauro, *Il finanziamento delle organizzazioni internazionali*, Napoli.

o di ingiustificata superiorità per alcuni membri e di porre, in sintesi, sullo stesso piano i tre Stati destinati a svolgere i ruoli di maggiore importanza economica e insieme politica"[7].

Lo stile di Giuseppe Tesauro, ordinario a partire dal 1972, si mantenne sostanzialmente immutato negli anni '70, come emerge dalle pagine dei volumi *L'inquinamento marino nel diritto internazionale* (1971)[8] e *Nazionalizzazioni e diritto internazionale* (1976)[9], e dei numerosi saggi pubblicati in riviste ed opere collettanee in quegli anni.

Un'evoluzione stilistica si manifesta a partire dagli anni '80, quando l'Autore iniziò a servirsi della forma impersonale, in luogo della prima persona plurale, in alcune pubblicazioni scientifiche, senza peraltro rinunciare alla chiarezza ed incisività della propria prosa. Al riguardo, credo sia utile citare alcuni periodi del commento di Giuseppe Tesauro alla pronuncia *Luisi e Carbone,* pubblicato nel 1984 nel periodico *Foro Italiano*[10]:

> In sostanza, con la pronuncia della Corte, si è chiarito che agli Stati membri è restato, al più, il potere di fissare un limite forfettario (ovviamente a viaggio) entro il quale non si eserciti alcun controllo preventivo sulla destinazione della valuta; limite che comunque non può essere tale da compromettere "il flusso normale degli scambi di servizi". Deve invece essere consentita l'esportazione di importi in eccedenza – limitatamente alla valuta dei paesi comunitari – dietro giustificazione, anche posteriore, dell'utilizzo a fronte di un'"effettiva" prestazione di servizi. Per l'Italia, pertanto, c'è "solo" da equiparare l'assegnazione di valuta per scopi turistici a quella per affari, studio e cure mediche, che, come si è già ricordato, incontra l'unico limite dell'effettivo bisogno e non soggiace a quello del massimale. E c'è da convincersi una volta per tutte che certe autorizzazioni sono dovute e niente affatto discrezionali. Non è poco[11].

Alcune delle pubblicazioni più recenti di Giuseppe Tesauro sono scritte utilizzando la prima persona singolare, come risulta dal saggio

[7] *Ibidem*, p. 54.

[8] G. Tesauro, *L'inquinamento marino nel diritto internazionale*, Milano, 1971.

[9] G. Tesauro, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976.

[10] G. Tesauro, *Esportazione di valuta per turismo e diritto comunitario*, in *Foro Italiano*, IV, 1984, col. 101-108.

[11] *Ibidem*, col. 108.

"Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario", pubblicato nel 1999 nella rivista *Il diritto dell'Unione europea*. Nell'esaminare la declinazione sostanzialistica del principio di uguaglianza accolta alla Corte di giustizia, il contributo prende una posizione molto netta sul tema delle c.d. quote rosa:

> Non posso che dissociarmi da una siffatta valutazione, essendo convinto, come sono, che la realizzazione di pari opportunità richiede anzitutto ed essenzialmente uguaglianza ai blocchi di partenza e nel corso della carriera, ma non anche di garantire l'uguaglianza nei risultati, tanto da favorire le donne anche attraverso l'istituzione di quote ad esse riservate, più o meno rigide che siano. In altre parole, una sana applicazione del principio di eguaglianza consente di intervenire unicamente per innalzare la soglia di partenza della categoria svantaggiata, e ciò al preciso fine di garantire uno statuto effettivo di pari opportunità, ma non anche di utilizzare misure discriminatorie (sia pure definite positive) al fine di bilanciare discriminazioni subite nel passato. L'obiettivo fondamentale e intangibile dell'eguaglianza non può, in definitiva, che essere perseguito con il rispetto del diritto, nella specie di un diritto fondamentale: la soluzione adottata in *Kalanke* è, dunque, ben lungi dal risolversi in una negazione dell'eguaglianza sostanziale. Piuttosto, è precisamente l'eguaglianza numerica nei posti di lavoro a costituire un'aberrazione e a risolversi, in definitiva, nella negazione stessa del principio di eguaglianza.

3. Gli anni '80 segnarono un'importate svolta nella vita di Giuseppe Tesauro, in quanto fu nominato Avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee, incarico che ricoprì dal 7 ottobre 1988 al 4 marzo 1998.

L'Avvocato generale Tesauro impartiva ai propri referendari indicazioni non soltanto in ordine al contenuto delle conclusioni da presentare ai giudici comunitari, ma anche in ordine all'impostazione stilistica da seguire nella loro redazione[12], come risulta dal suo discorso di commiato dalla Corte di giustizia:

[12] Del pari, l'assenza di citazioni di dottrina nelle conclusioni dell'Avvocato generale Saggio sembra essere stata il frutto di una direttiva impartita ai propri referendari, in linea con la propria precedente carriera nella magistratura italiana, per la quale, come è noto, vige il divieto di includere nella motivazione delle sentenze "ogni citazione di autori giuridici".

> Frequentatore da sempre delle aule di giustizia, consapevole per ciò stesso delle esigenze di concretezza nella ricerca della soluzione, ho sempre preferito lasciare ad altri e ad altre sedi, eventualmente, le formule belle o le citazioni erudite, quando teoricamente accattivanti ma vuote; soprattutto, se poca cosa rispetto alle necessità di soluzione del caso. È stato questo il mio impegno, senza risparmio di tempo e di energie, da parte mia come da parte dei miei collaboratori[13].

Le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro sono scritte in prima persona singolare, al pari di quelle degli altri avvocati generali italiani. Del tutto singolare è, invece, il carattere "epigrafico" di alcuni periodi di tali conclusioni, che riescono a condensare in poche parole argomentazioni giuridiche talvolta di particolare complessità e rilevanza.

Vorrei ad esempio riproporre un passo delle conclusioni nella causa *Bordessa*[14], che riprende e ribadisce quanto affermato dieci anni prima da Giuseppe Tesauro nel citato commento alla sentenza *Luisi e Carbone*:

> Il principio della liberalizzazione è, come più volte sottolineato, sancito in termini generali. Ciò vuol dire che tutte le ipotesi di restrizioni devono essere espressamente prefigurate. Il tempo in cui tutto ciò che non è espressamente consentito è vietato è, nel sistema giuridico comunitario, passato. Oggi vige il principio esattamente opposto[15].

Sempre in tema di mercato interno, non posso non ricordare, poi, l'*incipit* delle conclusioni nella causa *Hünermund*[16]. Si tratta, con ogni probabilità, di uno dei punti in assoluto più citati dagli studiosi di diritto comunitario, in quanto riassume, in una sola domanda, il nodo fondamentale in ordine alla portata dell'integrazione economica perseguita dalle norme sul mercato interno:

> L'art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi intracomunitari ovvero una norma destinata più in generale a promuovere il libero esercizio dell'attività commerciale nei singoli Stati membri?

[13] G. Tesauro, *Riflessioni sull'esperienza di un avvocato generale presso la Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 1998, p. 3.

[14] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 17 novembre 1994, *Bordessa*.

[15] *Ibidem*, punto 26.

[16] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 27 ottobre 1993, *Hünermund*.

L'Avvocato generale Tesauro caldeggiò la prima delle due alternative, volta a circoscrivere l'ambito applicativo delle norme sulla libera circolazione delle merci alle misure nazionali suscettibili di ostacolare gli scambi *tra* gli Stati membri. Ciò spianò la strada al ripensamento di una giurisprudenza che aveva declinato in modo forse troppo ampio la formula *Dassonville,* inducendo "gli operatori economici [ad] invoca[re] sempre più frequentemente l'art. 30 del Trattato al fine di contestare qualsiasi normativa che, pur non riguardando i prodotti provenienti da altri Stati membri, produc[esse] l'effetto di limitare la loro libertà commerciale"[17].

Tale ripensamento, come è noto, si palesò con la sentenza *Keck*, in cui la Corte di giustizia chiarì che il divieto di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci, a determinate condizioni, non fosse applicabile a "disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita"[18], in quanto essenzialmente atte a disciplinare il commercio *negli* Stati membri, piuttosto che a restringere gli scambi intracomunitari.

Nelle conclusioni *Lancry*, l'Avvocato generale Tesauro adottò la stessa impostazione nella definizione dell'ambito applicativo del divieto di dazi e tasse equivalenti, ritenendolo inapplicabile agli oneri che colpivano prodotti in transito da una regione ad un'altra di uno stesso Stato membro, le cc.dd. situazioni puramente interne[19].

Di tali conclusioni, però, vorrei ricordare il punto in cui l'Avvocato generale Tesauro riconobbe il carattere "paradossale" della soluzione da egli stesso proposta, ribadendo, con la consueta chiarezza, le ragioni che nondimeno lo inducevano a sostenerla:

> Anche al giurista rigoroso […] non sfugge il paradosso di un mercato unico in cui sono vietati gli ostacoli agli scambi tra Portogallo e Danimarca, mentre sono irrilevanti gli ostacoli agli scambi tra Napoli e Capri.
>
> A tale paradosso però, non pone e non potrebbe porre rimedio il Trattato, né la giurisprudenza della Corte, bensì la logica delle con-

[17] Sentenza della Corte del 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard*, punto 14.

[18] *Ibidem*, punto 16.

[19] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 28 giugno 1994, cause riunite C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 e C-411/93, *René Lancry SA e altri c. Direction générale des douanes e altri.*

> venienze, cui non è estraneo neppure il legislatore meno avvertito […]. A partire dal momento in cui il dazio sui prodotti importati viene abolito perché illegittimo, non riesco, in particolare, ad immaginare un legislatore che mantenga quello stesso dazio sui prodotti nazionali. Il rimedio è dunque *in rebus* e non in una lettura disinvolta, troppo disinvolta, di una norma fondamentale e ben chiara del Trattato così come apoditticamente proposta dalla Commissione; lettura che in ogni caso io non riesco a sottoscrivere[20].

In questo caso, invece, la Corte di giustizia non seguì le indicazioni dell'Avvocato generale Tesauro: i giudici ritennero infatti che il divieto di dazi doganali e tasse di effetto equivalente fosse applicabile *anche* alle situazioni puramente interne[21] poiché "il principio dell'unione doganale […] esige che sia garantita in generale la libera circolazione delle merci all'interno dell'unione e non esclusivamente il commercio tra Stati"[22] e poiché "sul piano pratico […] sarebbe assai difficile, o addirittura impossibile, operare una distinzione tra prodotti di origine nazionale e prodotti originari di altri Stati membri. […] Una siffatta procedura di verifica darebbe luogo a procedure amministrative e a ritardi supplementari che costituirebbero, di per sé, ostacoli alla libera circolazione delle merci"[23].

La difformità di una sentenza della Corte di giustizia rispetto alle proprie conclusioni non era però ritenuta dall'Avvocato generale Tesauro una sconfitta, come ribadito nel proprio discorso di commiato:

> Non ho amato il gregge, l'ho seguito solo quando andava nella direzione che ritenevo giusta; per questo non ho mai avuto, rispetto al Collegio cui le mie conclusioni erano dirette, il dubbio amletico: seguìto o non seguìto. L'avvocato generale può ben cadere in errore: quante volte una sentenza difforme mi ha lasciato pienamente convinto; e con modestia non ho avuto esitazione alcuna a riconoscerlo. Salutavo con altrettanta umiltà le sentenze conformi, ben consapevole che anche la Corte può sbagliare. Anche se in disaccordo, talvolta profondo, all'esterno ed in particolare agli studenti mi sono

[20] *Ibidem*, punto 28.

[21] Sentenza della Corte del 9 agosto 1994, cause riunite C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 e C-411/93, *René Lancry SA e altri c. Direction générale des douanes e altri*, punto 32.

[22] *Ibidem*, punto 29.

[23] *Ibidem*, punto 31.

> sempre sforzato di spiegare nel miglior modo possibile una pronuncia della Corte; persino di giustificarla: non per futile diplomazia, ma per rispetto convinto dell'istituzione[24].

4. La cifra stilistica di Giuseppe Tesauro risulta ancor più nitidamente dalla disamina dei suoi interventi a convegni ed incontri di studio, in particolare quelli tenuti negli ultimi anni della sua vita. In tali contesti, difatti, Giuseppe Tesauro portava all'estremo il proprio sforzo di semplificazione del linguaggio giuridico, facendo ricorso non solo all'ironia e all'eloquenza della lingua napoletana, ma anche all'*eponimia*, ossia attribuendo dei nomi convenzionali ad istituti del diritto comunitario ed a pronunce della Corte di giustizia, al fine di imprimerli nella memoria dei propri ascoltatori.

Come dimenticare, ad esempio, quella che Giuseppe Tesauro definiva "la sentenza della bambina cinese"[25], ossia la sentenza *Zhu e Chen*, resa dalla Corte di giustizia nel 2004?[26] E che dire, poi, del "gioiello del diritto comunitario", vale a dire il rinvio pregiudiziale? Tale procedimento poneva al centro del processo d'integrazione il giudice nazionale, che Giuseppe Tesauro definiva "il giudice naturale del diritto comunitario". E, con tale espressione, Egli alludeva non solo ai giudici costituzionali o supremi degli Stati membri, ma soprattutto al "giudice di Roccacannuccia", metafora della prossimità al cittadino europeo della tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

Altro tratto caratteristico degli interventi di Giuseppe Tesauro era l'*antropomorfizzazione* del processo d'integrazione europea, ossia la sua tendenza ad esporre il fenomeno sovranazionale attraverso paragoni con dinamiche interpersonali quotidiane e quindi più vicine al vissuto degli ascoltatori. Ad esempio, Egli illustrò in questi termini il riconoscimento dei diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario da parte della giurisprudenza comunitaria:

> […] voi mi direte: ma nel Trattato non c'è manco un cenno ai diritti fondamentali, alla tutela dei diritti fondamentali. Tanto è

[24] G. Tesauro, *Riflessioni*, cit., p. 3.

[25] Registrazione della relazione di Giuseppe Tesauro (minuto 3:14:50) nell'ambito del convegno "L'abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa nei diversi settori dell'ordinamento", tenutosi a Firenze l'11 febbraio 2016, disponibile su www.radioradicale.it.

[26] Sentenza della Corte del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*.

> vero che nei primi anni, ogni volta che si trovava davanti ad una doglianza per la mancanza di una tutela del diritto fondamentale della persona, la Corte [di giustizia] diceva "non è competenza mia, è competenza degli Stati che hanno una costituzione e che prevede […] la tutela dei diritti fondamentali. Se la vedano gli Stati membri." E devo dire che qui la collaborazione tra giudici degli Stati membri e giudice comunitario ha avuto il massimo fulgore. In particolare, la Corte costituzionale italiana e la Corte costituzionale tedesca hanno cominciato a tirare le orecchie alla Corte di giustizia. Hanno detto: "No, guarda, che tu fino a che non tutelerai anche i diritti fondamentali, noi dovremo mettere il naso nelle tue sentenze e controllarne la sintonia con il sentire comune e il sentire di tutti gli ordinamenti nazionali quanto alla tutela dei diritti fondamentali". È così che la Corte [di giustizia], che ha sentito le sue orecchie essere tirate da due corti costituzionali, cominciò a riflettere e nel 1970, con la sentenza tedesca [*Internationale Handelsgesellschaft*], affermò che i diritti fondamentali facevano parte integrante di quell'armamentario dei diritti [che la Corte di giustizia era tenuta a tutelare][27].

Del pari, in diverse occasioni Tesauro paragonò l'allargamento dell'Unione europea del 2004 all'ampliamento "contro natura" di un nucleo familiare, imputando ad esso la mancata ratifica del Trattato costituzionale del 2005:

> L'allargamento è stata una vicenda necessitata dalla politica. Non ci dimentichiamo che tre quattro gemelli vanno sul giornale quando nascono in una famiglia e pongono dei grossi problemi […] ma dieci gemelli insieme che entrano in una famiglia sono un fatto contro natura, […] un fatto traumatico. Allora ci vogliamo meravigliare che facendo contestualmente all'allargamento anche questa Costituzione [europea], con tutto quel che conteneva, ci siano state delle difficoltà? Non ci possiamo meravigliare[28].

[27] Registrazione della relazione di Giuseppe Tesauro (minuto 33:11) nell'ambito del convegno "Festival Costituzione 2016: Eguaglianza", tenutosi a San Daniele del Friuli il 3 giugno 2016, disponibile su youtu.be/XSw-qCFAx-c.

[28] Registrazione della relazione di Giuseppe Tesauro (minuto 32:28) nell'ambito del convegno "Il Trattato di riforma dell'Unione Europea: quali risposte alle aspettative dei cittadini e delle imprese?", tenutosi a Milano il 3 dicembre 2007, disponibile su www.radioradicale.it.

Attraverso il proprio linguaggio semplice e chiaro, attraverso il proprio stile lineare ed incisivo, Giuseppe Tesauro ha avvicinato il diritto comunitario e l'individuo, in quanto era intimamente convinto che il "protagonista della vicenda comunitaria" fosse "la persona in quanto tale"[29].

Non a caso, nel corso della giornata in onore di Giuseppe Tesauro tenutasi presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, l'allora presidente della Corte di giustizia, Vassilios Skouris, affermò che il principale merito del comunitarista napoletano era quello di aver esercitato "une influence décisive dans le processus de prise en compte du citoyen par le droit de l'Union, et dans le déploiement des effets de la jurisprudence de la Cour sur notre vie quotidienne"[30].

Spetta quindi a noi comunitaristi raccogliere la sua eredità: lasciare ad altri "le formule belle o le citazioni erudite, quando teoricamente accattivanti ma vuote", e cercare parole semplici e chiare per colmare la distanza tra il diritto comunitario ed i cittadini europei. Solo così sarà possibile alimentare il "confronto quotidiano tra culture giuridiche diverse" ma "accomunate dallo stesso obiettivo di ritrovarsi su un risultato comune": la pacifica coesistenza, la reciproca comprensione e la progressiva integrazione nell'ambito di una "comunità di diritto"[31].

[29] G. Tesauro, *L'Unione europea come comunità di diritto*, in *Lo Stato*, 2015, p. 126.

[30] V. Skouris, *Discours d'ouverture*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 4.

[31] G. Tesauro, *Riflessioni sull'esperienza di un avvocato generale presso la Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 1998, pp. 3-4.

INSIEME AD HEIDELBERG

Augusto Barbera[*]

È ben conosciuto e assai apprezzato l'apporto di Bepi Tesauro alla letteratura internazionalista e altrettanto conosciuto il notevole contributo profuso in tutti i suoi incarichi istituzionali, come Avvocato generale presso la Corte di giustizia europea, come Presidente dell'Antitrust, come Giudice della Corte costituzionale. Mi piace qui ricordare un comune sodalizio che contrassegnò gli inizi delle rispettive carriere e una lunga e solida amicizia.

Siamo agli Anni Sessanta: era ancora il periodo in cui i giuristi, i pubblicisti in particolare, perfezionavano la loro cultura professionale attraverso un soggiorno in una Università tedesca (solo negli anni successivi si sarebbero aggiunti i soggiorni nelle Università anglofone).

Nel corso del 1967 avevo svolto uno *stage*, sotto la direzione di Gerhard Leibholz, presso il Bundesverfassungsgericht di Karlsruhe. Terminato quel periodo, con un finanziamento prima del Consiglio Nazionale delle Ricerche e poi del Deutscher Akademischer Austauschdienst iniziai alcune ricerche sul sistema federale tedesco trasferendomi nel Max-Planck-Institut für auslädisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg, per un ulteriore periodo fino al febbraio 1969.

Un istituto assai prestigioso, quest'ultimo, tuttora frequentato da costituzionalisti e internazionalisti, situato in una cittadina affascinante, carica di storia e rimasta intatta nelle tradizioni e nella struttura urbanistica; la sede universitaria in cui avevano insegnato, o insegnavano, Max Weber, Karl Jasper, Gustav Radbruch, Hans Georg Gadamer.

Ma soprattutto era stata la culla del romanticismo tedesco. Mentre il primo Romanticismo, si era sviluppato presso i circoli di Jena e di Berlino, paralizzato dalla radicale eterogeneità tra infinito e finito, fra uomo e mondo, il secondo romanticismo si sviluppa, invece, proprio ad Heidelberg, attorno ad una concezione positiva della realtà, attenta ai valori della tradizione e della religione. Qui, infatti, insegnarono Fichte ed Hegel. Non a caso una splendida passeggiata nella collina è denominata la "Philosophenweg".

E proprio qui amava passeggiare Bepi accompagnato da Paola (Paola Borrelli), sposata a Napoli qualche mese prima (nell'aprile 1967, mi

[*] Giudice della Corte costituzionale.

ha ricordato con commozione Paola poche settimane prima della sua scomparsa) e a cui sarebbe rimasto legato per una vita intera. Entrambi affezionatissimi a un buffo cane bassotto da loro adottato appena arrivati ad Heidelberg con il classico Maggiolino della Volkswagen.

Caratteristica del Max Planck Institut, tuttora mantenuta (mi dicono), era l'incontro (rigorosamente) settimanale di tutti gli studiosi attorno a temi di attualità, sia di diritto pubblico, sia di diritto internazionale. In uno di questi incontri conobbi Bepi Tesauro. Conduceva ricerche, sotto la guida di Hermann Mosler, ben lontane dagli studi di diritto europeo che successivamente sarebbero state il suo punto di forza. Studiava, in particolare, i problemi giuridici relativi al "*Finanziamento delle organizzazioni internazionali*" che lo avrebbero portato un anno dopo, nel 1969, a pubblicare un volume con la casa editrice Jovene e a conseguire la libera docenza; su questo tema ebbe a svolgere una relazione che suscitò interesse nei colleghi tedeschi (Bepi parlava con scioltezza diverse lingue, forse favorito dalla madre di nazionalità lettone, mai tuttavia perdendo l'accento napoletano).

Il sodalizio fra me e Bepi, favorito anche da alcune cene nella loro casa nei pressi del fiume Neckar a base di pietanze napoletane preparate da Paola, fu subito intenso e solido.

Luogo di incontri conviviali, comunque, il Ristorante-pizzeria "Il Sole d'oro", gestito da osti italiani, in particolare dai simpaticissimi Ginger e Franco, fino a qualche anno fa celeberrimo centro di attrazione per gli italiani di Heidelberg (e di artisti tedeschi della città). Fra questi i frequentatori italiani del Max Planck, da Giovanni Rizza, poi divenuto ordinario di diritto pubblico alla "Sapienza" impegnato a scrivere un volume sulla collegialità dei governi; a Giancarlo Guarino, futuro Cattedratico all'Università di Napoli, che portava avanti ricerche sulla revisione dei Trattati; a Massimo Panebianco internazionalista poi divenuto Preside a Salerno; a Claudio Rossano (in visita spesso a Ernst Forsthoff) che in quegli anni portava avanti il suo volume sulla "eguaglianza", a Giorgio Lombardi e Antonio Tizzano (sia pure, questi ultimi, per un periodo più breve). Nel ricordo aggiungerei, al di fuori del nostro gruppo, ma tra i frequentatori del locale, le timide e riservate apparizioni di Eva Cantarella, o l'improvvisa apparizione di Leoluca Orlando, giovanissimo e appena laureato a Palermo.

Accanto al Max Planck, altro punto di attrazione per gli italiani era offerto dalla Cattedra di Gerardo Broggini, della Svizzera italiana, romanista celebre e avvocato societario di fama internazionale, con cui collaborava Pippo Portale, dell'Università di Catania, poi Cattedratico

nella Università cattolica di Milano (in cui avrebbe alla fine attirato lo stesso Broggini) e oggi prestigioso Accademico dei Lincei.

Ma presenti spesso nelle nostre sedute conviviali anche studiosi di altre discipline, primi fra tutti Ettore Brissa (filosofo, allievo di Giulio Preti, poi divenuto professore ordinario nella stessa Università di Heidelberg) o Riccardo Dottori, che allora frequentava i corsi di Hans Georg Gadamer (studioso del celeberrimo "circolo ermeneutico"), che poi sarebbe divenuto uno dei maggiori studiosi italiani di estetica (e non solo).

Mi piace ricordare, fra questi, anche Giovanni Pettinato, ennese di Troina, prima teologo e poi archeologo, che, già allora incardinato nell'Università di Heidelberg, sarebbe poi divenuto tra i massimi specialisti di lingue e culture mesopotamiche, intento fin da allora a decifrare i testi cuneiformi della antica e misteriosa città di Ebla; studio che lo avrebbe portato ai massimi riconoscimenti nelle Università di mezzo mondo e infine nell'Accademia dei Lincei.

Heidelberg era anche il centro universitario in cui si manifestava in quegli anni con particolare virulenza la contestazione studentesca, alimentata anche da circoli intellettuali (la Scuola di Francoforte era molto presente nell'Università). Proprio in quel periodo governava la "Grande coalizione" di Kiesinger e da lì a qualche anno la Rote Armee Fraktion avrebbe portato avanti una serie di attacchi terroristici che si sarebbero protratti fino agli Anni Novanta.

Animate le discussioni fra noi. Bepi non condivideva per nulla metodi e idee della contestazione, ma sempre mantenendo tolleranza e ironica bonomia, dettate da un'antica saggezza partenopea, a differenza di non pochi del gruppo appena menzionato, portati o a condividere o ad opporsi con veemenza.

La stessa aria indulgente che non lo avrebbe mai abbandonato e che avrebbe mantenuto negli anni successivi in occasioni di qualunque discussione. Sono entrato alla Corte qualche anno dopo la fine del suo mandato ma ben presente fra i Giudici il rispetto e la simpatia nei suoi confronti. Ci mancherà Beppi, non solo per la sua notevole cultura giuridica ma anche per la sua sorridente ironia, aperta al mondo ma ben radicata nella sua terra.

IL RILIEVO DEL *CONTESTO* NELL'INTERPRETAZIONE DI NORME NAZIONALI "RIPRESE" DAL DIRITTO DELL'UNIONE: SPUNTI RICOSTRUTTIVI A PARTIRE DALLE CONCLUSIONI SULLA CAUSA *KLEINWORT BENSON*

Maria Eugenia Bartoloni[*]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interpretazione *decontestualizzata* nella prima giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. Il rilievo del *contesto* nella giurisprudenza più recente. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Nell'oramai lontano 2002, nella splendida cornice di Castel dell'Ovo a Napoli, una dottoranda di diritto dell'Unione europea, dopo aver ricevuto il premio SIDI, tornava a sedersi[1]. Ancora in preda all'emozione non si era accorta che, nel frattempo, si era avvicinato, con fare cordiale e galante, il prof. Giuseppe Tesauro. Voleva congratularsi con questa giovane studiosa per aver sistematizzato un tema insidioso e, in parte, ancora inesplorato, che anche Egli aveva affrontato – in veste di Avvocato generale – nelle conclusioni presentate nella causa *Kleinwort Benson*[2].

Il tema riguardava la questione della competenza della Corte di giustizia ad interpretare disposizioni nazionali "modellate" sul diritto dell'Unione. In quelle conclusioni, l'Avvocato generale Tesauro si era opposto all'orientamento giurisprudenziale, già inaugurato in alcune sentenze[3], teso ad estendere l'utilizzo del rinvio pregiudiziale a situazioni estranee all'ambito d'applicazione del diritto UE.

Secondo l'Avv. gen. Tesauro la soluzione della Corte di considerarsi competente ad interpretare disposizioni o nozioni che, seppur riprese

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università della Campania "L. Vanvitelli".

[1] Alludo al Premio SIDI 2002, ricevuto per l'articolo *La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale "modellato" sulla normativa comunitaria"*, in *Il diritto dell'Unione europea*, nn. 2/3, 2001, p. 301 ss.

[2] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 31 gennaio 1995, causa C-346/96, *Kleinwort Benson*.

[3] Sentenza della Corte del 26 settembre 1985, causa C-166/84, *Thomasdünger*; dell'8 novembre 1990, causa C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*; del 17 luglio 1997, causa C-130/95, *Giloy*; del 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*.

dal diritto UE, sono di diritto interno, "tradisce la logica del meccanismo del rinvio pregiudiziale, esaurendosi in un vero e proprio – perché tacerlo? – sviamento di procedura"[4]: la Corte non interpreterebbe una norma dell'Unione, ma una norma del tutto diversa non solo per la differente fattispecie regolata, ma soprattutto per il differente "contesto" e "origine" in cui è destinata ad operare[5].

La Corte di giustizia, nella decisione emanata nella causa *Kleinwort Benson* e nelle successive sentenze, non ha mai accolto il suggerimento dell'Avv. gen. Tesauro di valorizzare, tra gli altri elementi, l'elemento "contestuale" per ammettere o escludere la competenza in via pregiudiziale riguardo ad una norma nazionale "modellata" sul diritto UE[6]. Piuttosto, l'esigenza di garantire uniformità di interpretazione a norme dalla formulazione letterale identica ha costantemente indotto la Corte a riconoscere la sussistenza di un interesse dell'Unione "a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate"[7].

Questa giurisprudenza, costantemente riaffermata per anni[8], non ha mai cessato di sollevare dubbi per le molteplici implicazioni, teoriche e pratiche, che determina[9]. Fino a che punto può spingersi l'esi-

[4] Conclusioni Tesauro alla causa *Kleinwort Benson*, cit., punto 27.

[5] *Ibidem*, punto 19.

[6] È vero che la Corte aveva accettato il suggerimento dell'Avv. gen. Tesauro di dichiararsi incompetente ad interpretare disposizioni nazionali riprese dal diritto dell'UE, ma lo aveva fatto con motivazioni diverse da quelle sostenute dall'Avv. gen. Come poi confermato dalla giurisprudenza successiva, la Corte, nel dichiararsi incompetente, non ha dunque mutato il suo orientamento, ma lo ha riaffermato chiarendo a quali condizioni è subordinata la propria competenza interpretativa. Cfr. A. Huet, *Note*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 550 ss.; E. Peel, *Non Admissibility and Restitution in the European Court of Justice*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quaterly*, 1996, p. 8 ss.; A. Briggs, *Note*, in *Yearbook of European Law*, 1995, p. 492 ss.; G. Betlem, *Note*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 137 ss.; L. Klesta Dosi, *Nota*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1995, p. 395 ss.; L. Mari, *Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia*, in *Foro italiano*, IV, 1996, p. 373 ss.; G. Gaja, *L'interpretazione di norme interne riproduttive della Convenzione di Bruxelles da parte della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 757 ss.

[7] Sentenza della Corte del 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur-Bloem*, punto 32. V., inoltre, *infra*, la nota n. 15.

[8] V., *infra*, la nota n. 11.

[9] Sul rischio di interpretare una norma fuori dal suo contesto, o di applicarla a un insieme di fatti diversi da quelli indicati nella norma UE si sono espressi, nel

genza dell'Unione di garantire uniformità interpretativa a norme che, pur sostanzialmente identiche, hanno sfere applicative diverse? In che misura, l'identica formulazione letterale può imporre un'interpretazione omogenea al diritto UE di norme ad esso estranee, a prescindere dal contesto in cui quelle norme sono applicate?

Non stupisce che le difficoltà, non solo concettuali, sottese a quell'approccio abbia spinto la Corte, dopo svariati anni di interpretazioni "deconstestualizzate", a riconsiderare la sua giurisprudenza. Recentemente la Corte si è infatti mostrata maggiormente incline a ricorrere al "contesto" per affermare o negare la sua competenza interpretativa riguardo a norme nazionali sostanzialmente identiche a corrispondenti norme UE. In tale prospettiva, il suggerimento dell'Avv. gen. Tesauro, pur trascurato per diverso tempo, mostra dunque tutta la sua attualità e fondatezza.

Le prossime pagine saranno dedicate a ripercorrere brevemente questa complessa e, altrettanto, tormentata giurisprudenza.

2. Come accennato, il filone giurisprudenziale nel quale si inserisce anche la sentenza *Kleinwort Benson* riguarda l'ipotesi in cui una norma nazionale rinvia al contenuto di un atto UE per determinare le norme da applicare in situazioni puramente interne[10]. Si tratta di una situazione rilevata dalla giurisprudenza oramai da tempo[11], che si realizza

corso del tempo, diversi Avvocati generali. Tra questi, oltre a Tesauro, anche Jacobs (causa C-28/95, *Leur-Bloem* e causa C306/99, *BIAO*); Ruiz-Jarabo Colomer (causa C1/99 e C226/99, *Kofisa*) e Tizzano (causa C267/99, *Adam*). Da ultimo, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 3 settembre 2020, causa C620/19, *Land Nordrhein-Westfalen* (v., *infra*, la nota n. 33).

[10] Nell'ambito dei casi sottoposti alla Corte, le norme nazionali hanno rinviato, ad es., alla nomenclatura della Tariffa Doganale Comune per esigenze di natura interna (sentenza *Thomasdünger*, cit.; sentenza *Gmurzynska-Bscher*, cit.; sentenza *Giloy*, cit.); alla disciplina UE sul soggiorno per regolamentare lo *status* giuridico dei componenti della famiglia di un belga, tra cui il coniuge, quale che sia la loro nazionalità (sentenza *Dzodzi*, cit.); alla Convenzione di Bruxelles (sentenza *Kleinwort Benson*, cit.); ecc.

[11] Tra le prime v. sentenza *Thomasdünger*, cit.; sentenza *Dzodzi*, cit.; sentenza *Gmurzynska-Bscher*, cit.; sentenza della Corte del 24 gennaio 1991, causa C-384/89, *Tomatis e Fulchiron*; del 25 giugno 1991, causa C-88/91, *Federconsorzi*; del 12 novembre 1992, causa C-73/89, *Fournier*; sentenza *Kleinwort Benson*, cit.; sentenza *Leur-Bloem*, cit.; sentenza *Giloy*, cit.; sentenza della Corte del 3 dicembre 1998, causa C-247/97, *Schoonbroodt*; del 17 dicembre 1998, causa C-2/97, *IP*; dell'11 gennaio 2001, causa C-1/99, *Kofisa Italia*. Più recentemente v., ad esempio, sentenza della Corte del 24 novembre 2022, causa C691/21, *Cafpi SA*; del 13 ottobre 2022, causa C64/21, *Rigall*

allorché il diritto interno, attraverso svariate tecniche normative[12], modella la disciplina di situazioni o fattispecie di rilievo interno su quella adottata dal legislatore dell'Unione in relazione a situazioni o fattispecie corrispondenti, rendendo il diritto UE applicabile "in quanto tale" all'interno dell'ordinamento nazionale[13]. In ipotesi del genere, il rinvio operato da una disposizione nazionale non ha chiaramente l'effetto di incidere sulla portata del diritto dell'Unione, estendendone unilateralmente l'ambito d'applicazione *ratione materiae* e *ratione personae*[14]. Esso, tuttavia, potrebbe interferire sul piano interpretativo allorché ad una disposizione di diritto UE sia assegnato un significato autonomo se applicata al di fuori del suo contesto originario.

In relazione ad una siffatta prospettiva, la Corte non ha mai mancato di rimarcare che l'ordinamento giuridico dell'Unione ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze d'interpretazione, che "le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno

Arteria; del 18 novembre 2021, causa C306/20, *"Visma Enterprise" SIA*; del 30 gennaio 2020, causa C394/18, *I.G.I.*; del 24 ottobre 2019, causa C469/18 e C470/18, *Belgische Staat*; del 20 marzo 2014, causa C139/12, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*; del 7 luglio 2011, causa C310/10, *Agafiţei e a*.

[12] Tra queste, ad es., il rinvio mobile, il rinvio recettizio, la riproduzione testuale. Per una discussione di queste tecniche si consenta di rinviare a M.E. Bartoloni, *La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale*, cit., p. 311 ss. V., per studi successivi, A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2019, p. 127 ss. e p. 180 ss.; S. Iglesias Sanchez, *Purely Internal Situations and the Limits of EU law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 7 ss., spec. p. 31; J. Krommendijk, *Wide Open and Unguarded Stand our Gates: The CJEU and References for a Preliminary Ruling in Purely Internal Situations*, in *German Law Journal*, 2017, p. 1359 ss.

[13] L'"applicabilità in quanto" tale sarebbe, sulla base delle indicazioni non sempre coerenti della Corte, la capacità della disposizione "ripresa" dal diritto dell'Unione ad essere recepita nel significato che l'analoga norma UE riceve nel proprio ordinamento d'origine.

[14] Ogni Stato membro può decidere d'immettere nel proprio ordinamento le norme dell'Unione nel valore che esse presentano nel loro sistema d'origine, scegliendo d'assoggettare il diritto interno alla precettività della disciplina UE. Ma una tale operazione non può avere in ogni caso l'effetto di modificare l'efficacia – *ratione materiae* e *ratione personae* – delle norme dell'Unione. L'ambito d'applicazione del diritto UE è, infatti, "da esso stesso e solo da esso definito". V., in questa prospettiva, le conclusioni dell'Avvocato generale Darmon, del 3 luglio 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, punto 9. Cfr., per analoghe osservazioni, il punto 47 delle conclusioni Jacobs alla causa *Leur-Bloem*, cit.

applicate"[15]. Di conseguenza, anche se spetta al legislatore nazionale fissare l'estensione e i limiti del rinvio al diritto dell'Unione, l'autonomia legislativa nazionale è finalizzata soltanto a delimitare l'ambito di incidenza del diritto UE; all'interno di tale ambito, la regola oggetto del rinvio deve essere applicata come se si trattasse di diritto dell'Unione, seguendo, pertanto, l'interpretazione fornita dalla Corte[16]. Infatti, è plausibile ritenere che l'interpretazione di una norma nazionale "ripresa" dal diritto UE sia estesa e sia accreditata, in assenza dell'apporto interpretativo della Corte, anche in ambito sovranazionale. Risulta, di conseguenza, concreto il pregiudizio che può essere arrecato all'uniformità d'interpretazione nell'ordinamento dell'Unione dall'assenza di un'interpretazione accentrata di disposizioni nazionali che, pur situandosi fuori dagli scopi dei Trattati, presentano un contenuto o una formulazione analoghi alla regola UE assunta a modello.

In questa prospettiva concettuale, le condizioni di applicazione della norma ripresa dal diritto UE – e dunque il suo contesto e scopo – sono del tutto irrilevanti[17].

Questo approccio è stato progressivamente esteso anche a norme dell'accordo SEE modellate su corrispondenti norme di diritto euro-

[15] Sentenza *Leur-Bloem*, cit., punto 32; sentenza *Giloy*, cit., punto 28; sentenza *Kofisa Italia*, cit., punto 32. La Corte utilizza, in altre sentenze, espressioni analoghe: "[l]'ordinamento giuridico ha anzi manifestamente interesse, per evitare future divergenze d'interpretazione, a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate" (sentenza *Dzodzi*, cit., punto 37; "[…] in tal caso occorre garantire al diritto comunitario la stessa efficacia in tutti gli Stati membri della Comunità allo scopo di prevenire divergenze nell'interpretazione di questo diritto nei casi in cui l'applicazione del diritto comunitario rileva direttamente" (sentenza *Gmurzynska- Bscher*, cit., punto 24; "[S]e si guarda il motivo che ha indotto la Corte ad assumere questo orientamento – precisamente la preoccupazione di evitare future divergenze di interpretazione – è chiaro che la Corte è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale su una disposizione di diritto comunitario alla quale non una norma nazionale ma una norma contrattuale rinvia per determinare gli obblighi delle parti" (sentenza *Federconsorzi*, cit., punto 9).

[16] V. P. Rodière, *Sur les effets directifs du droit (social) communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit europ*éenne, 1991, p. 565 ss., spec. p. 571.

[17] In particolare, la Corte ha spiegato che la giurisprudenza *Dzodzi* mira "a consentire alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di diritto dell'Unione, indipendentemente dalle condizioni in cui esse sono chiamate ad applicarsi, *in situazioni che gli autori dei Trattati o il legislatore dell'Unione non hanno ritenuto utile includere nell'ambito di applicazione delle medesime disposizioni*" (sentenza del 12 dicembre 2019, cause riunite C381/18 e C382/18, *G.S.* e *V.G.*, punto 47, corsivo aggiunto).

peo[18]. La Corte – seppure avesse sempre escluso, in applicazione della c.d. giurisprudenza *Polydor*[19], che l'analogia testuale tra una norma dell'accordo SEE ed il diritto UE non determina automaticamente l'esigenza di interpretare le due norme in maniera identica, rilevando il contesto e gli scopi[20] – dalla sentenza *Ospelt*[21] in poi, ha affievolito, fino in certi casi ad escluderlo del tutto, un esame su questi elementi[22].

[18] È noto che l'Accordo che istituisce lo Spazio Economico Europeo (SEE) si prefigge la creazione di una zona di libero scambio tra l'Unione europea e gli Stati dell'AELS attraverso l'estensione della disciplina del mercato interno UE a questi ultimi Paesi. Il SEE è dunque stato realizzato sulla falsariga del mercato interno UE attraverso una sorta di innesto costante e permanente della normativa relativa alla libera circolazione delle merci, persone, servizi e capitali ai rapporti tra Unione europea e Stati AELS. Non è un caso che si parli, in relazione a tale fenomeno, anche di esportazione delle regole del mercato interno a Stati terzi. Si consenta di rinviare a M.E. Bartoloni, *L'interpretazione* contestuale *di norme SEE "modellate" sul diritto dell'UE: luci e ombre di una inedita tecnica interpretativa della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2020, p. 569 ss.

[19] Sentenza della Corte del 9 febbraio 1982, causa 270/80, *Polydor*, punti 14-16. In questa sentenza la Corte ha indicato che gli articoli 30 e 36 TCE devono essere interpretati in modo difforme dagli artt. 14 e 23 dell'accordo di libero scambio CEE-Portogallo, benché abbiano analoga formulazione letterale. Poiché l'accordo CEE-Portogallo mira a creare una zona di libero scambio, per consolidare ed estendere le relazioni economiche esistenti tra le parti e sviluppare il commercio (punto 10), mentre il Trattato CEE persegue l'obiettivo di fondere i mercati nazionali in un unico, avente le caratteristiche di un mercato interno (punto 16), ne consegue che non potrà estendersi alle relazioni CEE-Portogallo il principio dell'esaurimento dei diritti di proprietà industriale e commerciale. Sulla dottrina *Polydor* v., tra gli altri, F. Weiss, C. Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge, 2014, p. 24.

[20] V. parere della Corte del 14 dicembre 1991, 1/91. Nell'escludere che l'identico tenore letterale delle norme dell'Accordo e delle corrispondenti disposizioni dell'UE implica che "le une e le altre debbano necessariamente venire interpretate allo stesso modo", la Corte aveva indicato che "un trattato internazionale va interpretato non solo in funzione dei termini nei quali è redatto, ma altresì alla luce delle sue finalità e del contesto" (punto 14). Ne aveva concluso che la radicale differenza che contraddistingue gli obiettivi perseguiti dall'Accordo SEE da quelli che caratterizzano il TCE impedisce che norme, pur testualmente identiche, siano interpretate in maniera analoga. Infatti, mentre l'Accordo SEE si limita a prevedere la creazione "di un regime di libero scambio e di concorrenza nei rapporti economici e commerciali tra le parti contraenti" (punto 15), il TCE mira, attraverso un regime di libero scambio e di concorrenza, alla realizzazione di "un'integrazione economica destinata a culminare nell'istituzione di un mercato interno e di un'unione economica e monetaria" finalizzati, a loro volta, a "contribuire ad un progresso concreto dell'Unione europea" (punto 17).

[21] Sentenza della Corte del 23 settembre 2003, causa C452/01, *Ospelt*, punto 29.

[22] Tra le più recenti v., ad es., sentenza della Corte del 30 gennaio 2020, causa C-725/18, *Anton van Zantbeek VOF*, punto 44; del 12 aprile 2018, causa C-110/17,

In *Ospelt*, ad esempio, la Corte ha affermato che è un suo specifico compito controllare che le norme dell'Accordo SEE identiche a quelle del Trattato "siano interpretate in maniera uniforme all'interno degli Stati membri"[23]. In tal modo, ha suggerito, pur implicitamente, che l'identico tenore letterale delle norme dell'Accordo e delle corrispondenti disposizioni UE implica che le une e le altre debbano necessariamente venire interpretate allo stesso modo, a prescindere dunque da contesto e scopi.

Attraverso questo approccio – che ha l'effetto di escludere una verifica puntuale su obiettivi e contesto della norma SEE modellata sul diritto UE – la Corte non ha avuto difficoltà a riconoscere che norme SEE sulla libera circolazione di merci[24], di servizi[25], di lavoratori[26] e capitali[27], in quanto identiche a corrispondenti norme dell'Unione, debbano ricevere analoga interpretazione[28].

3. Questo modello – secondo cui l'esigenza di interpretazione conforme sussiste a prescindere dalle condizioni di applicazione della norma, dal suo oggetto, dallo scopo, e dal contesto – ha iniziato progressivamente a vacillare.

In relazione a disposizioni SEE formulate in termini analoghi a corrispondenti disposizioni dell'Unione, la questione si è posta allorché

Commissione c. Belgio, punto 63; dell'8 giugno 2017, causa C-580/15, *Van der Weegen*, punto 44.

[23] Sentenza *Ospelt*, cit., punto 28. Si trattava, nello specifico, dell'art. 40 e dell'allegato XII dell'Accordo SEE.

[24] V., ad es., sentenza della Corte del 1° aprile 2004, causa C-286/02, *Bellio F.lli*, punto 35.

[25] Cfr., tra le altre, sentenza della Corte del 19 luglio 2012, causa C-48/11, *A*, punto 21; del 20 gennaio 2011, causa C-155/09, *Commissione c. Grecia*, punti 62 e 74; del 23 ottobre 2008, causa C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, punto 24; del 23 febbraio 2006, causa C-471/04, *Keller Holding*, punto 49; del 26 ottobre 2006, causa C-345/05, *Commissione c. Portogallo*, punto 41.

[26] Ad es., sentenza della Corte del 26 settembre 2013, causa C-431/11, *Regno Unito c. Consiglio*, punto 51; del 18 gennaio 2007, causa C-104/06, *Commissione c. Svezia*, punto 32.

[27] V., ad es., sentenza della Corte del 20 ottobre 2011, causa C-284/09, *Commissione c. Germania*, punto 96; del 5 maggio 2011, causa C-267/09, *Commissione c. Portogallo*, punto 51; del 28 ottobre 2010, causa C-72/09, *Rimbaud*, punto 21; del 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*, punto 66; dell'11 giugno 2009, causa C-521/07, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 33.

[28] Sul punto, H.H. Fredriksen, *Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area*, in *European Law Journal*, 2012, p. 873.

la Corte si è dovuta confrontare con il mutato contesto giuridico delle norme relative alla libera circolazione dei capitali, determinatosi in particolare con il Trattato di Maastricht[29]. Nella sentenza *Commissione c. Italia*[30] (la prima in questo senso), dopo aver rilevato che "il quadro di cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri stabilito dalla direttiva 77/799 non esiste tra queste ultime e le autorità competenti di uno Stato terzo qualora esso non abbia assunto alcun impegno di mutua assistenza", la Corte ha indicato che "la giurisprudenza vertente su restrizioni all'esercizio delle libertà di circolazione in seno alla Comunità non può essere integralmente applicata ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e i paesi terzi, in quanto tali movimenti si collocano in un *contesto giuridico diverso*"[31]. La Corte ha di conseguenza escluso che la norma SEE e la norma UE, pur testualmente identiche, potessero essere interpretate in modo analogo, in assenza di un contesto giuridico comparabile[32].

L'esigenza di contestualizzare norme dal tenore letterale identico alla norma dell'Unione, si è posta anche in contesti diversi da quello SEE. Nella recente sentenza *Land Nordrhein-Westfalen*[33], la Corte ha indicato che "se è vero che le disposizioni del codice tributario [tedesco] di cui al procedimento principale derivano da una riproduzione quasi letterale di talune disposizioni del RGPD, *la finalità e il contesto nel quale quest'ultimo è stato adottato differiscono sostanzialmente* dalla finalità e dal contesto della normativa interna di cui al procedimento principale"[34]. In tali circostanze, "le questioni pregiudiziali vertono, in

[29] *Ibidem*, p. 870.

[30] Sentenza *Commissione c. Italia*, cit.

[31] *Ibidem*, punti 69 e 70 (corsivo aggiunto).

[32] Questo approccio è stato confermato da successive pronunce. V., ad es., sentenza della Corte del 10 aprile 2014, causa C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, punto 82 ss.; del 12 luglio 2012, causa C-269/09, *Commissione c. Spagna*, punto 96 ss.; del 5 maggio 2011, causa C-267/09, *Commissione c. Portogallo*, punto 54.

[33] Sentenza della Corte del 10 dicembre 2020, causa C-620/19, *Land Nordrhein-Westfalen*.

[34] *Ibidem*, punto 45 (corsivo aggiunto). V. le spiegazioni della Corte, punto 46: "A tale riguardo, occorre osservare, in primo luogo, che la nozione di informazioni relative alle persone giuridiche è rigorosamente distinta dalla nozione di dati personali delle persone fisiche quale definita dal diritto dell'Unione. Il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano è un diritto fondamentale stabilito dall'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali. Di conseguenza, le limitazioni apportate a tale diritto devono essere previste dalla legge, rispettare l'essenza delle libertà e dei diritti fondamentali e costituire una misura ne-

realtà, non sull'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione che sarebbe stata resa applicabile, al di là del suo ambito di applicazione, da una disposizione di diritto nazionale, bensì su una nozione di diritto nazionale senza equivalenti nel diritto dell'Unione"[35].

Questa giurisprudenza indicherebbe, dunque, che il tenore letterale identico non sarebbe garanzia di analoga portata giuridica di due norme con la stessa formulazione[36]. In questa giurisprudenza, confermata da ulteriori successive pronunce[37], riaffiorerebbe prepotentemente l'approccio *Polydor*[38] che sembrerebbe indistintamente applicato a tutte le norme che – interne o di accordi internazionali – sono modellate sul diritto dell'Unione.

4. Alla luce di questo recente approccio, la Corte sembrerebbe dunque escludere che l'analogia testuale tra il diritto UE e una qualsiasi norma "estranea" alla sua sfera applicativa esiga automaticamente una corrispondente analogia d'interpretazione. Secondo la Corte, infatti, l'interpretazione di una norma UE non può essere trasposta a qualsiasi altra norma, pur testualmente identica, a prescindere dal contesto e dagli obiettivi perseguiti. Soltanto nella misura in cui possa essere rintracciata equivalenza, analogia o similarità di finalità e contesto, l'interpretazione del diritto UE si imporrebbe anche alla norma "estranea".

cessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare taluni interessi pubblici e privati, come ricordato dall'articolo 23, paragrafo 1, del RGPD. Per contro, le informazioni relative alle persone giuridiche non beneficiano di una tutela analoga nel diritto dell'Unione".

[35] *Ibidem*, punto 47.

[36] Da ultimo, v. le considerazioni dell'Avv. gen. Bobek secondo cui l'interesse ad un'uniformità interpretativa di due norme formulate in maniera identica si impone soltanto laddove le due norme operino "in un *contesto funzionalmente e giuridicamente comparabile*. È probabile che ciò avvenga quando tali norme perseguono le stesse *finalità* e riguardano lo stesso *oggetto*. In tali situazioni – e in esse soltanto – mi sembra sia auspicabile e possibile interpretare i due insiemi di norme in modo coerente" (conclusioni Bobek alla causa *Land Nordrhein-Westfalen*, cit., punto 61). Cfr., inoltre, le conclusioni dell'Avvocato generale Ćapeta, del 28 aprile 2022, cause riunite C-164/21 e C-318/21, *SIA Baltijas Starptautiskā Akadēmija*, punto 56 ss. e le conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, del 15 luglio 2021, causa C948/19, *UAB "Manpower Lit"*, punto 60.

[37] V., per quanto riguarda le norme SEE, la sentenza *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, cit., punto 82 ss.; sentenza *Commissione c. Spagna*, cit., punto 96 ss.; sentenza *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 54.

[38] V., *supra*, la nota n. 19.

In questa prospettiva concettuale, l'estensione dell'interpretazione di una norma UE oltre la propria sfera applicativa è dunque condizionata dal contesto giuridico in cui la norma "estranea" si colloca e dalle finalità che persegue. Per stabilire se una disposizione di diritto dell'Unione si presti ad un'applicazione analogica fuori dal proprio ambito applicativo, è pertanto necessario confrontare la finalità perseguita dalla norma "estranea" nonché il contesto in cui essa si inserisce, da un lato, e quelle dello strumento di diritto UE di cui trattasi, dall'altro. All'esito della valutazione comparativa, se si accerta che gli obiettivi e il contesto della disposizione di diritto dell'Unione vanno oltre quelli della disposizione "estranea", la Corte dovrebbe escludere l'interpretazione della seconda per assenza di analogia con la prima. In questo caso, infatti, la Corte sarebbe chiamata a pronunciarsi su una disposizione di diritto nazionale che non ha alcuna corrispondenza con una disposizione, pur identica da un punto di vista testuale, di diritto UE.

Se alla luce di questa, ancora cauta, evoluzione giurisprudenziale, una norma "estranea" all'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione potrebbe ricevere una interpretazione analoga alla corrispondente norma di diritto UE soltanto in presenza di un "contesto funzionalmente e giuridicamente comparabile"[39], si comprende come il suggerimento dell'Avv. gen. Tesauro, trascurato per anni, sia stato finalmente accolto dalla giurisprudenza.

E quella studiosa (ahimè non più giovane) continua a trarre continui insegnamenti dalle riflessioni, mai banali e sempre appassionate, del Professore!

[39] Conclusioni Bobek alla causa *Land Nordrhein-Westfalen*, cit., punto 61.

LA CRISI DEL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE OVVERO L'INTEGRAZIONE NEGATA: RIFLESSIONI SULL'UNIONE EUROPEA COME COMUNITÀ DI DIRITTO E DI VALORI

Maria Caterina Baruffi[*] – *Ruggiero Cafari Panico*[**]

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla sovranità dell'Unione europea. – 2. L'Unione europea come comunità (integrata) di valori che si regge su una sovranità condivisa. – 3. Conclusioni: il principio del primato quale architrave dell'ordinamento dell'Unione.

1. È un onore poter ricordare Giuseppe Tesauro, al quale ci legano non solo un profondo rispetto verso uno dei più illuminati studiosi del Diritto dell'Unione europea, ma anche sentimenti di affetto, accresciutosi negli anni, e di amicizia. Il compianto Maestro ha sempre dimostrato nei nostri confronti una grande disponibilità, rispondendo positivamente ai diversi inviti che gli rivolgevamo di partecipazione ad incontri presso le nostre sedi universitarie, in particolare, da ultimo, a Verona. Non lo tratteneva il fatto che l'uditorio fosse costituito principalmente da studiosi *in fieri*, peraltro di diverse branche del diritto, quali i Dottorandi del Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche europee ed internazionali, sempre attenti a quelle lezioni così profonde e sicuramente inusuali, capaci di rimanere impresse nelle menti di tutti, non solo dei più giovani. Proprio a tale ultimo riguardo non può essere taciuto che, anche in momenti non facili, Beppi non si è mai negato nemmeno per incontri con gli studenti, ai quali riusciva a trasmettere con garbo la sua grande cultura giuridica ed il suo entusiasmo per il processo di integrazione europea e per i valori su cui esso si fonda. Le piacevoli discussioni, e il dibattito che nasceva, proseguivano al di fuori delle aule, in sede conviviale, anche davanti alle specialità gastronomiche veronesi, tanto apprezzate. Intendiamo così dedicare al Maestro qualche breve riflessione, a quattro mani, prendendo spunto proprio dagli incontri veronesi, dedicati ai temi a Lui più cari: la tutela dei diritti ed il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema

[*] Professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Bergamo.

[**] Professore a r. di Diritto dell'Unione europea.

dell'Unione europea, con i suoi valori, in un confronto continuo con i giudici degli Stati membri, che ha le sue radici nel rapporto peculiare tra gli ordinamenti e nella natura stessa dell'Unione.

Nella settima, ed ultima, edizione del *Diritto dell'Unione Europea* Giuseppe Tesauro scrive che l'Unione europea, come già la Comunità europea, "ha degli aspetti di tale originalità da costringere spesso ad un uso diverso di talune categorie giuridiche tradizionali"[1]. Quando, dopo alcuni anni, nel 2020, Egli riprende il lavoro interrotto, pubblicando il *Manuale di diritto dell'Unione europea*, il contesto politico ed economico è grandemente mutato e, come affermato nella Premessa alla prima edizione, "i cambiamenti che il percorso di integrazione comunitaria ha mostrato sono stati troppi perché potessero essere taciuti"[2]. Si tratta di eventi ben noti, in gran parte legati alle situazioni di crisi politica ed economica succedutesi negli anni e non ancora concluse, che hanno evidenziato un'intrinseca debolezza dell'Unione sul piano istituzionale, ponendo talvolta in dubbio le sue stesse fondamenta sul piano dei valori. Ciò nondimeno, scrive il compianto Maestro, l'Unione "è ancora oggi una Comunità di diritto"[3].

Le riflessioni di Giuseppe Tesauro stimolano e giustificano ulteriori considerazioni sul rapporto fra l'ordinamento unionale e quelli statali, che le rivendicazioni sovraniste da parte di taluni Stati membri, sul piano politico, e delle Corti costituzionali di quegli stessi Stati e anche di altri, tra cui quella italiana, pur con alterne vicende[4], sul piano giuridico, mirerebbero a riscrivere. Il fine, principalmente, è di limitare il principio del primato che invece "è insito nella natura specifica dell'Unione europea"[5], tanto che mettere in discussione il primato significa negare lo stesso cammino di integrazione, minando le basi dell'Unione.

Proprio le accennate rivendicazioni hanno focalizzato l'attenzione della dottrina sulla categoria della "sovranità" dell'Unione, quella stessa che già Giuseppe Tesauro, nel 2012, riteneva dovesse essere "in qualche modo rivisitata, di fronte ad un'attribuzione tanto cospicua di competenze legislative all'Unione, anche in settori così "intimi" di uno

[1] G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova 2012, p. 204.

[2] G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, vol. I, Napoli, 2021, p. 13.

[3] *Ibidem*, p. 14.

[4] La bibliografia sulla c.d. saga Taricco è talmente ampia e nota da esimere da specifici riferimenti.

[5] G. Tesauro, *Manuale di Diritto*, cit., p. 247.

Stato, come ad esempio il fisco o la politica economica e monetaria"[6] o, aggiungiamo, il diritto di famiglia.

L'intenzione è ora di fornire un pur limitato e modesto contributo al dibattito in corso sul fenomeno della integrazione europea nel prisma della sovranità, con l'obiettivo – questo sì ambizioso – di concorrere alla riaffermazione di quei valori propri dell'Unione, e comuni a tutti gli Stati membri, che attualmente sono il vero motore del processo di integrazione.

L'indagine prende avvio dall'affermazione, riferita alla nozione di sovranità in ambito internazionale, che non si ha alcuna certezza su come "la resistenza del mondo della sovranità" possa essere spezzata dalle comunità sovranazionali o mondiali che si vengono imponendo[7].

Da tempo la dottrina ha percepito come il progressivo trasferimento di competenze all'Unione europea chiamasse in gioco la categoria della sovranità. Cessioni di sovranità, trasferimenti di sovranità o, come recita la nostra Costituzione, limitazioni alla sovranità liberamente accettate dagli Stati membri hanno portato a una progressiva trasformazione: gli Stati continuano a dichiararsi sovrani, ma sanno che in concreto molti poteri (quelli che tradizionalmente danno espressione alla sovranità) sono stati trasferiti alle Istituzioni di Bruxelles. Legittimo dunque chiedersi che sorta di sovranità sia quella di uno Stato membro dell'Unione europea che ha mantenuto due terzi dei propri poteri, e che sorta di sovranità sia quella dell'Unione che esercita un terzo di poteri c.d. sovrani[8]. Come viene però comunemente affermato, la sovranità non è divisibile, la si possiede del tutto o niente.

[6] G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 204.

[7] E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2021, p. 121. Di questa incertezza non si preoccupa però l'Autore, che anzi lascia al lettore la possibilità di trarre le conclusioni, ricordando come Montesquieu scrivesse che "[n]on si tratta di far leggere ma di far pensare" (p. 122).

[8] R. Bifulco, *Premessa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2021, pp. 247-250, spec. p. 247. Per una ricognizione dei poteri sovrani rimasti nella competenza (riservata) degli Stati membri, P. De Pasquale, *Competenze proprie degli Stati e principio di leale collaborazione*, in Aa.Vv., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 5-13, la quale rileva come l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione sia peraltro "particolarmente variabile ed elastico" (p. 6), fermo restando che comunque l'esercizio delle competenze proprie degli Stati membri è "vincolato al rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione", vale a dire che "il fatto che una materia rientri nel dominio riservato agli Stati membri non la sottrae […] al rispetto delle norme convenzionali fondamentali" (p. 7).

Se la sovranità non ammette divisioni e non può pertanto essere "ripartita fra enti giuridici differenti"[9], ciò significa che l'Unione europea, per il solo fatto di esistere e di esercitare i poteri (competenze) ad essa comunque trasferiti, pone in discussione tale assunto[10]. Altrettanto può dirsi con riguardo alla constatazione che l'Unione, pur dotata di potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale, non disporrebbe di un potere coercitivo e neppure di una capacità di autodeterminazione. La stessa nozione di autodeterminazione assume infatti nella dialettica unionale una valenza anch'essa originale[11].

Per molti aspetti il diritto che l'Unione europea produce è immediatamente efficace negli ordinamenti degli Stati membri e prevale sul loro diritto anche di rango costituzionale e primario per il tramite dell'attività di interpretazione svolta dalla Corte di giustizia avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale, vera e propria chiave di volta del sistema[12]. Soprattutto l'Unione è depositaria dei principi-valori co-

[9] L.F. Pace, *L'inapplicabilità della nozione di "sovranità" all'ordinamento giuridico dell'Unione europea: motivi teorici e pratici. L'unione quale soluzione della crisi dello Stato nazionale nel continente europeo*, in Aa.Vv., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2022, reperibile *online*, pp. 37-48, spec. p. 44. A ciò si aggiunge che "il concetto di sovranità è strettamente collegato all'evoluzione e maturazione dell'ente Stato. In quanto tale la sovranità non può che essere una, indivisibile e collegata ad uno specifico ordinamento giuridico" (p. 43). L'Autore ne trae, infine, l'ulteriore conseguenza che "[l]a sovranità degli Stati rimane quindi (formalmente) piena" (pp. 44-45). La considerazione appare corretta solo nella misura in cui si tenga conto del carattere peculiare che assume, in una logica di legalità valoriale, la nozione di sovranità quando riferita alla relazione tra gli ordinamenti degli Stati membri e quello dell'Unione sul piano della condivisione dei valori quali elementi caratterizzanti tale nozione nella accezione propria dei Trattati.

[10] R. Bifulco, *op. cit.*, p. 247.

[11] In un sistema, come quello dell'Unione europea, in cui il controllo, esterno, sull'esercizio (esorbitante) delle competenze (*ultra vires*) è stato in più occasioni rivendicato dai giudici supremi nazionali, il controllo sull'andamento generale del sistema è riservato alla Corte di giustizia, in via esclusiva, quando sia in gioco il rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali frutto della autodeterminazione operata dalla stessa Unione, vuoi per il tramite della stessa Corte di giustizia, per la loro identificazione, vuoi mediante gli strumenti previsti dal diritto dell'Unione, per la prevenzione e la risposta alle minacce o alle violazioni dei citati valori (in particolare, art. 7 TUE).

[12] Parere 2/13 della Corte di giustizia, del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla CEDU*, punto 176. L'idea è che sovranità (statale) e *rule of law* (unionale) si completino reciprocamente in un ordinamento in cui il controllo sull'esercizio delle competenze proprie della sovranità è frutto del dialogo fra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia, da "giudice a giudice", basato sul meccanismo del rinvio pregiudiziale (L.S. Rossi, *"Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *I Post di AISDUE*, IV,

muni che, non solo proclamati ma anche sanciti dall'art. 2 TUE, comprendono lo Stato di diritto (*rule of law*)[13], ovvero quell'elemento che, per lo meno in un regime (ordinamento) democratico, nella accezione accettata e condivisa dai Paesi membri dell'Unione, al momento del loro ingresso nell'Unione stessa, deve (necessariamente) accompagnarsi alla sovranità statale. Al riguardo la dottrina ha infatti sottolineato come nel tempo[14] la *rule of law* (spesso identificata col costituzionalismo) si sia imposta, in antinomia alla sovranità, come limitazione del potere statale sovrano in nome dei diritti universali. Ma può esistere la seconda senza la prima? L'una senza l'altra?

La domanda se riferita agli Stati risulterebbe, supponiamo, retorica per chi ritiene che, qualunque sia la tesi cui si intende aderire, sia sempre il diritto sovrano dello Stato il titolo originario di legittimazione[15], mentre non lo è certamente se riferita al sistema dell'Unione, a condizione però che ci si intenda sui termini noti del problema. Anzitutto, la riferibilità (esclusiva) della nozione di sovranità agli Stati e non all'Unione e, quindi, l'affermarsi al di fuori e al di sopra degli Stati di una dimensione materialmente costituzionale fondata su un sistema di me-

2022, reperibile *online*, pp. 50-84), in uno spirito di leale collaborazione, "per trovare, di volta in volta, una soluzione condivisa" (G. Caggiano, *La Corte di giustizia difende il principio del primato a fronte della ribellione delle corti costituzionali di Polonia, Ungheria e Romania*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2021, pp. 473-491, spec. p. 481), L'obiettivo è dunque creare una "armonia costituzionale" europea: L.S. Rossi, *Regole dell'Unione europea ed eccezioni nazionali: la questione "identitaria"*, in *Atti della Giornata di Studio tra Corte Costituzionale della Repubblica Italiana e Corte di giustizia dell'Unione Europea "Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali"*, 5 settembre 2022, 2022, reperibile *online*, pp. 63-78, spec. p. 78. Laddove, poi, il dialogo non dovesse condurre ad una soluzione condivisa, l'uniformità dell'interpretazione, quale garanzia dell'uguaglianza fra gli Stati, impone, al di là di ogni supposta ambiguità ordinamentale (E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2022, p. 13), come conseguenza del principio del primato, che a prevalere sia l'interpretazione autonoma della Corte di giustizia, che, in base all'art. 267 TFUE, si pone come giudice supremo ogniqualvolta essa debba decidere, sulla base di un test di proporzionalità, se le eccezioni nazionali invocate possano derogare alle norme comuni (L.S. Rossi, *Regole dell'Unione*, cit., p. 77).

[13] A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, p. 107 ss.

[14] O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, reperibile *online*.

[15] *Ibidem*, p. 28.

tanorme coincidenti con i valori comuni propri dell'Unione in quanto tale e non più degli Stati distintamente considerati[16].

La stessa cittadinanza europea, se letta in questo senso, ovvero seguendo un criterio non solo (formalmente) giuridico, ma anche, e forse soprattutto, riferito al campo dell'appartenenza e, insieme, a quello dell'identità dell'Unione (che si forgia sulle diversità fra le identità nazionali), assume una sua coerente dimensione quale cittadinanza di valori. Col che la cittadinanza diviene substrato ed elemento caratterizzante di quella sembianza di sovranità che, nel suo esprimersi in diritti/valori, costituisce la specificità europea.

2. Pagine e pagine sono state scritte per affermare che la nozione di sovranità non è applicabile all'Unione europea, che rimane una organizzazione internazionale, seppure con forme nuove[17]. Il termine sovranità, se riferito all'Unione europea avrebbe dunque una valenza

[16] Parere 2/13 della Corte di giustizia, cit., punto 168.

[17] Per una approfondita analisi della natura dell'Unione europea vedi anche L.F. Pace, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, Bari, 2021, il quale, dopo aver delineato, individuandone i profili critici, il contenuto delle varie teorie, in particolare di quella giuridico-politica e di quella tecnico-giuridica, propone una propria ricostruzione della natura dell'Unione come una "Comunità di destino" degli Stati continentali europei, che, sul piano formale, costituisce un'organizzazione internazionale il cui diritto che promana dai Trattati, a fronte dell'autonomia del suo ordinamento giuridico, non è diritto internazionale ma autonomo diritto dell'Unione (p. 145). L'impressione è comunque che anche approfondite indagini, quale quella svolta dall'Autore, non rispondano pienamente al quesito conclusivo che lo stesso Pace formula con riferimento all'Unione, ovvero "*Doctor, what we have got?*". La risposta dell'Autore, secondo cui l'Unione "sarebbe (ed è): '*An international organization, if each and every Member State can keep it, in the interest of its own people and of the European Union*'" (*ibidem*), denuncia una situazione di instabilità e continua evoluzione che, in realtà, non coglie, se non nella sua dimensione esterna più evidente, il dato di fatto rappresentato dall'esistenza di un soggetto che, qualunque sia la sua natura, è sicuramente in grado di operare, come organizzazione internazionale, con, ma anche oltre, gli Stati che ne sono membri. In una dimensione interna, l'ordinamento creato dai Trattati è invece integrato con quello dei singoli ordinamenti statali, sulla base del principio cardine del primato e di quello di leale collaborazione, a sua volta connesso all'effetto diretto (sulla interazione tra il principio della leale collaborazione, fondativo dell'ordinamento unionale, e, da un lato, i valori di base dell'Unione e, dall'altro, il principio del primato, vedi F. Casolari, *Leale collaborazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 21 ss. e p. 120 ss.), che, nella loro applicazione concreta, quale determinata in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, rappresentano l'originalità e le fondamenta del sistema.

esclusivamente politica e non tecnico-giuridica: a fronte della sua natura giuridica l'Unione non presenterebbe una sua sovranità, concetto nato ed applicabile esclusivamente agli enti statali. Differentemente l'Unione è titolare di competenze che gli Stati membri le hanno trasferito tramite i Trattati.

Qualunque sia peraltro la veduta di sovranità che si intende seguire, non può negarsi che essa sia soggetta a limitazioni in funzione della salvaguardia dei diritti. In altre parole, il senso profondo del sistema democratico dell'Unione, nella accezione che ci appartiene, nella sua proiezione sul piano delle relazioni interordinamentali, è quello dei valori e del loro rispetto, anche quando ciò comporti limitazioni dei poteri sovrani esercitati dallo Stato.

Come infatti sancito dall'art. 2 TUE, l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, su un sistema, cioè, di tutela dei valori che attraverso l'identificazione dei principi generali del diritto si sovrappone alle costituzioni nazionali, consentendo tuttavia agli Stati di salvaguardare le proprie specificità costituzionali che, nella giurisprudenza *Taricco* della Corte di giustizia[18], divengono declinazioni di detti principi comuni, ma non necessariamente identici, e comunque cedevoli ove vadano oltre una certa soglia[19].

Non sbagliava la Corte di giustizia a definire, nella sentenza del 5 febbraio 1963, *van Gend and Loos*[20], l'allora Comunità economica europea un'organizzazione internazionale *sui generis*; anzi, tale definizione pare riduttiva, perché in realtà non esistono le parole e i concetti per descrivere oggettivamente, secondo la tassonomia tradizionale, la sua natura, non essendo adeguate le nozioni di Stato federale (o confederale) o di organizzazione internazionale per definirla o qualificarla.

[18] Sentenza della Corte del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punto 47: "resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione".

[19] Sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, punto 232 ss.; del 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. parlamento e Consiglio*, punto 280 ss.

[20] Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend and Loos*, punto 23. Vedi anche sentenza della Corte del 5 luglio 1964, causa 6/64, *Costa* c. *E.N.E.L.*, punti 1158-1159.

A questo punto è agevole osservare come le competenze (unionali) e le sovranità (degli Stati) siano tra loro intrecciate in maniera inscindibile. I formanti dell'Unione europea sono non solo originali, ma anche riproduttivi, in quanto l'Unione non è statica ma si evolve, non all'esterno ma all'interno dei vari ordinamenti nazionali. Questi ultimi, pertanto, costituiscono con l'Unione stessa un *unicum* sia formale sia sostanziale, nel cui ambito, da un lato, gli Stati esercitano, vuoi direttamente vuoi per il tramite dell'Unione, in virtù dell'attribuzione (devoluzione) di competenze, la propria sovranità; dall'altro, l'Unione, oltre a concorrere nell'esercizio delle competenze c.d. sovrane ad essa attribuite a vario titolo, è chiamata a salvaguardare i valori fondanti dell'ordinamento comune. L'approccio funzionalista e graduale ha portato alla costruzione progressiva di una integrazione dei vari ordinamenti in un sistema giuridico specifico, dalle caratteristiche eccezionali ed innovative. Il principio del primato è il collante e al contempo il nesso indissolubile fra le due componenti dell'ordinamento costituzionale integrato dell'Unione. Ecco perché negare il primato significa mettere in discussione l'intero sistema unionale, in cui alla Corte di giustizia è affidato il compito di agire "come giudice del sistema costituzionale europeo e dei valori in esso riconosciuti"[21], in modo da ricondurre le rivendicazioni statali entro il perimetro dei principi costituenti dell'Unione.

La nozione di sovranità sarà anche indivisibile, tanto "che non consente frammentazioni o cessioni parziali"[22], configurando un modo di essere unitario, ma, se assumiamo che l'ordinamento unionale è sì comune ma anche integrato, ciò vuol dire che l'Unione partecipa della sovranità dei singoli Stati nella misura in cui esercita, nei limiti della attribuzione, funzioni che sono tipiche di uno Stato sovrano e competenze direttamente riconducibili all'esercizio della sovranità[23]. L'Unione sarebbe in questo senso effettivamente sovrana, non in contrapposizione agli Stati, che hanno progressivamente limitato, in maniera nel tempo sempre più estesa, la propria sovranità, ma con gli Stati stessi, ovvero

[21] U. Villani, *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la Corte di giustizia*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, pp. 1303-1326, spec. p. 1326. Si veda anche, G. Tesauro, P. De Pasquale, *Rapporti tra Corti e retroattività della* lex mitior, in Aa.Vv., *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, reperibile *online*, pp. 341-353.

[22] A.L. Valvo, *Il ruolo dell'Unione europea nel quadro della nuova politica mondiale cosmopolita*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, pp. 151-157, spec. p. 153.

[23] *Ibidem*, p. 154.

congiuntamente ad essi, nei rispettivi ambiti, in un fenomeno di condivisione della sovranità, la cui cifra è una continua interazione osmotica fra i sistemi nazionali e l'ordinamento unionale regolata dal principio del primato. In questa dimensione, sovranità statale e Stato di diritto (*rule of law*), quale manifestazione dei valori condivisi, coesistono, in un rapporto di reciproca contaminazione, segnato comunque dalla sovraordinazione del secondo alla prima. La sintesi delle possibili antinomie è operata, soprattutto grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, dalla Corte di giustizia mediante una interpretazione uniforme comunitariamente orientata, che garantisce l'uguaglianza fra gli Stati.

Si potrebbe argomentare che quella descritta risponde alla tesi del pluralismo costituzionale che ricostruisce i rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali "come relazioni paritarie e interattive tra ordini costituzionali diversi". La manifestazione più evidente di tale fenomeno sarebbe che "all'espansione dell'uno corrisponde l'erosione dell'altro. Anche ammettendo che il rapporto non sia rigidamente alternativo, del tipo "se c'è l'uno non c'è l'altro, e viceversa", resta comunque il fatto che fra i due ordini costituzionali ci sarebbe una relazione fisiologicamente competitiva, tanto che è impossibile l'espansione contemporanea di entrambi"[24].

Se la descrizione è corretta, non lo è invece la lettura che ne viene data. La relazione fra i due ordini di norme, quelle statali e quelle comunitarie, è, infatti, sì competitiva, ma funzionale alla costruzione di un ordinamento che è composto da diverse fonti normative che interagiscono tra loro in un dialogo continuo che, in caso di antinomia, può determinare un effetto di disapplicazione o anche di sostituzione, ma sempre all'interno di una unica cornice tratteggiata dai Trattati.

Certo stiamo descrivendo una realtà "liquida", ma concreta nelle sue manifestazioni, lontana dalle categorie dommatiche usuali, ma ben presente nella pratica quotidiana del diritto, o, come è stato affermato, seppur in termini dubitativi e non assertivi, "il concetto di sovranità giuridica" si diluisce "nell'ambito del quotidiano esercizio di competenze"[25]. Se è vero che l'Unione europea non è una istituzione fondata da un momento costituente espresso da un popolo sovrano, ma frutto della volontà degli Stati membri di creare un'organizzazione interna-

[24] O. Chessa, *Alcune considerazioni critiche al "pluralismo costituzionale" di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 ottobre 2019, reperibile *online*, p. 10.

[25] E. Cannizzaro, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 14-15.

zionale di Stati, per quanto complessa ed evoluta, ne conseguirebbe che essa non può considerarsi dotata di una sovranità propria. Questo è però solo il punto di partenza per il superamento di una logica funzionale a favore di una logica valoriale che ci porta ad inoltrarci in terreni in gran parte inesplorati. Il cammino dell'Unione, mediante ulteriori acquisizioni di porzioni di sovranità, in specie con riguardo sia alla capacità fiscale, in tema di risorse proprie, sia alla competenza in ambito tributario, verso una sempre più intensa integrazione, anche sotto l'impulso di situazioni emergenziali tanto economiche, determinate dagli effetti della pandemia da COVID-19, quanto politiche, in termini di reazione alla crisi creata dall'invasione dell'Ucraina, appare sempre oltremodo incerto nei suoi possibili esiti finali[26]. Ciò che è indubbio è che la dimensione valoriale si è ulteriormente rafforzata, divenendo, nella più recente giurisprudenza della Corte, termine di raffronto della compatibilità delle legislazioni anche ritenute identitarie dagli Stati, vuoi a presidio degli elementi fondanti lo Stato di diritto vuoi a tutela del bilancio dell'Unione.

Altrettanto criticabile è la lettura di chi all'opposto ritiene che la spiegazione dell'attuale situazione vada ricercata in quello che viene definito il "paradosso istituzionale"[27] in cui versa l'Unione europea che avrebbe natura di "federazione sul piano giuridico ma non anche sul piano politico"[28]. Se si può essere d'accordo sulla assenza di un momento, né implicito né tantomeno espresso, di riconoscimento politico di una valenza federale, lo stesso non può dirsi per l'asserita natura federale sul piano giuridico, al momento non sussistente, anche solo per l'attribuzione da parte degli Stati delle competenze e per l'assenza di una Corte, appunto federale, che le ripartisca fra gli Stati stessi e l'Unione.

Come è stato rilevato[29], è difficile immaginare un generalizzato salto di qualità nell'integrazione, come pure ipotizzato, pur con molti distinguo, nella dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione adottata

[26] M.C. Baruffi, R. Cafari Panico, *Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali*, in *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2022, reperibile *online*, pp. 1-29.

[27] F.C. Marques, *L'Unione europea protettrice dell'indipendenza degli attori della giustizia*, in *Questione giustizia*, 1° marzo 2022, reperibile *online*.

[28] *Ibidem.*

[29] E. Triggiani, *Il difficile cammino dell'Unione verso uno Stato federale*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea*, cit., pp. 9-16, spec. p. 12.

a Roma il 25 marzo 2017. Il proposito di agire a "ritmi e con intensità diversi se necessario", ma procedendo sempre nella stessa direzione, farebbe trasparire la volontà di una graduale trasformazione della struttura attuale in senso federale, sulla scia di quanto dichiarato nel primo alinea del preambolo TUE e riaffermato nel comma 2 dell'art. 1 dello stesso Trattato, che segnerebbe infatti "una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". Tuttavia, tale risultato potrebbe conseguirsi solo con un atto di rottura rispetto ai Trattati esistenti, dando vita, mediante una loro revisione, ad una effettiva integrazione politica, che trovi auspicabilmente una legittimazione democratica nella volontà, questa sì sovrana, dei cittadini dell'Unione[30].

È stato anche affermato che all'Unione sarebbero state affidate "funzioni di governo" e invece "solo marginalmente funzioni di garanzia dei diritti fondamentali", in modo che la struttura istituzionale non risulta adeguata al ruolo di garante dell'uguaglianza dei diritti dei cittadini che competerebbe all'Unione nello spazio di integrazione europea[31]. Tale osservazione non è condivisibile: la cifra caratterizzante oggi l'Unione è proprio la sua dimensione di comunità di valori e quindi la funzione di garanzia dei diritti fondamentali, e quindi di diritto, mentre le funzioni di governo, anche laddove esercitate dall'Unione, rimangono sul piano del fondamento politico riferibili agli Stati. In questa prospettiva, gli attuali strumenti appaiono, certamente perfettibili, ma in sostanza idonei.

A questo punto si porrebbe una volta di più il quesito della natura dell'Unione. Non è una entità territoriale, e non è neppure una nazione, pur riferendosi l'art. 3, par. 1, TUE ai popoli dei Paesi europei e pur attribuendo una propria cittadinanza, come non è sicuramente più (o non solo) una organizzazione internazionale, seppure *sui generis*, ma è tutte queste condizioni messe insieme. Se, da un lato, dunque, "è assolutamente improprio fare paragoni o pretendere di rilevare le stesse o simili modalità di agire di uno Stato"[32], dall'altro, non può negarsi che,

[30] *Ibidem*, p. 12 ss.

[31] F.C. Marques, *L'Unione europea, protettrice dell'indipendenza*, cit., p. 2, e Id., *Rule of Law, national judges and the Court of Justice of the European Union: Let's keep it juridical*, in *European Law Journal*, 2021, pp. 228-239.

[32] G. Tesauro, *Una nuova revisione del Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, in Aa.Vv., *Quaderni AISDUE*, n. 1, Napoli, 2021, reperibile *online*, pp. 13-21, spec. p. 16.

come "comunità di diritto"[33], ora evoluta in "comunità di valori"[34], l'Unione si ponga in un rapporto dinamico ed interattivo con l'esercizio dei poteri sovrani degli Stati membri, in un processo circolare di mutuo completamento all'interno di un ordinamento unitario, frutto di un percorso di integrazione, che rappresenta l'originalità del sistema in oggetto non a caso definito "organizzazione di integrazione"[35], ma che più propriamente dovrebbe assumere l'identità di "comunità [integrata] di valori". Col che si intende sottolineare come in un sistema di costituzionalismo multilivello, collocato entro la cornice disegnata dai trattati, l'integrazione fra gli ordinamenti si connoti per la supremazia dell'uno, quello unionale, sugli altri, quelli nazionali, in virtù della comune adesione ai valori fondamentali, quale condizione fissa ed immutabile della appartenenza stessa all'Unione[36], cui gli Stati possono solo opporre il loro recesso oppure una modifica dei trattati istitutivi, sen-

[33] Così sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts*, punto 23.

[34] G. Pitruzzella, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *federalismi.it*, n. 28, 2021, reperibile *online*, pp. 3-12, e, Id., *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, in *federalismi.it*, n. 27, 2022, reperibile *online*, pp. 3-13, a p. V. "Union of values" è invece la locuzione usata da K. Lenaerts, *National Identity, the Equality of Member States before the Treaties and the Primacy of Eu Law*, in *Atti della Giornata di Studio*, cit., pp. 9-16, spec. p. 12. Nel senso che "[t]he European Union is a community of law, based on common values shared by members States", COM (2022) 518fin., of 13 October 2022, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Enforcing EU law for a Europe that delivers*, p. 1.

[35] G. Caggiano, *La Corte di giustizia difende*, cit., p. 480.

[36] L'atto di adesione all'Unione europea comporta per lo Stato membro la volontaria accettazione dell'obbligo di rispettare i suoi valori: per tutti, R. Palladino e A. Festa, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei* dissoi logoi *tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, reperibile *online*, pp. 46- 71, spec. p. 62. Secondo la sentenza della Corte del 6 marzo 2028, causa C-284/16, *Achmea*, il diritto dell'Unione poggia "sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, i valori comuni di cui all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua" (punto 34). Vedi anche, nello stesso senso, con riguardo ai riflessi della tutela dello Stato di diritto sulla concorrenza, sentenza del Tribunale UE del 6 febbraio 2022, causa T-791/19, *Sped-Pro*, punto 84. Per un commento, R. Mazzocchi, *E lo Stato di diritto incontrò la concorrenza: riflessioni sulla sentenza Sped-Pro*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2022, reperibile *online*, pp. 15-28.

za che siano immaginabili regressioni nella garanzia dei valori comuni (c.d. dilemma di Copenaghen)[37].

Rileggendo dunque la trama dell'evoluzione tendenzialmente costituzionale dell'Unione europea in una ottica di valori, non può che concludersi che, quale comunità di valori, essa si regge su una sovranità condivisa cui corrisponde una democrazia diffusa che si esercita per il tramite di una cittadinanza di valori. Che si tratti di una struttura reale e non utopica sono i fatti quotidiani a darne dimostrazione.

L'Unione è dunque una struttura integrata, di valori e poteri sovrani, per le competenze ad essa attribuite, che si regge sul primato. Da parte sua, la Corte di giustizia non ha perso l'occasione, nelle due sentenze *IS*, del 23 novembre 2021[38], e *RS (Effetti delle decisioni di una Corte costituzionale)*, del 22 febbraio 2022[39], di riaffermare il principio del primato del diritto dell'Unione nei confronti delle disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale.

Le sentenze "gemelle"[40], con le quali, il 16 febbraio 2022, la Corte di giustizia ha respinto i ricorsi di Ungheria[41] e Polonia[42], si pongono

[37] Sempre secondo la Corte di giustizia, sentenza *Polonia*, cit., "il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati a tale Stato membro […]. Infatti, il rispetto di tali valori non può essere ridotto a un obbligo cui uno Stato candidato è tenuto al fine di aderire all'Unione e dal quale potrebbe sottrarsi in seguito alla sua adesione" (punto 144). Ciò perché "[i] valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori" (punto 145).

[38] Sentenza della Corte del 23 novembre 2021, causa C-564/19, punto 78 ss.

[39] Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, causa C-430/21, punto 49 ss. Si veda anche, nello stesso senso, sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punto 244 ss.

[40] Nel senso che esse rappresentino una sorta di manifesto dell'identità europea, A. Festa, *Le sentenze "gemelle" del 16 febbraio 2022: oltre la questione di legittimità, un "manifesto" sui fondamenti del diritto europeo*, in *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2022, reperibile *online*, pp. 81-110, spec. p. 104 ss. Vedi anche, M.C. Baruffi e R. Cafari Panico, *op. cit.*, p. 13 ss.

[41] Sentenza *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, cit.

[42] Sentenza *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit. Per tutti, v. G. Contaldi, Le sentenze della Corte di giustizia sui ricorsi di Polonia e Ungheria e l'emersione del concetto di identità europea, in G. Contaldi, R. Cisotta (eds.), *Courts, Values and European Identity*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, reperibile *online*, pp. 87-103, anche per ulteriori riferimenti.

in linea di continuità con quanto finora osservato. Secondo, infatti, la Corte non c'è uno spazio economico-finanziario separato da quello che insiste sui valori democratici su cui viene costruita l'unione fra gli Stati; la sovranità, non solo economica, degli Stati non può prescindere dal rispetto dei principi fondanti dello Stato di diritto, la cui salvaguardia è affidata all'Unione.

3. Si è affermato che l'Unione europea appare *sui generis* perché "oscilla fra un'organizzazione internazionale ed una federazione di Stati"[43], quasi che rimanesse sospesa fra la forma di uno Stato nazionale ed un'organizzazione internazionale. In realtà, la natura *sui generis* si concretizza nella rappresentazione di una struttura integrata dove la sovranità condivisa e dunque ripartita fra l'Unione e gli Stati in termini di competenze esercitate quotidianamente si completa con la salvaguardia dei valori fondanti dell'Unione che ne rappresentano sia il limite sia l'espressione. A ciò si aggiunge, soprattutto, che quello statale, inteso anche nelle sue accezioni federali e confederate, non è ad oggi il paradigma di riferimento per stabilire la natura dell'Unione[44]. Ed infatti, rileva Giuseppe Tesauro, "[l]'Unione non è da confondersi con uno Stato, né federale, né confederale, né altro", ovvero, "l'Unione non è uno Stato e per il momento non vuole neppure esserlo"[45].

Già oggi, dunque, l'Unione europea si configura come un ente terzo nella sua natura rispetto sia agli Stati sia alle organizzazioni internazionali, come tale di per sé autonomo e autolegittimato, senza essere necessariamente destinato per la sua sopravvivenza ad evolversi verso forme di tipo federativo o a retrocedere, di fronte alle rivendicazioni di sovranità degli Stati, a mero strumento, seppur originale, di collaborazione.

Condizione perché la conclusione così raggiunta sia valida è che il principio del primato non sia né contestato né contestabile. Solo in

[43] C. Sciancalepore, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, Bari, 2021, p. 2.

[44] Così R. Cafari Panico, *Conclusioni*, in A. Di Stasi, L.S. Rossi (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, pp. 529-552, spec. p. 544: "[l]errore finora compiuto è stato quello di ricondurre il paradigma ordinamentale proposto dall'Unione europea al modello di sovranità statale, riconoscendo nel secondo il limite invalicabile per il primo, in una prospettiva di continuo potenziale conflitto tra i due ordini di norme che la dottrina ha teorizzato nel confronto tra teoria monista e dualista. La similitudine va invece rovesciata".

[45] Sintesi dell'intervista a Giuseppe Tesauro per la rivista *Lo Stato* (giugno 2021), reperibile *online*, p. 2.

tal caso l'Unione può configurarsi come ente distinto ed autonomo sul piano della legittimazione, pur nei limiti sopra descritti, ovvero come una organizzazione integrata *sui generis*.

Principio del primato che non è mai stato come oggi oggetto di rifiuto *tout court*[46] da parte di chi, non a torto dal suo punto di vista, scorge in esso la struttura portante di una nuova forma di organizzazione che, integrandosi con gli Stati membri, riconduce ad unità la pluralità degli ordinamenti in nome di valori comuni. Lo sbaglio è però quello di ritenere che il primato sia funzionale ad una evoluzione in senso federale non condivisa e soprattutto ritenuta non percorribile con la sola via giurisdizionale. Con queste premesse si può comprendere la levata di scudi da parte delle Corti costituzionali di vari Paesi membri e allo stesso tempo se ne vedono i rischi connessi all'indebolimento del principio del primato. Non perché così si sbarrerebbe la strada ad ogni evoluzione, a trattati immutati, verso un'integrazione di carattere federale, ma perché sarebbe così messa in dubbio la stessa attuale forma di integrazione in un unico, e al contempo plurimo, ordinamento che, al di là dei limiti e delle difficoltà inevitabili in un assetto così complesso e privo di precedenti sul piano costituzionale, ha saputo dare ottima prova di sé. Tale assetto è peraltro destinato a durare nel tempo, senza retrocessioni di sorta, fino a quando gli Stati non decideranno, loro e solo loro, di rendere l'Unione sovrana nel senso tradizionale del termine, facendo di essa una federazione (o confederazione).

Per concludere, ci piace ricordare, proprio in relazione al dialogo che deve svilupparsi fra i giudici di Lussemburgo e le corti supreme dei Paesi membri per giungere ad un riconoscimento da parte di queste ultime del principio del primato, la decisione della nostra Corte costituzionale dell'11 marzo 2022, n. 67, nella quale viene espressamente riconosciuta la "competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione e applicazione dei Trattati"[47] in un sistema in cui il "principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE costituiscono dunque l'architrave su cui poggia la comunità di

[46] Per tutti, G. Caggiano, *La Corte di giustizia difende*, cit., p. 473. Vedi anche M.P. Chiti, *Il declino del primato del diritto dell'Unione europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, nn. 3/4, 2021, pp. 429-441; J. Ziller, *Dialogo, confronto, o contrapposizione tra Corti?*, in G. Contaldi, R. Cisotta (eds.), *Courts, Values and European Identity,* cit., pp. 43-55. Sul (non facile) rapporto fra *rule of law* e primato, cfr. L. Besselink, *The Problem with Primacy*, *ibidem*, pp. 81-86.

[47] Considerato in diritto, punto 10.2.

corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi"[48]. Non sono giunte invece indicazioni altrettanto confortanti dai lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa, dove una riaffermazione del principio del primato nei confronti degli Stati membri, pur auspicabile, non è stato uno dei temi all'ordine del giorno. Non può invece escludersi che sollecitazioni esterne, derivanti dalle situazioni di crisi in corso, inducano gli Stati membri a cogliere l'occasione per rafforzare il processo di integrazione. Non pare, tuttavia, che, allo stato, vi siano significative indicazioni in tal senso, anche se la storia dell'Unione ci ha insegnato come non si possa mai dire mai.

[48] *Ibidem*, punto 11. Per un commento, per tutti, S. Sciarra, *First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Word*s, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2022, reperibile *online*, pp. 67-78.

IN RICORDO
DEL PROFESSOR GIUSEPPE TESAURO

Claudio Biscaretti di Ruffìa[*]

Ho avuto modo di conoscere il Prof. Tesauro tanti anni fa, nel primo periodo della mia attività accademica. Egli, infatti, faceva parte della Commissione che mi diede l'idoneità quale professore associato. Forse anche per questo motivo non lo ho mai chiamato "Beppi", come facevano i suoi amici più stretti, non avendo mai raggiunto il grado di intimità che ritenevo necessario per utilizzare quel diminutivo.

Già da anni leggevo i suoi numerosi lavori di Diritto dell'Unione europea (allora Diritto delle Comunità europee) e lo incontravo nei convegni, numerosi, dedicati a quella materia, relativamente nuova nel panorama delle materie internazionalistiche. Lessi, poi, con attenzione, le sue "conclusioni" quale Avvocato generale presso la Corte di giustizia. Ma fu nel fecondissimo periodo nel quale Tesauro fu Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) che ebbi modo di frequentarlo maggiormente, in ragione della mia attività di avvocato presso uno Studio legale internazionale di Milano.

Di quel periodo ricordo, in particolare, la maestria con la quale Tesauro affrontava ogni tema, ogni domanda che gli veniva posta, intrattenendo il suo interlocutore in modo così cortese e, nel contempo, fermo, che era impossibile uscire dai colloqui con lui insoddisfatti, tanto bene aveva rappresentato la posizione dell'AGCM, a volte non favorevole a quanto il suo interlocutore desiderava ottenere.

In quegli stessi anni ci incontrammo, una volta, ad un convegno sul diritto societario a Courmayeur, organizzato come sempre nel migliori dei modi dalla Fondazione Courmayeur Mont Blanc. In quell'occasione, liberi dagli impegni pressanti della vita lavorativa quotidiana, trovammo il modo di parlare tra di noi con più tranquillità, tra l'altro ricordando la conoscenza che, alcuni decenni prima, aveva legato i nostri rispettivi genitori, entrambi docenti di diritto costituzionale.

Nel corso del convegno, una sera Tesauro trovò un pianoforte in una sala dell'albergo che ci ospitava e intrattenne i pochi presenti con

[*] Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Già professore associato presso la medesima Università.

un vero e proprio concerto, dimostrando una dimestichezza con quello strumento musicale che evidenziava una forte passione e altrettanta conoscenza della musica.

In quell'occasione un argomento fu, in particolare, oggetto della nostra conversazione, anche se non direttamente connesso con il titolo del convegno: quello, cioè, delle conseguenze dell'origine internazionale del diritto comunitario.

Il tema citato è tornato più volte nelle conversazioni da me avute con Tesauro. E il caso ha voluto che esso fosse presente anche nell'ultima intervista da lui concessa il 20 giugno 2021, poche settimane prima della sua repentina ed inaspettata scomparsa[1]. In quell'occasione l'illustre Maestro, sollecitato dal suo interlocutore, innanzitutto ha ricordato l'origine internazionalistica dell'Unione europea. Egli ha poi continuato sottolineando come, di conseguenza, i trattati istitutivi vadano interpretati secondo le regole del diritto internazionale, così come molti passaggi del processo d'integrazione debbano essere misurati con il medesimo metro.

Ma già molti anni prima, nella Premessa alla prima edizione del suo fortunato manuale sul Diritto dell'Unione europea, Tesauro aveva evidenziato in modo chiarissimo il suo pensiero, sottolineando come l'origine internazionale del Diritto UE lo "collega inevitabilmente, quanto a metodo, formazione e soprattutto apertura intellettuale, alle discipline internazionalistiche". Tesauro aggiungeva ancora che "nessun improvvido editto può cancellare questa realtà e costruire parentele artificiali, puramente accademiche, con discipline che con il diritto comunitario hanno poco o niente in comune[2].

Un particolare aspetto che gli stava a cuore, sempre sul tema dell'origine internazionale dell'Unione europea è il contributo dato, sul punto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, della quale aveva fatto parte per dieci anni quale Avvocato generale. Il riferimento era, in primo luogo, alla ben nota sentenza *van Gend en Loos*, laddove la Corte di giustizia ha precisato che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore

[1] F. Pedrini, *Colloquio sull'integrazione sovranazionale. Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*, in *Lo Stato*, 2021, p. 183 ss. Sull'origine internazionale dell'Unione europea e sulle conseguenze che tale circostanza ha sotto l'aspetto dell'interpretazione delle norme UE, hanno scritto numerosi autori, italiani ed esteri. Per tutti, si veda A. Santa Maria, *European Economic Law*, Alphen aan den Rijn, 2021, p. 1 ss. e bibliografia ivi citata.

[2] G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 26.

del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini…"[3].

Nell'intervista poc'anzi citata, Tesauro riprende la sentenza *van Gend en Loos* anche per evidenziare l'importanza del rinvio pregiudiziale d'interpretazione come strumento più efficace rispetto alla procedura d'infrazione, da molti considerata il solo rimedio alla violazione dei Trattati. Egli osserva che, nella realtà, tale ultimo strumento è spesso inefficace in quanto, tra l'altro, la Commissione non è obbligata ad attivarlo. Al contrario, il rinvio pregiudiziale d'interpretazione costituisce un'efficace strumento di controllo giurisdizionale della legittimità degli atti dell'Unione come anche degli atti degli Stati membri[4].

La sentenza *van Gend en Loos* viene ricordata da Tesauro anche in quanto essa ha affermato il primato del diritto dell'Unione sul diritto interno, circostanza fondamentale per la costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea, al di là di qualche improvvida sentenza di tribunali nazionali.

Infine, un ulteriore aspetto che l'illustre Maestro napoletano amava ricordare era quello dell'acquisita autonomia del diritto dell'Unione europea, nel corso degli anni, rispetto allo stesso diritto internazionale. Autonomia ancora sottolineata nell'intervista del 20 giugno 2021 in accordo, del resto, con la dottrina prevalente nella materia[5].

Il tema della specificità del diritto dell'Unione europea e del rapporto tra questo e i diritti nazionali ha interessato Tesauro anche con riferimento al proprio ruolo di Presidente dell'AGCM. Più volte, infatti, Egli ha messo in rilievo come anche il diritto comunitario della concorrenza dovesse essere interpretato in questa chiave. E non si dovesse interpretare il diritto antitrust nazionale in un'ottica puramente interna

[3] Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*. Per utili considerazioni sul punto in esame si veda G. Tesauro, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro, vol. I, Napoli, 2021, p. 3.

[4] F. Pedrini, *op. cit.*, p. 183 ss.

[5] Si veda per tutti, da ultimo, R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 10 ss. Dopo aver sottolineato la faticosa affermazione dell'autonomia e della specifica identità del diritto UE, gli autori citati ricordano che "il collegamento con il diritto internazionale è rimasto perché le istituzioni europee traggono pur sempre origine da un trattato internazionale, hanno come fondatori e protagonisti entità statuali e operano come attori della comunità internazionale che a quel diritto restano soggetti. Ma il loro studio è ormai autonomo così come lo è, nei limiti in cui il confronto è possibile, quello del diritto di qualsiasi altro soggetto di quella comunità".

ma si dovesse, invece, tener conto della sua origine comunitaria. Come precisamente recita l'art. 1, n. 4, della l. 287/1990, per il quale "L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza"[6].

Non è un caso, a tale proposito, che Tesauro si sia speso in prima persona per la creazione di un network di collegamento tra tutte le autorità garanti della concorrenza dei Paesi dell'Unione, al fine di facilitare un'interpretazione uniforme del diritto antitrust dell'UE. Esso, dopo anni di preparazione, ha finalmente visto la luce all'inizio degli anni duemila, sulla base del regolamento 1/2003[7] e, da allora, ha avuto un ruolo assai importante per la gestione coerente del diritto antitrust tra i Paesi dell'UE e tra di essi e la Commissione.

Non c'è dubbio che le numerose esperienze vissute da Tesauro nella propria carriera, di professore, avvocato, Avvocato generale presso la Corte di giustizia, Presidente dell'AGCM, Giudice e poi Presidente della Corte costituzionale, gli abbiano consentito di avere una visuale del mondo del diritto sostanzialmente unica nel panorama giuridico italiano. Anche per tale ragione, nei suoi numerosi scritti, partecipazioni a convegni, interviste, Tesauro ci ha lasciato insegnamenti profondi nella materia che tanto amava.

[6] Legge 10 ottobre 1990, n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

[7] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

DALLE ASSEMBLEE CITTADINE AI *PANEL* DELLA CONFERENZA PER IL FUTURO DELL'EUROPA: UNO STRUMENTO ANTICO PER RINNOVARE LA DEMOCRAZIA

Susanna Cafaro[*]

SOMMARIO: 1. La democrazia sfuggente e il tentativo di riafferrarla. – 2. Le assemblee cittadine per sorteggio dalla *Boulé* ateniese alle sperimentazioni contemporanee. – 3. I *panel* dei cittadini nella Conferenza sul Futuro dell'Europa. – 4 Primi bilanci. – 5. Uno sguardo al futuro.

1. La democrazia, nella sua multipla accezione di governo "del" popolo, "per" il popolo – o l'ancor più elusivo, "nell'interesse" del popolo – è un concetto controverso, che ha ricevuto nel corso della sua ormai plurimillenaria ma episodica storia svariati tentativi di teorizzazione e ancora più svariate applicazioni concrete.

Molto accreditata è l'idea che la sua prima applicazione compiuta si abbia nell'Atene di Pericle, pur essendo eredità di generazioni precedenti. Ben note le prime concettualizzazioni di Platone e di Aristotele. Tuttavia, già allora la parola era ambivalente, poiché se *demos* è innegabilmente popolo, *kratos* è potere o forza, non necessariamente buon governo. Altre parole venivano preferite dagli ateniesi per designare la propria forma di governo, perché il potere al popolo, o più correttamente della maggioranza assomiglia molto a ciò che chiameremmo oggi populismo e dunque l'introduzione di una serie di contrappesi è stata determinante nell'evoluzione dell'idea stessa di democrazia. Un altro elemento determinante di evoluzione, che si è saldato progressivamente con il precedente è nell'insieme di quei diritti e libertà individuali che – iniziando con l'uguaglianza davanti alla legge – rendono la democrazia effettiva. L'attenzione alle pari opportunità e a ridurre le ineguaglianze atte a frustrarle è, come sappiamo, ancor più recente.

La formula di governo prettamente occidentale che informa oggi le democrazie liberali è evoluta non poco dalla polis ateniese alle rivoluzioni americana e francese e da queste ai nostri giorni e sebbe-

[*] Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea presso l'Università del Salento.

ne la storia ne abbia decretato il successo, non vanno dimenticate le sperimentazioni di altri popoli, che dimostrano come la condivisione delle scelte e delle responsabilità in una data aggregazione sociale possa assumere varie forme. Allargando lo sguardo, l'elemento "democratico" ricorrente sembra essere l'assemblearismo e la forma di decisione può avvicinarsi talora più al *consensus* che alla maggioranza, raggiunto attraverso modalità di confronto e di composizione degli interessi che vanno dal dialogo allo *storytelling*. La delegazione non è esclusiva della democrazia rappresentativa e si può realizzare con meccanismi diversi, basandosi per esempio sull'età e l'esperienza, o ancora sulla rotazione o sul sorteggio. Proprio su quest'ultima ipotesi si focalizza l'attenzione di questo contributo.

La crisi della democrazia in atto è attestata da numerosi indici[1]; il numero di Paesi non democratici o non compiutamente democratici è in aumento e anche laddove la democrazia resiste è minacciata dall'antipolitica e dall'astensionismo – gravi sintomi della distanza tra amministratori e amministrati – dalla polarizzazione che avviene sui *social media* anche a causa della profilazione politica, dalla "normalizzazione" di comportamenti come la diffusione di *fake news* e l'uso di *hate speech.* Se tutto questo già di per sé non fosse sufficientemente grave, recenti scandali hanno rivelato come gli attacchi alla democrazia possono essere frutto di strategie precise[2].

2. A partire dalla crisi della democrazia, si spiega l'attenzione crescente alla democrazia deliberativa e il moltiplicarsi delle assemblee dei cittadini. Per comprendere questi organi può essere utile andarne a cercare le radici.

Alle origini della democrazia deliberativa per sorteggio vi è l'esperienza ateniese dell'epoca classica. Nell'Atene di Pericle venivano estratti a sorte una serie di funzionari pubblici e magistrati e la stessa

[1] Il declino è ben rappresentato dall'*Economist Intelligence Unit* (EIU) che documenta nella 2021 *edition* un netto calo della democrazia anche solo rispetto all'anno precedente, con meno della metà del modo in un qualche tipo di democrazia (45.7%) dal 49.4% dell'anno prima e solo il 6.4% della popolazione risiede in una "piena democrazia", era l'8.4% nel 2020, www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/.

[2] Basti citare il noto scandalo Cambridge Analytica connesso alla *Brexit* o la propaganda di odio che ha alimentato il genocidio della popolazione Rohingya in Myanmair, si veda il Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar del Human Rights Council delle Nazioni Unite del 12 settembre 2018 A/HRC/39/64. Entrambi gli episodi hanno visto un ruolo strumentale di Facebook.

Boulé, il Consiglio dei 500, nata inizialmente come organo aristocratico, come il Senato romano. L'istituto del sorteggio si fondava sull'uguaglianza dei cittadini e mirava ad evitare le interferenze che censo o posizione sociale avrebbero esercitato su altre modalità di selezione. Le leggi venivano votate dall'Ecclesia, assemblea di tutti i cittadini, ma solo su iniziativa della *Boulé*, erano quindi l'esito di un processo che coniugava democrazia deliberativa e diretta.

La nuova primavera della democrazia deliberativa fondata sul sorteggio risale agli ultimi due decenni. Particolarmente significativi, in materia, sono stati gli studi condotti in sede OCSE[3], che seguono, in realtà, alcuni autorevoli esperimenti condotti a livello nazionale su questioni di primaria importanza, e ne precedono altri. In Europa, dopo la crisi finanziaria del 2008 sia l'Irlanda che l'Islanda hanno sperimentato modalità di revisione costituzionale con questa formula. Si tratta tuttavia di una tendenza globale[4].

In Belgio, nella minoranza di lingua tedesca, un esperimento di questo tipo ha assunto natura permanente, con la denominazione G1000 Citizens' Summit[5]. Analogamente, *un'Assemblée Citoyenne* permanente esiste a Parigi dal novembre 2021[6]. Rendere lo strumento permanente ha una valenza ulteriore, serve a comunicare ai cittadini il messaggio implicito nella rotazione: se una riforma costituzionale può vedere una persona coinvolta in via occasionale, sapere che la composizione si rinnova periodicamente per sorteggio o che i *panel* affiancano sistematicamente le iniziative legislative comunica il messaggio che presto o tardi possa capitare a chiunque, aumentando l'attenzione e l'interesse dei cittadini nei confronti della cosa pubblica. L'obiettivo è rendere tutti potenziali attori. Numerosi movimenti della società civile supportano queste sperimentazioni[7] e offrono una fattiva collaborazione.

[3] OECD *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions Catching the Deliberative Wave*, 10 June 2020; Id., *Eight ways to institutionalise deliberative democracy*, in *OECD Public Governance PolicyPapers*, n. 12, 14 December 2021, consultabili *online.*

[4] Si vedano, tra le altre, l'esperienza della British Columbia in Canada nel 2004 e dell'Australia nel 1998. Per un approfondimento si rinvia a G. Sgueo, *The Practice of Democracy. A selection of civic engagement initiatives*, Bruxelles, 2020, reperibile al *link* www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2020)651970.

[5] www.g1000.org/en.

[6] www.paris.fr/pages/assemblee-citoyenne-20187.

[7] Si vedano i firmatari del Manifesto "Pour une Assemblée citoyenne européenne" www.lejdd.fr/International/tribune-pour-une-assemblee-citoyenne-europeenne o l'at-

La democraticità del processo, tuttavia, non è solo nel sorteggio, che traduce in pratica un'idea di pari opportunità, quanto e ancor più nel momento deliberativo: nell'esercizio del confronto che porta alla formulazione delle scelte. La dottrina maggioritaria si dimostra propensa a coniugare questo tipo di assemblea con quello tipico della democrazia rappresentativa: l'esito dell'assemblea cittadina funge quindi da lavoro preparatorio rispetto al dibattito parlamentare. In alcune esperienze, tuttavia, si coniuga con la democrazia diretta, qualora vi sia una successiva ratifica per referendum[8]. Non manca infine chi asserisce che la c.d. *lottery democracy* possa integralmente soppiantare le assemblee elettive.

Oggi come allora, la democrazia deliberativa, si basa sulla discussione pubblica: essa richiede assemblee, *panel*, agorà in cui un numero dato di persone (non elette) – anche definito un *minipublic*[9] – si riunisce per raggiungere insieme delle conclusioni. L'esercizio, che ha l'obiettivo di smussare le differenze attraverso il dialogo e la comprensione delle ragioni dell'altro, è quello di portare ai rappresentanti eletti un prodotto "semilavorato" che tenga già conto di una varietà di interessi in conflitto e della loro possibile composizione. Il risultato è tanto più utile quanto più si riesce a rappresentare questa diversità all'interno del *panel*.

L'evoluzione tecnologia ha portato due importanti fattori evolutivi nel processo.

Il primo è nel fatto che il sorteggio può essere fatto attraverso un algoritmo finalizzato a rispecchiare le diversità all'interno del corpo sociale o a privilegiare determinate categorie specificamente interessate. I quattro *panel* costituiti nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa sono stati intesi prestando attenzione ad entrambi gli obiettivi: rispecchiavano infatti la diversità socioeconomica, geografica e di genere e allo stesso tempo privilegiavano la categoria dei cittadini sotto i 25 anni, a cui era assegnato un terzo dei posti.

tività dell'ONG Democracy Next, animata da Claudia Chwalisz, coordinatrice del gruppo di lavoro a cui si deve il OECD *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions*, cit.

[8] Si vedano*, ex multis*, D. Van Reybrouck, *Against Elections: a Case for Democracy*, New York, 2016; H. Landemore, *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*, Princeton, 2022.

[9] Si vedano V. Jacquet, *The Role and the Future of Deliberative Mini-publics: A Citizen Perspective*, in *Political Studies*, vol. 67, n. 3, 2019, pp. 639-657; K. Grönlund, A. Bächtiger, M. Setälä, *Deliberative Mini-Publics: Involving Citizens in the Democratic Process*, Colchester, 2014.

Il secondo è nel fatto che l'intelligenza artificiale può contribuire significativamente a mettere a fattor comune le idee e a organizzare gli esiti delle discussioni per estrarne la volontà condivisa e le principali opzioni. Anche questo è stato sperimentato nel processo summenzionato, che ha visto l'analisi quantitativa e qualitativa dei testi supportata da un programma di *text mining*[10].

3. La Conferenza sul Futuro (di seguito CoFoE) è stata ampiamente studiata in dottrina[11]. Ciò che più interessa in questa sede è il modo in cui i *panel* dei cittadini, una componente importante del processo, si collochino all'interno di un filone evolutivo della democrazia contemporanea, dimostrando come l'Unione sia – ancora una volta – un laboratorio di democrazia sovranazionale. I più recenti sviluppi in sede europea dimostrano come questa modalità deliberativa sia destinata a innestarsi nei processi decisionali dell'Unione e ad occuparvi un posto permanente, un'ipotesi non del tutto nuova[12], ma oggi confermata.

[10] Si rinvia in proposito a F. Martines, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: prime valutazioni sugli strumenti di partecipazione, il processo deliberativo e il follow up*, in *I Post di AISDUE*, *Focus "Conferenza sul futuro dell'Europa"*, 29 luglio 2021, reperibile *online*, in particolare p. 15.

[11] Tra gli altri, segnaliamo F. Raspadori, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e le colonne d'Ercole della distanza dai cittadini*, in *BlogDUE*, 24 giugno 2022, reperibile *online*; G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 701-705; P. Severino, *La Conferenza sul futuro dell'Europa. Prospettive di un modello di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2022, pp. 167-170; G. Tesauro, *Una nuova revisione dei Trattati per conservare i valori dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, *Focus "Conferenza sul futuro dell'Europa"*, 18 giugno 2021, reperibile *online*; A. von Bogdandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 699-701; A. Alemanno, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être*, in *European Law Journal*, nn. 5-6, 2020, pp. 484-508; L. Eymard, *From the French Citizen' Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A Participatory Science and Democracy Perspective*, in *European Law Journal*, vol. 26, nn. 1-2, 2020, pp. 136-140; B. Nascimbene, *Dalla "paura" all'"ambizione". L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2020, pp. 160-164; F. Fabbrini, *The Conference on the Future of Europe: Process and Prospects*, in *European Law Journal*, vol. 26, nn. 5-6, 2020, pp. 401-414; L. Lionello, *Gli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di revisione dei Trattati*, in *BlogDUE*, 29 maggio 2022, reperibile *online*; F. Martines, *op. cit*.

[12] F. Cengiz, *Bringing the Citizen Back into EU Democracy: Against the Input-Output Model and Why Deliberative Democracy Might Be the Answer*, in *European Politics and Society*, vol. 19, n. 5, 2018, pp. 577-594.

Sicuramente non immaginava tali sviluppi il Presidente Macron[13] a cui si deve la paternità dell'idea nel 2019. L'iniziativa vera e propria della CoFoE va attribuita alla Presidente von der Leyen nel suo discorso di insediamento e programma di lavoro[14]. Le altre istituzioni politiche dell'Unione avrebbero seguito, soprattutto il Parlamento che è rimasto un attore importante durante l'intero processo e anche successivamente[15]. Nel marzo 2021, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione europea concordavano, in una Dichiarazione comune, le regole e i principi comuni su cui l'esercizio democratico sarebbe stato fondato[16] – a cui promettevano un seguito[17], che rimaneva tuttavia sufficientemente ambiguo da non garantire certezze quanto alla possibilità di una revisione dei Trattati europei. In questo documento si conveniva su una gestione della CoFoE condivisa tra le tre istituzioni.

I quattro *panel* dei cittadini istituiti nell'ambito della CofoE, sono stati composti da 200 persone ciascuno, sorteggiate tra i 27 Stati membri, rappresentative della diversità sociologiche dell'Unione per origine geografica (cittadinanza e contesto urbano/rurale), per genere, età, contesto socioeconomico e livello di istruzione, di cui un terzo compre-

[13] Si veda la sua lettera "Per un Rinascimento europeo" pubblicata sul sito dell'Eliseo il 4 marzo e sulle maggiori testate giornalistiche europee il 5 marzo 2019.

[14] In U. von der Leyen, *A Union that strives for more: My agenda for Europe. Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024*, Bruxelles, possiamo leggere: "I want Europeans to build the future of our Union. They should play a leading and active part in setting our priorities and our level of ambition. I want citizens to have their say at a Conference on the Future of Europe, to start in 2020 and run for two years. The Conference should bring together citizens, including a significant role for young people, civil society and European institutions as equal partners", p. 19.

[15] Per il Consiglio dell'Unione si veda *Conference on the Future of Europe - Revised Council Position*, doc. 5911/21, 3 February 2021. Per il Parlamento europeo si veda *Conference on the future of Europe, Main outcome of the Working Group*, doc. PE 644.153/CPG, 19 December 2019.

[16] *Dichiarazione comune sulla conferenza sul futuro dell'Europa. Dialogo con i cittadini per la democrazia - Costruire un'Europa più resiliente* www.futureu.europa.eu/uploads/decidim/attachment/file/14/IT__DICHIARAZIONE_COMUNE_SULLA_CONFERENZA_SUL_FUTURO_DELL.pdf.

[17] Così nel sesto capoverso: "Noi, presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea desideriamo che i cittadini prendano parte al dibattito e dicano la loro sul futuro dell'Europa. Ci impegniamo congiuntamente ad ascoltare gli europei e a dare seguito alle raccomandazioni formulate dalla conferenza, nel pieno rispetto delle nostre competenze e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dai trattati europei. Coglieremo l'occasione per sostenere la legittimità democratica e il funzionamento del progetto europeo e per consolidare il sostegno dei cittadini dell'UE a favore di obiettivi e valori comuni, dando loro ulteriori opportunità di esprimersi".

so tra i 16 e i 25 anni. Questi corrispondevano a quattro aree tematiche: (i) Un'economia più forte, giustizia sociale e occupazione/Istruzione, cultura, gioventù e sport/Trasformazione digitale; (ii) Democrazia europea/valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza; (iii) Cambiamento climatico e ambiente/Salute; (iv) L'UE nel mondo/Migrazione. I *panel* si sono incontrati tre volte, di cui una online, per sessioni di due giorni ciascuna. Ai *panel* europei si sono aggiunti dei *panel* nazionali, ma solo in sei Stati membri (Belgio, Germania, Francia, Italia, Lituania e Paesi Bassi). Anche le raccomandazioni di questi ultimi sono confluite nella Plenaria della Conferenza.

La vaghezza degli obiettivi e l'ampiezza dei temi non hanno aiutato ad approfondire la discussione: i macro-temi coprono approssimativamente tutto l'ambito delle attività dell'Unione e vanno anche al di là di questa. Se, da un lato, ciò ha consentito uno scambio molto aperto sul futuro, dall'altro non ha aiutato a focalizzare la discussione sulle politiche piuttosto che sul processo di integrazione, portando invece a frammentare il discorso relativo a quest'ultimo e alle revisioni orizzontali, come quella relativa al processo decisionale, sebbene la richiesta di abolizione del voto all'unanimità sia emersa in più sedi e momenti nel corso dell'intero processo.

É stato poi costituito un Comitato esecutivo, composto da una rappresentanza paritaria del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione con il compito di occuparsi della gestione della Conferenza, a cui si sono aggiunti degli osservatori in rappresentanza di altri attori istituzionali.

La Plenaria era anch'essa un'assemblea deliberativa, ed il collettore di tutti questi processi paralleli, nonché la sede in cui i cittadini hanno discusso con i rappresentanti delle istituzioni. Dei 449 componenti in tutto, 108 erano membri del Parlamento europeo e altrettanti dei Parlamenti nazionali (su un piano di parità), 54 del Consiglio dell'Unione – due per Stato – 3 della Commissione, 18 del Comitato delle Regioni, 18 del Comitato economico e sociale, 8 in rappresentanza delle parti sociali, 8 della società civile, 108 cittadini, di cui 80 rappresentanti (sorteggiati anch'essi) dei *panel* dei cittadini, 27 membri dei *panel* nazionali o di eventi della Conferenza e il presidente del Forum europeo della gioventù. Già solo questa composizione dimostra come anche la Plenaria sia un'interessante oggetto di studio sulla democrazia deliberativa.

L'enorme quantità di sollecitazioni giunte alla plenaria dai *panel* europei e nazionali e dalla piattaforma *online*, organizzata e razionaliz-

zata grazie all'intelligenza artificiale, è stata oggetto di dibattito in sette sessioni di due giorni ciascuna, e in gruppi di lavoro. Al termine dei lavori, la plenaria ha inviato le sue proposte al Comitato esecutivo che ha elaborato la relazione finale[18].

La Conferenza si è conclusa il 9 maggio con la presentazione della Relazione finale ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea. La relazione include 49 proposte che comprendono più di 300 provvedimenti articolati su 9 temi. Dopo la conclusione della Conferenza, le istituzioni dell'Unione hanno iniziato una riflessione sul seguito da dare alle proposte. Il 10 giugno 2022 il Consiglio – in realtà il suo segretariato – ha pubblicato una prima valutazione tecnica delle proposte a giugno ed un aggiornamento a novembre[19]: si tratta di un testo imparziale che per ogni proposta verifica lo stato dell'arte e ciò che può essere fatto nell'ambito delle competenze e delle basi giuridiche esistenti, e di ciò che invece richiede revisioni ai trattati. Il 4 maggio 2022 il Parlamento aveva già adottato una risoluzione sul seguito da dare alla Conferenza[20], e poco dopo, il 17 giugno, si sarebbe espressa la Commissione con una comunicazione[21]. Il tono delle due istituzioni sovranazionali è stato ben diverso da quello del Consiglio, poiché entrambe manifestano nitidamente l'intenzione di schierarsi dalla parte dei cittadini e di rispondere alle loro aspettative. La Commissione, infatti, predisponeva un'analisi analoga a quella del Consiglio, ma in una prospettiva più politica, suddividendo le 49 proposte in categorie a seconda che vi fossero iniziative legislative già *in itinere*, azioni pianificate per dar seguito alle proposte e nuove iniziative, ma anche richieste che necessitassero di revisione dei Trattati. La Commissione dichiarava anche la propria intenzione di rimanere "dalla parte di chi vuol riformare l'Unione per farla funzionare meglio", anche attraverso la riforma dei Trattati, se necessario, come potrebbe esserlo nei settori della salute e della sicurezza. Il Parlamento è stato ancor più diretto. É del 9 giugno la risoluzione che contiene la richiesta formale di convocare una

[18] La relazione sul risultato finale è disponibile al *link* www.politicheeuropee.gov.it/media/6698/20222472_it_04.pdf.

[19] Doc 1033/22 e Doc 10033/1/22 REV 1, reperibili *online*.

[20] Risoluzione del Parlamento europeo, del 4 maggio 2022, sul seguito da dare alle conclusioni della Conferenza sul futuro dell'Europa, 2022/2648(RSP).

[21] Comunicazione dalla Commissione, *Conferenza sul Futuro dell'Europa. Dalla visione all'azione*, 17 giugno 2022, COM (2022) 404final.

Convenzione per la revisione dei Trattati, quale atto di iniziativa ai sensi dell'art. 48 TUE[22].

Il Consiglio europeo si è dimostrato reticente nelle sue conclusioni del 23-24 giugno[23]. Sembra, peraltro, non avere colto l'opportunità offerta dalla Conferenza quantomeno per aggiornare la propria agenda strategica 2019-2024[24], che andrebbe rivista in ogni caso date le evoluzioni del contesto internazionale e delle priorità dell'Unione dal 2019 ad oggi.

4. L'obiettivo di accorciare la distanza tra l'Unione e i suoi cittadini[25] – sia pure nel silenzio dei grandi media – *è stato parzialmente raggiunto.* L'impatto del lavoro svolto dai cittadini europei che hanno dialogato nella Plenaria e nel *follow-up* con le tre istituzioni politiche dell'Unione è innegabile, questo legittima una serie di passi che il Parla-

[22] Risoluzione del Parlamento europeo, del 9 giugno 2022, sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati (2022/2705(RSP)), questa si pone in una linea di continuità con le precedenti risoluzioni del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea e del 13 febbraio 2019 sullo stato del dibattito sul futuro dell'Europa.

[23] In particolare, al punto VI dedicato alla CoFoE si legge: "27. Il Consiglio europeo prende atto delle proposte contenute nella relazione sui risultati della Conferenza presentata ai tre copresidenti. La Conferenza ha rappresentato un'opportunità unica per dialogare con i cittadini europei. 28. Le istituzioni devono garantire un seguito efficace alla relazione, ciascuna nell'ambito delle rispettive competenze e conformemente ai trattati. Il Consiglio europeo prende atto che sono già stati intrapresi lavori al riguardo. 29. Ricorda l'importanza di garantire che i cittadini siano informati del seguito dato alle proposte formulate nella relazione".

[24] Reperibile *online*: www.consilium.europa.eu/media/39937/a-new-strategic-agenda-2019-2024-it.pdf. Come osserva R. Drachenberg, *The Conference on the Future of Europe and the European Council: How far is there a shared policy agenda for the future?*, in *European Parliamentary Research Service*, PE 730.325 – June 2022, in particolare p. 3 "An initial comparison of the 49 objectives identified by the CoFoE with the Strategic Agenda and subsequent European Council conclusions shows that, for 37 objectives, there is either partial (16) or significant (21) convergence with the priorities identified by the European Council, while for 12 objectives there is limited or no convergence".

[25] In U. von der Leyen, *A Union that strives for more*, *op. cit.*, "I want Europeans to build the future of our Union. They should play a leading and active part in setting our priorities and our level of ambition. I want citizens to have their say at a Conference on the Future of Europe, to start in 2020 and run for two years. The Conference should bring together citizens, including a significant role for young people, civil society and European institutions as equal partners", p. 19.

mento e la Commissione hanno già compiuto ed esercita una pressione sul Consiglio, a prescindere da quello che ne sarà l'esito.

Il 2 dicembre 2022 si è tenuto presso il Parlamento europeo a Bruxelles un evento "di *feedback*" sul seguito da dare alla CoFoE. L'incontro ha riunito i cittadini che hanno preso parte ai *panel*, i rappresentanti delle istituzioni ed altri componenti della Plenaria. All'esito di questo incontro, una lettera aperta è stata indirizzata al Consiglio – l'unica istituzione politica che non si è ancora pronunciata sulle proprie intenzioni – intitolata "Usage of the Conference proposals". Il 21 dicembre, il Consiglio, rispondendo a questa lettera con una risposta altrettanto aperta – "Reply to citizens' open letter"[26] – a firma della Presidenza ceca, ringraziava i cittadini per l'impegno profuso e assicurava di aver già avviato un percorso per dare seguito ad una serie di proposte nell'ambito delle proprie competenze. Quanto alla revisione dei Trattati, però, faceva presente ai cittadini la competenza a decidere in merito del Consiglio europeo secondo la procedura prevista dall'art. 48 TUE, senza fare mistero del lungo percorso e dell'esito incerto nel caso tale passo fosse compiuto. Lo scambio di lettere tra Consiglio e cittadini è un surreale inedito nell'esperienza democratica europea.

L'improbabilità che si arrivi ad una revisione dei Trattati, come sarebbe necessario ove si volesse dare seguito alle proposte che prevedono un'estensione o un rafforzamento delle competenze o alterazioni al processo decisionale sembra alquanto improbabile con le attuali regole che impongono l'unanimità tenuto conto dell'attuale clima politico. Gli stessi Stati hanno espresso in documenti dichiaratamente informali le loro posizioni divergenti[27]. Questo non vanifica l'esercizio democratico, destinato comunque a produrre conseguenze importanti.

[26] Si tratta del documento SGS22/05516, tanto questo che la lettera sono disponibili sul sito del Consiglio, seppure non menzionati nella pagina dedicata alla conferenza sul futuro e quindi non particolarmente in evidenza.

[27] L'Italia ha preso posizione molto presto, con un documento denominato *Non-paper italiano sulla Conferenza sul futuro dell'Europa, del 14 febbraio 2020,* www.politicheeuropee.gov.it/en/conference-on-the-future-of-europe/documents/italian-non-paper. Il Governo italiano si è detto decisamente favorevole a una sostanziale revisione dei Trattati europei a seguito della CoFoE. Più morbido, ma aperto alla revisione dei Trattati, il *Non-paper* presentato da Germania, Belgio, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna "*on implementing the proposals of the Plenary of the Conference on the Future of Europe*", 13 May 2022, www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2022D20911&did=2022D2091. 1 Molto più vago e senza alcun riferimento alla revisione dei Trattati il *Non-paper Conference on the Future of Europe: Common approach* sottoscritto da Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Let-

I lavori nei *panel* sono stati oggetti di approfondite analisi per capire cosa ha o non ha funzionato e come l'esperimento possa essere migliorabile. Come sottolineano i membri dell'*High Level Advisory Group* convocato da quattro prestigiosi *think tank*[28], si poteva fare miglior uso degli esperti e provvedere i cittadini con un po' di informazione di contesto in più prima di affrontare temi così delicati, magari dando loro il tempo di assorbire le informazioni prima dei dibattiti nelle plenarie anziché comprimendo tutto nelle sessioni: esperti, dibattito nei gruppi, dibattito in plenaria. Anche la difficoltà nel raccordo tra i *panel* e la plenaria è stato oggetto di analisi critica, essendo stato affidato a cittadini sorteggiati all'interno di ciascun *panel* con l'onere impegnativo di rappresentarne le conclusioni. Tutti questi aspetti possono essere oggetto di progressive messe a punto dello strumento, cosa che solo l'esperienza consentirà di fare.

5. La volontà dei cittadini di continuare a partecipare e deliberare, *è* espressa a chiare lettere nella proposta 36, n. 7 della Relazione finale: "organizzare periodicamente assemblee dei cittadini, sulla base del diritto dell'UE giuridicamente vincolante. I partecipanti devono essere selezionati in modo casuale, con criteri di rappresentatività, e la partecipazione dovrebbe essere incentivata. Se necessario, ci sarà il supporto di esperti in modo che i membri dell'assemblea dispongano di informazioni sufficienti per deliberare. Se i risultati non saranno presi in considerazione dalle istituzioni, tale scelta dovrebbe essere debitamente motivata […]"[29].

Dunque, se l'obiettivo iniziale della convocazione della CoFoE era coinvolgere i cittadini nella stesura di una nuova agenda collettiva su cui basare l'attività dell'Unione nei prossimi anni, superando la percepita distanza tra cittadini e istituzioni e la sensazione di tecnocraticità, alimentata da una narrativa euroscettica non sempre fedele alla realtà, i

tonia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Olanda, Slovacchia e Svezia www.twitter.com/sweden2023eu/status/1523637827686531072?s=21&t=AyHxCfeE0w6i8yVGfKQfqQ.

[28] *Conference on the Future of Europe: What worked, what now, what next?*, cit.

[29] Come messo in evidenza anche da F. Martines, *op. cit.*, una proposta analoga è stata formulata dal Comitato delle Regioni in *Working Together to Bring the EU Closer to its Citizens: EU Cities and Regions' Key Proposals to Renew the EU (2019-2024)*, n. 3975, June 2019, reperibile *online*. Sull'argomento si veda lo studio commissionato dalla Commissione per gli Affari costituzionali del Parlamento europeo A. Alemanno, *Towards a Citizens'Permanent Participatory Mechanism in the EU*, PE 735.927, September 2022.

panel hanno rivelato a chi vi ha partecipato il piacere di contribuire e la convinzione che questo nuovo corso vada seguito senza riserve.

Particolarmente significativo, invece, il programma di lavoro della Commissione per il 2023[30], in cui possiamo leggere che una serie di misure legislative proposte sono già in cantiere[31] e che "In virtù del successo della Conferenza sul futuro dell'Europa, i *panel* di cittadini prendono ora parte alla definizione delle politiche della Commissione in taluni settori chiave. La nuova generazione di *panel* di cittadini delibererà sulle iniziative del prossimo anno in materia di sprechi alimentari, mobilità per l'apprendimento e mondi virtuali". Il *panel* destinato a supportare l'iniziativa legislativa in materia di spreco alimentare è già stato convocato a Bruxelles il 16 dicembre. Si tratta di un precedente che non ci stupiremmo di vedere presto o tardi codificato nei Trattati, come è avvenuto per gli strumenti di democrazia partecipativa di cui all'art. 11 TUE o per la Convenzione per la revisione dei Trattati menzionata all'art. 48 TUE. È prassi ormai consolidata nell'ordinamento dell'Unione approfittare delle periodiche revisioni per dare atto di evoluzioni già avvenute.

[30] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Programma di lavoro della Commissione per il 2023 Un'Unione salda e unita*, del 18 ottobre 2022, COM (2022) 548def.

[31] COM (2022) 404final, cit.; COM (2022) 548final, cit., p. 5.

IL CASO *RANDSTAD* PER QUALCHE RIFLESSIONE SULL'ATTUALITÀ DEL DIALOGO TRA CORTI E L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

Valeria Capuano[*]

SOMMARIO: 1. Premessa (personale). – 2. I fatti all'origine del caso *Randstad* e le speranze… – 3. …Disattese: la sentenza della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2021. – 4. L'ordinanza d'accoglimento delle SS.UU del 30 agosto 2022. – 5. Il rinvio pregiudiziale come soluzione ai contrasti tra giudici nazionali? – 6. Brevi considerazioni finali.

1. Per chi, come la sottoscritta, ha avuto il privilegio di conoscere bene Giuseppe Tesauro scegliere di riportare un singolo incontro per onorarne la memoria, appare arduo. I ricordi sono troppi, molti ancora frequenti e velati da chiara malinconia e, certamente, non tali da essere qui riassunti in poche righe.

Pertanto, per commemorare personalmente il Nostro, ci limitiamo a sviluppare alcune considerazioni partendo dall'oggetto della nostra ultima conversazione perché la più nitida, la più nostalgica ma, soprattutto, perché è la prova che fino alla fine il suo spirito giovane, appassionato dello studio e, ancor di più, della vita non ha mai cessato di essere. Negli ultimi mesi, anche a causa delle restrizioni Covid, gli incontri dal vivo erano divenuti radi, sostituiti da telefonate in cui si temeva di farlo affaticare troppo. Qualche giorno prima di quell'incontro telefonico era apparso in un *webinar* visibilmente stanco, così volli rassicurarlo sul fatto che l'apparenza era totalmente smentita dalla lettura del Suo commento all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020[1], in cui la Sua vivacità e freschezza intellettuale si imponevano come d'abitudine, fugando qualsiasi timore sul Suo effettivo stato di salute. Fu lieto delle mie parole, ribaltando come sempre i ruoli, insegnando fino all'ultimo l'importanza del confronto e il Suo disprezzo per l'autoreferenzialità, pregandomi, infine, di far leggere quello scritto

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea all'Università di Napoli "Parthenope".

[1] G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, n. 34, 16 dicembre 2016.

ad una persona a Lui cara. Non v'è chi non legga in quello che è tra i Suoi ultimi lavori[2] come la Sua mente non abbia subito mai nessun arresto o indebolimento, come invece il respiro affannoso poteva pure suggerire. (Anche) in quello scritto emerge il Suo amore incondizionato per il diritto, per il ragionamento giuridico, la Sua capacità di critica sempre garbata e costruttiva ma, soprattutto, la speranza che – grazie all'aiuto del Suo amato ordinamento comunitario – si sarebbe raggiunta, pure in quell'occasione, "la massima tutela dei diritti dei singoli".

La decisione che qui si segnala è quella con cui le SS. UU. della Cassazione hanno accolto la sentenza *Randstad*[3], ponendo così fine alla tortuosa vicenda cominciata con l'ordinanza di rinvio in quella sede commentata dal Prof. Tesauro. L'ordinanza delle Sezioni Unite del 30 agosto 2022[4] rappresenta, infatti, l'ultimo atto di un acceso confronto tra gli stessi giudici nazionali (Sezioni Unite, Consiglio di Stato, Consulta) che aveva fatto intravedere nel giudice europeo un possibile arbitro. Come noto, invece, nel caso di specie la Corte di giustizia non ha voluto entrare a gamba tesa negli "affari di famiglia" dell'ordinamento italiano, ripiegando su una pronuncia anomala e certamente lontana da quanto prefigurato in quell'articolo. Da qui qualche riflessione sullo stato della giurisprudenza comunitaria e sull'attualità del ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti che resta, a nostro giudizio, la preoccupazione più cara nell'analisi giuridica di Giuseppe Tesauro, in qualsiasi sede Egli l'abbia esercitata.

2. I fatti all'origine del caso *Randstad* sono ben noti e in altre sede riportati e discussi con maggiore autorevolezza e, per questioni di spazio, ad esse si rinvia[5].

[2] Si ricorda l'ultimo scritto di G. Tesauro, *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 18 giugno 2021.

[3] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad*.

[4] Ordinanza della Corte di Cassazione, sezione unite civili, del 30 agosto 2022, n. 25503.

[5] L'Azienda Usl Valle d'Aosta aveva indetto una procedura di gara al fine di individuare una società cui affidare la somministrazione temporanea di personale a tempo determinato. La Stazione appaltante aveva previsto negli atti di gara una "soglia di sbarramento" alle offerte tecniche per cui non sarebbero stati ammessi al prosieguo della gara i concorrenti il cui progetto fosse stato valutato con un punteggio inferiore a quanto stabilito. La Randstad per mancato superamento del suddetto punteggio era stata esclusa dal prosieguo della valutazione e, pertanto, al termine dell'aggiudicazione della gara impugnava, dinanzi al Tar, la propria esclusione per il mancato superamento della "soglia di sbarramento". La ricorrente contestava, inoltre, il risultato finale della

Ci limitiamo qui a ricordare come in questa occasione si è palesato un conflitto tra Consiglio di Stato e Cassazione in merito alla possibilità di allargare le maglie dell'art. 111, comma 8, cost. Il riferimento è, in trasparenza, alle chiusure operate dalla Consulta nella sentenza

commissione aggiudicatrice deducendo, tra l'altro, la riammissione alla gara. D'altro canto, l'Usl nonché l'azienda vincitrice eccepivano l'inammissibilità dei motivi di ricorso sulla base dalla mancata legittimazione a ricorrere della Randstad, essendo essa stata esclusa dalla gara. Il Tar rigettava le eccezioni delle resistenti, giudicando la ricorrente legittimata ad agire poiché in possesso dei requisiti di ammissione. Tuttavia, il Tar, esaminando tutti i motivi di ricorso, li rigettava nel merito. La Randstad decideva così di ricorre in appello dinanzi al Consiglio di Stato che, diversamente dal giudice di prime cure, con sentenza del 7 agosto 2019, rigettava il motivo del ricorso principale con cui si contestava l'attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento della "soglia di sbarramento", riformando parzialmente la sentenza impugnata nella parte in cui il Tar aveva esaminato nel merito gli altri motivi del ricorso principale. Infatti, secondo il Consiglio di Stato, tali motivi non sarebbero dovuti essere esaminati poiché inammissibili, essendo la Randstad priva di legittimazione a proporli in quanto esclusa dalla gara e quindi "portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara". La Randstad decideva, pertanto di ricorrere in Cassazione avverso questa sentenza, deducendo la violazione degli articoli 362, comma 1, cod. proc. civ. e 110 cod. proc. Amm. Secondo la ricorrente, infatti, il Consiglio di Stato aveva negato ad un soggetto escluso dalla gara (con provvedimento *non* definitivamente accertato) la legittimazione e l'interesse a ricorrere, violando il principio di effettività della tutela giurisdizionale, stabilito in materia di appalti all'articolo 1, par. 1, terzo comma, della direttiva Cee, del 21 dicembre 1989, n. 665, e per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, come statuito in precedenti specifici delle Sezioni Unite. Cfr. P. Iannuccelli, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in *BlogDUE*, 8 febbraio 2022; R. Baratta, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2021; C. Curti Gialdino, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per "motivi inerenti alla giurisdizione*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 12; G. Agrati, A. Ciprandi, R. Torresan, *Il rinvio pregiudiziale nel "caso* Randstad*": riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, n. 3, 10 giugno 2021, p. 69; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione*, in *giustiziainsieme.it*, 10 novembre 2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *giustiziainsieme.it*, 7 ottobre 2020; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *giustiziainsieme.it*, 30 novembre 2020; P. Biavati, *Il rilievo della questione pregiudiziale europea fra processo e giurisdizione*, in *giustiziainsieme.it*, del 14 gennaio 2021; B. Nascimbene, P. Piva, *Rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

n. 6/2018[6] che costituisce un importante arresto dell'interpretazione dinamica auspicata dalle Sezioni Unite, affermando che "allo stato attuale del diritto costituzionale italiano, non è ammissibile equiparare un motivo vertente su una violazione del diritto dell'Unione a un motivo inerente alla "giurisdizione", ai sensi del citato articolo 111, ottavo comma, della Costituzione"[7].

Tra i motivi dell'ordinanza emergono incontrovertibilmente gli auspici delle Sezioni Unite che hanno visto nel caso *de qua* un'occasione per introdurre nel nostro ordinamento una lettura nuova e contemporanea dell'art. 111 Cost. Tale posizione è stata pienamente condivisa da Tesauro, sottolineando come le norme, finanche quelle costituzionali, vadano sempre aggiornate al contesto storico di riferimento. In tal senso Questi ricordava nel citato articolo come "(i)n Assemblea costituente vi fu una seria e vivace discussione sul tema dei limiti del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. In particolare, Costantino Mortati e Giovanni Leone con posizioni opposte approfondirono le ragioni per limitare ai soli motivi di giurisdizione il sindacato della Cassazione sulle decisioni delle giurisdizioni speciali amministrativa e contabile"[8]. Orbene, se le motivazioni che giustificavano tali restrizioni allora gli apparivano chiare e "da condividere senza riserve", non altrettanto era disposto ad accettare nell'attuale contesto ordinamentale in cui – dopo più di 70 anni – emerge "uno scenario non poco diverso"[9]. In altri termini, il Prof. Tesauro ha letto con toni entusiasti la proposizione della questione, evidenziando come un suo eventuale accoglimento (e dunque il superamento della sentenza n. 6/2018) avrebbe aperto "scenari di rilievo" in termini di "disapplicazione" della norma costituzionale, non temendo la spada dei contro limiti, ma valorizzando ulteriormente il dialogo tra le Corti.

3. La conclusione preconizzata in quella sede dal Prof. Tesauro non ha, tuttavia, trovato riscontro nella risposta fornita dalla Corte di giustizia (in Grande Sezione) con la sentenza del 21 dicembre 2021.

[6] Sentenza della Corte costituzionale del 18 gennaio 2018; per un commento, *ex multis* P. Tomaiuoli, *L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2018.

[7] Principio già statuito dalle Sezioni Unite nella sentenza del 6 febbraio 2015, n. 2242 e nella sentenza del 29 dicembre 2017, n. 31226.

[8] G. Tesauro, *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione*, cit., p. 237.

[9] G. Tesauro, *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione*, cit., p. 239.

Quest'ultima riformulando il primo quesito[10] ha deciso di indagare esclusivamente[11] sulla domanda relativa all'accertamento del pregiudizio della tutela giurisdizionale garantita dall'art. 4, par. 3 e dall'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, aggiungendo il parametro dell'art. 1, par. 1 e 3 della direttiva 89/665/CEE (modificato dalla direttiva 2014/23/UE) letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[12]. Se tale riformulazione ha favorito la Corte nel ricevere il rinvio, evidenziando nel caso di specie la pertinenza della questione, d'altra parte non l'ha convinta nel merito del dubbio sollevato.

Secondo la Corte, infatti, una normativa nazionale che non consente all'organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro di annullare una sentenza pronunciata in violazione del diritto dell'Unione dal supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato, non viola il principio ad una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi non è in contrasto col diritto dell'Unione. In particolare, secondo i giudici lussemburghesi, l'art. 111, par. 8, Cost, come interpretato dalla sentenza n. 6/2018 della Consulta, è risultato conforme ai parametri di effettività ed equivalenza richiesti dal principio dell'autonomia procedurale. Con riguardo al principio di equivalenza dagli elementi dedotti in causa è emerso che i limiti al ricorso in cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato si applichino ugualmente sia in caso di disposizioni di diritto dell'Unione che di diritto interno, non evidenziando alcuna discriminazione. Quanto all'effettività, la Corte ha ricordato che il diritto comunitario non obbliga gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già esistenti, a meno che il diritto interno ne sia sprovvisto. Sul punto la sentenza ha invitato, come da formula, il giudice del rinvio a verificare se, nei fatti, nel settore dell'aggiudicazione degli appalti pubblici tale rimedio sussista. Eppure la Corte ha sottolineato che dagli argomenti dedotti in causa non vi fossero elementi atti a ritenere che l'ordinamento italiano non garantisce o rende eccessivamente

[10] Come ricordato nella stessa pronuncia punto 42 "spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte (sentenza del 15 luglio 2021, causa C-709/20, *The Department for Communities in Northern Ireland*, punto 61 e la giurisprudenza ivi citata)".

[11] Non ritenendo utile, pertanto, rispondere al secondo quesito volto all'accertamento dell'obbligo di rinvio da parte del Consiglio di Stato, poiché la ricorrente non aveva dedotto tale motivo nell'ambito del suo ricorso per cassazione e ritenendo il terzo quesito assorbito nel primo.

[12] Conformemente a quanto proposto dalle conclusioni dell'Avvocato generale Hogan, del 9 settembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia SpA*, punto 67.

difficile l'esercizio di tali diritti. Per questi motivi, la Corte di giustizia ha sostenuto che la preclusione di cui all'art. 111, comma 8, come interpretato dalla Consulta nella sentenza 6/2018, non mina il principio di effettività, né comporta alcuna violazione dell'art. 19, par. 1, comma 2, del TUE, né delle specifiche norme sugli appalti. Il sistema vigente, a giudizio della Corte, conferisce ai singoli accesso ad un giudice indipendente ed imparziale e ad un doppio grado di giudizio, anche nel merito e, pertanto, non pregiudica la tutela giurisdizionale.

Fin qui nulla da contestare (almeno formalmente) alla soluzione scelta, se non fosse che la Corte ha deciso di non limitare la sua indagine, ma proseguire nel suo ragionamento accertando (*ultra petita)* che nel caso di specie la sentenza del Consiglio di Stato – che dichiarava irricevibile nel merito il ricorso della Randstad riformando la sentenza del Tar[13] – era incompatibile sia con il diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'art. 1 della direttiva 89/665 sia, più in generale con l'art. 47 della Carta.

Ne consegue una sentenza senz'altro eccentrica in cui la Corte di giustizia fa salve l'autonomia procedurale degli Stati, l'indipendenza del Consiglio di Stato e l'autorità del giudicato costituzionale eppure non risparmia di accertare la violazione da parte del Consiglio di Stato del diritto comunitario, ricordando che in questi casi sussiste l'antico rimedio del ricorso per inadempimento da parte della Commissione, nonché la possibilità per i singoli dell'azione risarcitoria contro lo Stato membro.

La Corte disattende, dunque, le previsioni del Prof. Tesauro che auguravano, in seguito al rinvio, la possibilità di una riforma o almeno di un'interpretazione dinamica dell'art. 111, comma 8, Cost., proprio alla luce dell'evidente contrasto sostanziale tra la sentenza del Consiglio di Stato con le norme europee. La soluzione offerta nel caso *Randstad* adotta un approccio poco lineare, che richiama la tutela effettiva ma non coglie l'occasione per garantirla. Cosa di più "effettivo" di una pronuncia pregiudiziale che avrebbe consentito una tutela *hic et nunc*, anziché rinviare ad altri ed eventuali ricorsi? Probabilmente, il Prof. Tesauro non avrebbe dato una lettura positiva di questa sentenza, ricordando quanto il coraggio e l'audacia della Corte siano state, invece, fondamentali per la tutela dei diritti[14]. Tuttavia, non abbiamo

[13] Punti 75 e 79.

[14] "In generale, l'intero sistema di controllo giurisdizionale affidato alla Corte di giustizia (compreso il Tribunale) ha avuto nei fatti un ruolo trainante, strutturale,

l'ardire di metterci nei suoi panni e, limitandoci più modestamente a riportare la nostra opinione, ci sembra che la sentenza *Randstad* sia da collocare più semplicemente in quella giurisprudenza della Corte desiderosa di "presenziare alla festa", senza peraltro imporsi. Il riferimento è, in particolare, alla recente sentenza *Hoffman – La Roche*[15] dove, ancora una volta, la Corte sembra salvare l'autonomia procedurale degli Stati membri indicando per la tutela dei singoli l'incerta strada dell'azione risarcitoria. In questo caso si trattava, nella sostanza, di ampliare i motivi dei ricorsi per revocazione al fine di impugnare una sentenza del Consiglio di Stato confliggente non solo con precedenti della Corte, ma con quanto da questa affermato in sede di rinvio pregiudiziale nel medesimo giudizio. In tal senso, il giudice del rinvio ha chiesto chiarimenti non solo sulla possibilità di ampliare i rimedi processuali nei casi in cui si rilevi una generica incompatibilità della sentenza nazionale con la giurisprudenza comunitaria, ma anche nel caso in cui essa, più specificamente, disattende il pertinente dispositivo stabilito in sede pregiudiziale[16]. Come anticipato, anche in questa occasione la Corte di giustizia ha giudicato compatibile la norma processuale nazionale (tra l'altro *non* costituzionale), con gli standard di equivalenza ed effettività legati al rispetto del principio dell'autonomia procedurale. Analogamente, nel motivare tale conclusione, la Corte ha rammentato che i singoli, qualora subiscano un danno da

rispetto al processo di integrazione europea realizzato con la Comunità, poi Unione. Ma anche quanto al rafforzamento della tutela dei diritti, fondamentali e non, negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, il ruolo della giurisprudenza del giudice dell'Unione non ha mancato di far sentire una significativa influenza, in particolare sotto il profilo del tasso di effettività della tutela, con un impegno sempre più attento per il massimo livello possibile. Basti pensare alla tutela cautelare (*Factortame)*, al risarcimento del danno patrimoniale per violazione del diritto dell'Unione (*Francovich e Brasserie de Pecheur)*, alla giurisprudenza in materia sociale e di difesa dell'ambiente, alla recente difesa dei valori primari di uno Stato di Diritto in alcuni Paesi membri di meno remota adesione, anche a voler tacere dell'effetto diretto", così G. Tesauro, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale: una riflessione sul caso Aventis/Lucentis e non solo*, in *federalismi.it*, n. 6, 18 marzo 2020, p. 189, spec. p. 191.

[15] Sentenza della Corte del 7 luglio 2022, causa C-261/21, *Hoffman – La Roche*, tra i primi commenti C. Schepisi, *Il tormentato rapporto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia e la revocazione per contrasto con il diritto dell'Unione (brevi riflessioni a margine della sentenza Hoffmann-La Roche)*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 8 novembre 2022.

[16] Sulla relativa ordinanza v. G. Tesauro, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*, cit.; B. Nascimbene, P. Piva, *op. cit*.

tale decisione irrevocabile, possono sempre chiedere il risarcimento allo Stato membro, essendo questi responsabile a prescindere se la condotta illecita sia stata cagionata dal potere legislativo, esecutivo o, appunto, giudiziario[17].

Il caso *Hoffman – la Roche* spegne, quindi, ulteriormente le speranze di potenziare i sistemi di tutela nazionale grazie all'attivismo dei giudici lussemburghesi che in questa pronuncia confermano l'approccio *self-restrained* della sentenza *Randstad*[18], eleggendo il risarcimento del danno a rimedio chiave per la tutela dei singoli, lasciando così il rispetto delle sentenze pregiudiziali, in prima battuta, alla "buona volontà" dei giudici nazionali.

4. Nell'ordinanza del 30 agosto 2022 le Sezioni Unite hanno recepito le indicazioni fornite dal giudice comunitario nella sentenza *Randstad*. Pare lecito ipotizzare che le Sezioni unite desiderassero un diverso dispositivo ma, nel rispetto degli equilibri stabiliti dal Trattato la decisione ha ricordato espressamente che quella sentenza "è vincolante per il giudice di rinvio (cfr. sentenza della Corte del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, punto 16), come lo sono tutte le statuizioni della Corte di giustizia, anche fuori del contesto processuale che le hanno provocate, avendo operatività immediata negli ordinamenti interni "al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono" (cfr. Corte cost. n. 284 del 2007). La portata del vincolo è modellata – come sempre – dal contenuto della statuizione che, nella specie, ha avuto ad oggetto la questione della compatibilità con le pertinenti norme unionali della interpretazione in senso limitativo delle disposizioni nazionali in tema di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, come emergente dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 che, dichiarando inammissibile una questione di costituzionalità proposta dalle stesse Sezioni Unite per difetto di rilevanza, aveva ritenuto ingiustificato il controllo cassatorio sulle sentenze del Consiglio di Stato, nei casi di violazione di norme dell'Unione, come interpretate dalla Corte di Giustizia"[19].

Quello che sorprende di questa pronuncia è, tuttavia, che la Suprema Corte pur allineandosi al giudizio della Corte di giustizia ha

[17] Punti 58 e 59.
[18] Punto 47.
[19] Punti 4 e 5 dell'ordinanza.

tenuto a sottolineare che la risposta fornita dalla Corte si conforma, tra l'altro, ad una sua giurisprudenza[20] in cui già prevaleva un atteggiamento auto-restrittivo. In altri termini, dall'ordinanza di accoglimento non emerge il sostanziale rigetto dell'interpretazione estensiva dell'art. 111, comma 8, proposta nell'ordinanza di rimessione, bensì la "conferma" "dell'atteggiamento di *self restraint* delle Sezioni Unite dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018" che ha così "superato il vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea sollecitato, in questo stesso giudizio"[21]. L'impressione è che le Sezioni Unite non vogliano ammettere di esser state deluse nella loro spinta innovatrice, ma piuttosto recepiscano la posizione della Corte di giustizia come implicita conferma di quanto già da esse sostenuto. Nell'ordinanza di accoglimento, infatti, si legge che "(s)ebbene non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello "stare decisis", la conferma dei propri precedenti da parte delle Sezioni Unite costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento (cfr. SS.UU., n. 13620, del 31 luglio 2012) che, nella fattispecie in esame, trova giustificazione ulteriore – per ragioni di coerenza processuale e prevedibilità della giurisdizione – se si considera che nello stesso giudizio sul ricorso *Randstad* l'opzione interpretativa circa il significato e l'ambito applicativo della categoria nazionale dell'eccesso di potere giurisdizionale è stata già compiuta in termini che, per le ragioni esposte, si reputano vincolanti"[22]. In altri termini, l'ordinanza di accoglimento nel decretare l'inammissibilità della questione pare quasi voler sottolineare un certo grado di soddisfazione per il (mancato) traguardo. Di certo, in questa ipotesi le Sezioni unite hanno correttamente recepito le indicazioni dei giudici lussemburghesi dando prova del buon funzionamento della macchina pregiudiziale dal punto di vista formale. D'altro canto, tuttavia, qualche riferimento all'*ultra petita* della Corte sulla sostanziale contrarietà della sentenza del Consiglio di Stato al diritto comunitario, forse, poteva esser fatto. Una sentenza "anomala" infatti, a nostro avviso, poteva "giustificare" una pronuncia di accoglimento altrettanto singolare in cui – pur rispettando quanto stabilito dalla Corte di giustizia – si riportava il dato della sostanziale incompatibilità del merito della sentenza del supremo giudice amministrativo.

[20] Sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., del 16 maggio 2019, n. 13243.
[21] Punto 8 dell'ordinanza.
[22] Punto 10 dell'ordinanza.

5. La vicenda giuridica sin qui narrata porta a domandarsi se il prezioso strumento del rinvio pregiudiziale può assumere una nuova *mission*. Come noto, infatti, scopo precipuo dell'art. 267 TFUE è garantire un mezzo privilegiato di collaborazione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione al fine di assicurare un contesto armonizzato nell'applicazione ed interpretazione del diritto comunitario[23]. Tuttavia, in questa occasione pare emergere il dato per cui il giudice nazionale si è avvalso della pregiudiziale soprattutto per definire una questione eminentemente interna, quale i limiti esterni della giurisdizione, "approfittando" del caso di specie di chiara rilevanza comunitaria. È vero che tutti i soggetti giuridici, in questo caso le imprese, che operano all'interno del mercato comune devono poter godere di un medesimo grado di tutela giurisdizionale, e la questione è senz'altro più evidente in tema di appalti, dove si applica una specifica legislazione comunitaria. Eppure da una lettura complessiva delle ultime ordinanze di rimessione alla Corte (sia nel caso *Randstad* che in *Hoffman – la Roche*) il rinvio pregiudiziale appare soprattutto come uno strumento "esterno" per la composizione di conflitti tra giudicati interni[24]. Si ha la percezione che allorquando sorgano conflitti domestici, ancor più nell'ambito della medesima giurisdizione, il ricorso al giudice dell'Unione stia diventando una sorta di "clausola di salvaguardia" da invocare per stabilire quale giurisprudenza debba prevalere. È chiaro che in un questo caso ci troveremmo al cospetto di un'eterogenesi dei fini del rinvio pregiudiziale ed è forse proprio questa la ragione (celata) che giustificherebbe le risposte "contenute" della Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, ha probabilmente avvertito di essere stata messa al centro di dibattiti che forse, più correttamente, avrebbero dovuto essere risolti nell'intimità degli ordinamenti nazionali[25]. Definire le competenze giurisdizionali e le relative estensioni dell'art. 111, comma 8, anziché ampliare i casi per

[23] M. Puglia, *Finalità e oggetto del rinvio pregiudiziale*, in F. Ferraro, C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 1.

[24] "Per quanto la vicenda sia chiaramente di interesse soprattutto nazionale, anzi proprio per questo, essa si inserisce in una tendenza, certo non nuova, ma che negli ultimi tempi è venuta intensificandosi, di tentativi, da parte di giudici nazionali, di far svolgere alla Corte di giustizia un ruolo di arbitro tra organi giurisdizionali interni, in cui l'interpretazione del diritto dell'Unione, pur pertinente, non è la ragione principale dell'interrogazione rivolta alla Corte di giustizia". Così P. Iannuccelli, *op. cit.*, p. 6.

[25] Per una lettura di casi analoghi v. N. Lazzerini, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come "grimaldello" e come "ponte*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 2022, p. 28.

l'azione revocatoria restano, infatti, scelte che rispecchiano la legittima autonomia procedurale degli Stati membri. Il vero problema, ad avviso di chi scrive, è che sebbene vi sia una ormai più che sicura cultura giuridica comunitaria all'interno delle corti nazionali si assiste ancora a sbavature di un certo rilievo che creano giusti allarmismi all'interno delle medesime. Ci si domanda, quindi, se sia giusto ricercare una soluzione all'"esterno" ricorrendo ad ogni piè sospinto al rinvio pregiudiziale (nella speranza di indirette declaratorie di illegittimità delle norme nazionali) o sia, comunque, preferibile (pensiamo alla celerità dei processi) e, forse, doveroso risolverle immediatamente (senza ricorrere al rinvio pregiudiziale) in presenza di sentenze che hanno affrontato casi analoghi. La questione si complica, inoltre, alla luce dell'annessa questione dell'obbligo di rinvio e delle possibili ricadute risarcitorie in caso di omissione che sembra, da ultimo, costituire un altro motivo che spinge i giudici nazionali a ricorrere (troppo) spesso al giudice comunitario.

Le questioni generali che emergono dalla recente giurisprudenza comunitaria sono, dunque, molteplici e di sistema.

È chiaro che la Corte di giustizia non ha alcuna intenzione di fare da "arbitro" delle beghe nazionali. Eppure se davvero questo è l'intento ci sembra che le sue pronunce non dovrebbero entrare lì dove al giudice nazionale (nel caso la Cassazione) ella stessa non consente di arrivare. Sarà interessante seguire cosa succederà dopo l'ordinanza nel caso *Randstad* per comprendere quanto la soluzione dell'azione risarcitoria ivi prospettata sia davvero praticabile e capace di ripristinare il danno derivante dalla sentenza del Consiglio di Stato.

Si torna così all'antico tema dell'effettività della tutela e a quanto l'intero ordinamento comunitario, nella sua accezione integrata e multilivello, sia disposto ancora ad offrire. Se, infatti, pensiamo alla storia della giurisprudenza comunitaria sappiamo bene come il rimedio risarcitorio è stato sempre considerato come utile ed importante, sebbene autonomo e residuale rispetto al riconoscimento immediato e puntuale della pretesa giuridica. A fronte di questa impostazione le recenti sentenze ci paiono cedevoli, chiamando in gioco il risarcimento del danno anche dove, con maggior coraggio, si sarebbe potuto ottenere una tutela piena e immediata del diritto sostanziale (concedendo alla Cassazione di correggere l'errore del giudice amministrativo). Probabilmente la minore audacia è imputabile alla peculiarità del caso che sostanzialmente riguarda questioni interne rispetto alle quali la Corte di giustizia non ha ritenuto opportuno un suo intervento. In tal senso, ci sembra che i giudici lussemburghesi abbiano implicitamente rammentato che

essi non sono chiamati a dirimere conflitti interni, pur ammonendo i giudici nazionali sull'importanza del rispetto da parte loro del diritto comunitario (giurisprudenza inclusa).

6. In definitiva, la vicenda sin qui rappresentata ci porta a concludere che il dialogo tra Corti è un fenomeno quanto mai attuale, che anzi sta assumendo inusitata "popolarità" proprio all'interno di contrasti giudiziali (o meglio giurisdizionali) che, storicamente, prediligevano composizioni a livello domestico[26]. La familiarità del giudice nazionale con lo strumento del rinvio pregiudiziale, tuttavia, non deve fare perdere di vista il tema altrettanto antico e mai passato dell'effettività della tutela[27]. Quest'ultima, infatti, dovrebbe trovare un solido ancoraggio proprio nello strumento pregiudiziale, evitando più lunghi e perigliosi percorsi. Quando, diversamente, la pluralità di voci rischia di comportare una battuta di arresto per l'effettività della tutela, forse è il caso di ridimensionarla. L'uso della pregiudiziale in questo caso ci sembra sia andato a scapito dell'effettività sia in termini di contenuto, sia a livello procedurale. Pertanto, pur restando fedeli all'importanza del dialogo tra Corti, il caso che ci occupa dovrebbe far riflettere bene i giudici nazionali prima di operare un rinvio pregiudiziale, soprattutto in presenza di una giurisprudenza comunitaria spesso già esaustiva. La "spada di Damocle" dell'azione risarcitoria per omesso rinvio, in tal senso, dovrebbe essere meglio circoscritta, rischiando diversamente di vedere – solo per ragioni di politica giudiziaria – un incremento insensato del numero dei ricorsi a scapito, evidentemente, di una tutela immediata ed effettiva. Il tema della responsabilità per omesso rinvio è, non a caso, oggetto di un dibattito ancora attualissimo che non può essere oggetto della presente trattazione[28]. Pertanto, in queste poche note conclusive, ci sembra di poter concludere che per quanto il dialogo tra corti sia auspicabile e decisivo nel processo di costruzione dell'ordinamento comunitario esso resta pur sempre un mezzo per meglio garantire la tutela

[26] L.S. Rossi, "*Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e il ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 2022, p. 50

[27] S.M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

[28] Per un'analisi della giurisprudenza recente sul punto v. F. Ferraro, *Corte di giustizia ed obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *giustiziainsieme.it*, 23 ottobre 2021; Id., *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. Ferraro, C. Iannone (a cura di), *op. cit.*, p. 139 ss.

dei diritti, e giammai un'attività volta a determinare presunte "superiorità" di giurisdizione. Insomma, l'effettività prima di tutto, concetto egregiamente spiegato nella Premessa alla prima edizione del Tesauro: "Questo lavoro ha l'ambizione di dare un contributo alla conoscenza del sistema giuridico comunitario nel suo attuale e concreto modo di funzionare. Soprattutto, vuole vederlo dal lato del comune cittadino e delle sue possibilità di far valere effettivamente, spesso in modo diretto e con semplicità, i diritti che da quel sistema gli derivano e che investono la sua vita quotidiana"[29].

Dopo quasi 30 anni da quella prima Edizione ciò che allora Egli definiva "ambizione" si è trasformato in un insegnamento diffuso e condiviso, grazie al quale anche preziosi e fondamentali strumenti come il rinvio pregiudiziale devono essere utilizzati nel rispetto del principio di effettività della tutela dei singoli che resta il "cuore pulsante" del diritto comunitario di Tesauro che, per chi scrive, è il motivo che ci ha spinto e appassionato allo studio dell'ordinamento giuridico europeo.

Che cosa è infatti la "tutela effettiva dei singoli" se non l'idea bellissima e romantica dell'aiutare chi ne ha bisogno, di cercare riposte concrete tra ammassi di incartamenti e teorie, talvolta affascinanti, ma spesso prive di senso se non tradotte in azioni di pratica utilità. È questo l'Insegnamento più importante che chi scrive ha avuto il privilegio di avere, arricchendosi come persona prima ancora che come studiosa del diritto.

[29] G. Tesauro, *Diritto Comunitario*, Padova, 1995.

IL PROFESSOR TESAURO E IL DIRITTO COMUNITARIO COME PROFESSIONE E VOCAZIONE: UN RICORDO PERSONALE

Mario Carta[*]

SOMMARIO: 1. Qualche considerazione personale. – 2. Il Prof. Tesauro ed il diritto dell'Unione europea come professione. – 3. La tutela effettiva dei singoli quale valore comune all'attività scientifica e nelle giurisdizioni. – 4. Il contributo alla vita accademica.

1. Non è sicuramente compito agevole racchiudere in poche cartelle il ricordo, ancorché personale e legato al vissuto specifico e necessariamente limitato di chi scrive, di un Maestro del diritto comunitario quale è stato il Prof. Giuseppe Tesauro.

Le qualità unanimemente riconosciute di insigne studioso e giurista europeo sono ben note anche al di fuori della cerchia degli studiosi della nostra disciplina, non da ultimo in virtù delle funzioni esercitate all'interno delle giurisdizioni o autorità sovranazionali e nazionali, in un *cursus honorum* che ha pochi eguali, almeno nel panorama italiano. Il ruolo determinante svolto, a diverso titolo, nell'adozione di sentenze che hanno profondamente segnato l'evoluzione della giurisprudenza, e direi anche della cultura giuridica italiana ed europea come, ad esempio, la n. 238 del 2014[1], sarà diffusamente posto in rilievo da studiosi e colleghi più vicini negli anni al Maestro del diritto comunitario di chi scrive questo omaggio. L'invito a ricordare il Prof. Tesauro oltre ad onorarmi, ben consapevole peraltro del compito non facile da assolvere, consente invece allo scrivente di esprimere la propria gratitudine nei riguardi di un prezioso punto di riferimento che non ha fatto mai mancare i suoi suggerimenti, dispensati con la naturale affabilità e non comune umanità, ora in occasione di conferenze e convegni in giro per l'Italia ora, più prosaicamente, quando una volta arrivato a Roma dopo la fine del suo mandato, raggiungeva la Consulta per frequentarne la biblioteca; consigli rivelatisi poi indispensabili per affrontare qualche passaggio delicato del proprio percorso accademico e di ricerca. Un'at-

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza.

[1] Sentenza della Corte costituzionale del 23 settembre 2014, n. 238.

tenzione, per la verità, che era solito riservare ai giovani studiosi della materia, categoria nella quale rientravo a suo tempo, pur se non appartenenti alla cerchia dei suoi allievi in senso stretto. Qualità queste che sono rimaste immutate negli anni, come ben testimonia quello che può essere definito il suo commiato, un invito a coltivare il diritto dell'Unione, quasi accorato, rivolto ai giovani studiosi, soprattutto di altre discipline, al fine di non "sottovalutare e quindi trascurare l'approfondimento di una parte oggi fondamentale del sapere giuridico, pena la rappresentazione di svarioni come verità e l'aumento della diffidenza nei confronti dell'Europa, che trova alimento solo nella scarsa memoria e nella altrettanto scarsa conoscenza del processo d'integrazione"[2]. Può essere interpretata come un'espressione della generosità nel condividere il proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze, cogliendo di buon grado qualsiasi occasione ove poter discutere i temi cari del diritto dell'Unione nei contesti più diversi ed a prescindere dal loro "prestigio", anche l'incontro con gli studenti nel febbraio 2016, tenuto presso UnitelmaSapienza ove attualmente insegno, sulla sentenza Taricco[3], la prima della nota saga. Durante il dibattito successivo all'intervento, che andò avanti per più di due ore, la complessità insita nella risposta al quesito contenuto nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Cuneo ai giudici di Lussemburgo[4], fu esaminata e spiegata alla luce della necessità di operare un bilanciamento tra le diverse esigenze ed i differenti diritti interessati dalla controversia. Il messaggio che voleva arrivasse chiaro agli studenti è che il diritto, al di là di quelle che spesso definiva "tecnicalità", deve ispirarsi nell'affrontare ed inquadrare le questioni giuridiche, anche ad una certa dose di "buon senso"[5]. Nell'occasione questa esigenza veniva tradotta nel ponderare accanto al diritto alla tutela giurisdizionale del singolo, di cui all'art. 24 della Costituzione, la

[2] In *Sintesi dell'intervista a Giuseppe Tesauro per la Rivista Lo Stato* (*giugno 2021*), reperibile *online* www.aisdue.eu/sintesi-dellintervista-a-giuseppe-tesauro-per-la-rivista-lo-stato-giugno-2021.

[3] Sentenza della Corte dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.*

[4] Ordinanza del Tribunale di Cuneo, del 17 gennaio 2014 (n. 1378/2008 R.G).

[5] Con riferimento al principio di conformità in tema di interpretazione e applicazione di una norma esterna, quindi anche internazionale, secondo il quale l'applicazione di questa ultima deve avvenire "così come interpretata nel *suo* ordinamento e dal *suo* giudice, per ciò stesso con le sue dinamiche e di conseguenza la *sua* effettività", l'omaggiato ricordava che ciò rappresenta "un principio di buon senso, che conferma ancora una volta come proprio il buon senso sia, in parte significativa, la base del diritto", in G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2009, p. 195 ss., in particolare p. 219.

richiesta di giustizia e ad avere soddisfazione espresse dal corpo sociale nel suo insieme. Qualsiasi soluzione a livello giurisdizionale imponeva, dunque, di tenere nella debita considerazione da una parte il diritto del singolo a vedersi riconosciuta la prescrizione ma, dall'altra, non poteva essere trascurato il dato che una giustizia eccessivamente lunga, caso non infrequente in Italia, di fatto conduceva a denegare giustizia, ponendo una questione di allarme sociale legata alla impunità di alcune condotte[6] che non poteva essere ignorata.

Compito del giudice, allora, consiste proprio nel saper trovare un giusto equilibrio tra i vari elementi in gioco, di qui il richiamo anche al "buon senso". Un richiamo rivolto agli studenti di allora che appare, tuttavia, quanto mai attuale, sol che si consideri l'orientamento seguito dalle Corti costituzionali di quegli Stati membri della UE che, di recente, hanno invece scelto la contrapposizione frontale con la Corte di giustizia, negando il principio del primato del diritto UE.

2. La necessità di garantire una tutela adeguata ed effettiva alla persona, ha rappresentato un vero e proprio *fil rouge* che ha attraversato l'attività di giurista europeo come professione, nei diversi ruoli ricoperti nelle istituzioni europee e nazionali, dove il Prof. Tesauro ha messo a disposizione le proprie qualità di raffinato e sensibile giurista prima quale Avvocato generale alla Corte di giustizia, poi Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ed infine quale giudice della Corte costituzionale e poi suo Presidente nel 2014. Peraltro questa finalità è un elemento costante e caratterizzante anche la sua produzione scientifica e la sua attività accademica, come traspare in maniera evidente a partire dal suo Manuale[7], giunto alla terza edizione grazie anche alla cura dei Proff. Patrizia De Pasquale e Fabio Ferraro, due tra gli allievi più vicini. Una parte significativa del volume è dedicata, infatti, al sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione con un approfondimento specifico delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, dove le complesse questioni sollevate dall'originale meccanismo giurisdizionale che vede al centro la persona, vengono trattate con completezza e linearità, mai a scapito della profondità di analisi. L'assoluta rilevanza

[6] Nella fattispecie si trattava di soggetti che avevano commesso reati per evadere l'IVA per milioni di euro, per i quali si poteva facilmente prevedere con assoluta certezza, che tutti i reati si sarebbero nel breve tempo prescritti, con una loro completa impunità.

[7] G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, vol. I, Napoli, 2021.

attribuita ai diritti dei singoli nell'ordinamento comunitario può avere, tra le varie spiegazioni possibili, la concezione "alta" della funzione svolta dall'avvocato del foro libero, nonché dall'avvocato dello Stato[8], in *primis* presso le giurisdizioni comunitarie, quali figure che partecipano assieme al giudice a rendere giustizia. Una sensibilità che, come disse in occasione di una conferenza al Consiglio Nazionale Forense, aveva maturato agli inizi della sua carriera presso lo studio di Francesco Carnelutti. Un'attitudine questa che ha contraddistinto la sua attività nei diversi ruoli che ha poi interpretato, incluso quello di Avvocato generale che, come ampiamente noto, difende il diritto, non una sua parte[9]. In effetti anche nell'esercizio di questa ultima funzione, pur dovendo necessariamente suggerire al Collegio delle soluzioni tecniche ai casi pratici in una prospettiva più ampia di coerenza della giurisprudenza e maggiormente rispondenti alle esigenze di crescita del sistema, la protezione giurisdizionale dei diritti dei singoli ha rappresentato un obiettivo sempre presente, in quanto ritenuto uno dei valori fondamentali di quella Comunità di diritto considerata elemento costitutivo del processo di integrazione europea ed espressione più significativa, assieme alla pace, del grado di civiltà giuridica raggiunto in Europa[10]. Tuttavia, tale tutela deve realizzarsi, è anche questo uno dei suoi insegnamenti, in modo tale da non renderla "cieca" ed avulsa dal contesto nel quale il diritto viene esercitato ma, anzi, tenendo nel debito conto le esigenze di coerenza poste dal sistema giuridico nel quale essa, di volta in volta, si colloca incluso quello comunitario ovviamente.

Nelle conclusioni rassegnate nel giudizio Factortame[11], ad esempio, il riconoscimento della tutela cautelare dei diritti vantati dal singolo in forza di norme comunitarie dinanzi al giudice nazionale, negato invece da una legge nazionale (quella inglese nell'occasione), viene affermato assieme ad una estesa ricognizione delle criticità, anche teoriche, che

[8] G. Tesauro, *Profili dell'avvocato pubblico nei giudizi comunitari e costituzionali* (intervento all'incontro di studio su "Il ruolo dell'avvocatura pubblica nel processo di crescita del Paese", Napoli, Università Federico II, 9 novembre 2012), in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 1, 2013, p. 35 ss.

[9] G. Tesauro, *Riflessioni sull'esperienza di un avvocato generale presso la Corte di giustizia* (Discorso di commiato tenuto dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee il 4 marzo 1998), in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 1998, p. 1 ss.

[10] G. Tesauro, *L'Unione europea come Comunità di diritto (The European Union as a Community of law)*, in *Lo Stato*, n. 5, 2015, p. 123 ss.

[11] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 17 maggio 1990, causa C-213/89, *Factortam*e.

tale riconoscimento aveva sollevato[12]. La consapevolezza dell'importanza, nel sistema giuridico inglese, della questione legata alla sospensione dell'applicazione di una legge semplicemente "sospettata" di essere in contrasto con il diritto comunitario, ma non dichiarata ancora tale, induce l'Avvocato generale Tesauro a dare una risposta non solo trasparente, bensì a "spiegarne minuziosamente le ragioni e il fondamento", proprio per il rispetto dovuto alla tradizione giuridica di quel Paese che non ammetteva ancora, in relazione a quel tipo di fattispecie, una tutela cautelare di tal genere.

In maniera analoga nelle sentenze definite il "post-Francovich"[13], traspare[14] la necessità di evitare salti logici nella definizione delle condizioni per il sorgere della responsabilità risarcitoria dello Stato, in caso di violazione del diritto comunitario. Il diritto del singolo al risarcimento deve allora confrontarsi con il presupposto che l'esercizio del potere legislativo, in ogni ordinamento giuridico, "non può e non deve essere compromesso dal rischio di subire azioni per danni ogni qualvolta si debbano porre in essere provvedimenti di interesse generale ma suscettibili di ledere interessi del singolo"[15]. E dunque l'introduzione del requisito della violazione grave e manifesta traduce, in concreto, le aspettative di assicurare da una parte un fondamento solido ed effettivo alla tutela giurisdizionale dei diritti delle persone e, dall'altra, di prestare attenzione al consolidamento del sistema giuridico comunitario nel suo complesso.

Proprio in virtù della rilevanza dei diritti in gioco l'esito del loro bilanciamento non può essere mai scontato, soprattutto se il punto di partenza delle valutazioni operate dal giudice è costituito da una domanda, richiamata non di rado in occasioni pubbliche ed emblematica della capacità di saper tradurre in modo icastico concetti anche complessi, che secondo il Prof. Tesauro non poteva essere elusa: che cosa rimane di un diritto se non può essere fatto valere di fronte ad un giudice? Non una semplice frase ad effetto se nella sentenza della Corte costituzionale, di cui era all'epoca Presidente, n. 238 del 23

[12] Per un commento vedi G. Tesauro, *Tutela cautelare e diritto comunitario. Nota a CGCE 21 febbraio 1991 (cause 143/88, 92/89)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 1992, p. 131 ss.

[13] In *primis* la sentenza della Corte del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*.

[14] G. Tesauro, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2006, p. 235 ss., in particolare pp. 242 e 243.

[15] G. Tesauro, *Manuale di diritto*, cit., p. 273.

settembre 2014[16], la costruzione giuridica barocca della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012[17], per impedire alle vittime dei crimini nazifascisti di ottenere giustizia, viene definita una tecnicalità "mostruosa"[18] sulla base della necessità di dare una risposta alla richiesta di giustizia delle vittime di tali crimini poiché, come sintetizzato in uno dei passaggi più significativi della sentenza, "sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela"[19].

Dunque sono proprio le motivazioni di ordine sostanziale, nonché giuridiche, legate alla necessità di assicurare una riparazione alle vittime dei crimini di guerra e delle deportazioni nazifasciste, ad evitare che nel bilanciamento tra i diversi diritti potesse prevalere, rispetto alla finalità di una loro tutela, l'indisturbato esercizio della potestà di governo, e quindi la totale immunità degli Stati, che agiscono *iure imperii*, dalla giurisdizione civile degli altri Stati in relazione ai giudizi risarcitori promossi dalle vittime. Peraltro, il risultato, in termini di tutela delle vittime, viene conseguito con una soluzione giuridica non solo innovativa ma quasi spiazzante: la sentenza in effetti è la prima a rendere operanti e a applicare i c.d. controlimiti. Non solo. Essi vengono opposti non nei confronti di norme di ordinamenti esterni[20], costituenti limiti per il diritto interno, ed in particolare norme dell'ordinamento comunitario come da più parti veniva ritenuto ormai probabile, ma nei confronti di una sentenza della Corte internazionale di giustizia alla quale, in base all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, lo Stato membro parte della relativa controversia avrebbe dovuto conformarsi. Forse questa soluzione, indicata da Presidente della Corte costituzionale e redattore della sentenza, può essere interpretata come un'ulteriore manifestazione di

[16] Sentenza Corte costituzionale cit.

[17] Si fa riferimento a quella parte della sentenza della Corte internazionale di giustizia ove si afferma che le norme internazionali dello *jus cogens*, relative ai crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich nel territorio italiano, non sono in contrasto con l'immunità degli Stati, che agiscono *iure imperii*, dalla giurisdizione civile degli altri Stati, perché questa è un istituto di carattere procedurale diverso dalle norme di diritto sostanziale, (paragrafi 92-97 della sentenza).

[18] Convegno "Stragi e deportazioni nazifasciste: per la giustizia e contro l'ambiguità", Roma, 7 marzo 2019, www.radioradicale.it/scheda/569651/stragi-e-deportazioni-nazifasciste-per-la-giustizia-e-contro-ambiguita?i=3977815.

[19] Sentenza Corte costituzionale cit., paragrafo 3.4.

[20] G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, cit.

una certa attitudine a non stare nel gregge[21]; certamente si tratta ancora una volta di un esito frutto di un attento e ponderato bilanciamento tra il diritto al giudice, in questa occasione previsto dalla nostra Costituzione all'art. 24 che lo riconosce a tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2), e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli Stati stranieri, contenuta nella consuetudine internazionale. Quest'ultima "con la portata definita dalla CIG, nella parte in cui esclude la giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona, determina il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle suddette vittime"[22], con la conseguenza che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con principi fondamentali della nostra Costituzione, in questo caso contenuti negli artt. 2 e 24, "non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto"[23].

3. Per quanto riguarda la sua attività di studioso e Maestro del diritto comunitario, la personale gratitudine è legata principalmente agli scritti sulla Corte di giustizia ed al ruolo ricoperto nel garantire l'effettività del sistema giuridico comunitario, che, per la loro chiarezza ed efficacia, hanno suscitato ed alimentato in chi scrive, come credo sia capitato a molti studiosi di questa affascinante materia, un vivo interesse per l'argomento.

Si tratta di riflessioni che hanno anticipato alcune delle riforme poi intervenute a livello di Trattati, con l'introduzione in primo luogo dell'art. 19 TUE, e che si pongono in linea di sostanziale continuità con l'approccio seguito nel corso dell'attività giurisdizionale esercitata nelle varie istituzioni. In effetti già nello scritto risalente al 2000 dedicato a "Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali"[24], viene sottolineato il processo di progressiva comunitarizzazione del livello

[21] G. Tesauro, *Riflessioni sull'esperienza di un avvocato generale*, cit.: "Non ho mai amato il gregge, l'ho seguito solo quando andava nella direzione che ritenevo giusta; per questo non ho mai avuto rispetto al Collegio cui le mie conclusioni erano dirette, il dubbio amletico: seguito non seguito" (p. 3).

[22] Sentenza n. 238/2014, paragrafo 3.4.

[23] *Ibidem*, paragrafo 3.5.

[24] G. Tesauro, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti, Atti Convegno Perugia 1999*, Padova 2000, p. 297 ss.

di adeguatezza della tutela giurisdizionale offerta dai sistemi giuridici nazionali, anche attraverso l'introduzione nei sistemi nazionali di rimedi nuovi o comunque più favorevoli al singolo[25]. A quello stadio di sviluppo dell'integrazione europea, tuttavia, il diritto alla piena tutela giurisdizionale, quale principio generale del diritto comunitario gemmato dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, veniva affidato ad una interpretazione dei principi di equivalenza ed effettività, criteri volti a garantire uniformità nel livello di tutela dei diritti dei singoli all'interno della UE, del tutto ossequiosi nei confronti dell'autonomia procedurale degli Stati. Nello scritto citato, invece, si avvia un ripensamento di tale impostazione, forse eccessivamente deferente nei confronti degli Stati, evidenziando, con largo anticipo rispetto alla evoluzione successiva dei Trattati, la funzione svolta da tali principi nel limitare l'autonomia processuale degli Stati, mettendone così in discussione il carattere assoluto. Ancora una volta è la necessità di garantire ai singoli la tutela dei diritti attribuiti loro da norme comunitarie a giustificare tale limitazione. È l'inizio di un processo che troverà piena conferma nella codificazione di cui all'art. 19 TUE disposizione che, in questa prospettiva, può essere interpretata come un punto di arrivo e una sorta di completamento del processo di comunitarizzazione del livello di effettività dei rimedi giurisdizionali, conferendogli così una portata negli ordinamenti interni ancora più ampia. Per tali ragioni la immediata valorizzazione dell'art. 19 TUE da parte dell'autore che si ricorda, considerata una delle principali novità introdotte con il Trattato di Lisbona già in virtù della sua collocazione nel TUE, appare uno sviluppo quasi naturale e del tutto inerente al ruolo assegnato al principio di effettività nel processo di integrazione ben prima del Trattato di Lisbona, come appare chiaramente nello scritto del 2000 sopra citato. La lettura in chiave non esclusivamente processuale dell'art. 19 TUE, che una parte della dottrina aveva forse troppo sbrigativamente rubricato come tale, è ancorata al riconoscimento della natura sostanziale dell'obbligo per gli Stati membri di assicurare una tutela effettiva nei settori di competenza dell'Unione, "parte importante del principio di leale cooperazione", che assume specifico rilievo anche per il contenuto materiale dell'obbligo da essa previsto[26]. Non sembra eccessivo ritenere che tale ricostruzione, ed in particolare la centralità riconosciuta

[25] *Ibidem*, p. 313.

[26] Vedi G. Tesauro, *"Art. 19"*, in A. Tizzano (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 195 ss.; spec. pp. 197 e 198.

al principio di effettività dei rimedi giurisdizionali nazionali in favore dei singoli, nei settori disciplinati dal diritto UE, ponga le premesse per quella giurisprudenza di Lussemburgo sullo Stato di diritto e sull'indipendenza dei giudici[27], interpretati anche quali requisiti indispensabili per garantire il pieno esercizio delle competenze spettanti ai giudici nazionali in base all'art. 267 TFUE[28], che si svilupperà a partire dalla sentenza sui giudici portoghesi[29].

Il tratto unificante tra l'approccio dei giudici di Lussemburgo nella giurisprudenza sullo Stato di diritto e il contenuto degli scritti del Prof. Tesauro sul tema, ancorché non sia esplicitato il riferimento all'art. 2 TUE, può ben individuarsi in una lettura sostanzialmente costituzionale del Trattato e nel riconoscimento, nonché auspicio, di una vera e propria "complicità" tra singoli e giudici nel completare il processo di comunitarizzazione del grado di effettiva tutela dei diritti garantito a livello nazionale, con l'obiettivo di far così crescere il sistema comunitario in tutte le varie articolazioni[30] avvalendosi, in definitiva, della tutela giurisdizione dei diritti per il suo consolidamento.

4. Da ultimo, ma solo in senso cronologico, la gratitudine nei riguardi del Prof. Tesauro è legata al contributo determinante, assieme in primo luogo al Prof. Nascimbene ed altri autorevoli colleghi, nel rendere questa disciplina autonoma sia con la creazione di un apposito settore concorsuale, successo sicuramente conseguito grazie anche alla sua autorevolezza e prestigio personali, sia con la fondazione dell'AI-

[27] Sul tema sia consentito il rinvio a M. Carta, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

[28] In tal senso tra gli altri scritti G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2013, p. 483 ss., ove l'autore nel ricostruire il ruolo dei giudici del Kirchberg lo individua non tanto e non solo nel definire le competenze proprie ed il livello di tutela da essi assicurato ai diritti dei singoli, quanto nell'attenzione dedicata dalla Corte al livello di tutela dei diritti "garantito dai giudici nazionali spingendosi a verificarne la congruità e la sintonia con le esigenze del sistema giuridico comunitario. Si è così venuta imponendo la tendenza a comunitarizzare il grado di "effettiva tutela" quindi a verificare di volta in volta la compatibilità comunitaria dei livelli assicurati dai sistemi giuridici nazionali, individuando quale limite generale dell'autonomia processuale nazionale il principio – desunto da quello di effettività – in virtù del quale le norme processuali nazionali non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente oneroso, l'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto comunitario", in particolare p. 500.

[29] Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses.*

[30] G. Tesauro, *"Art. 19"*, cit., p. 205.

SDUE, di cui è stato prima Presidente e poi Presidente onorario. L'esigenza di conferire piena autonomia al diritto dell'Unione europea rispetto al diritto internazionale e ad altre discipline può, a mio avviso, essere considerata non solo il frutto di una precisa e condivisibile scelta di politica universitaria, ma anche il naturale approdo della specialità da sempre riconosciuta al diritto comunitario dal Prof. Tesauro. Un'esperienza giuridica indagata, praticata e studiata dalla particolare prospettiva di chi, nel corso degli anni e di un lungo percorso accademico, professionale e di ricerca non ha mai perso di vista l'insegnamento dei giudici di Lussemburgo di non limitarsi a concepire i Trattati istitutivi della Comunità prima e dell'Unione poi, come semplice fonte di obblighi reciproci tra gli Stati contraenti, in analogia a qualsiasi accordo internazionale. Piuttosto un approccio volto ad interpretare e applicare i Trattati quale carta costituzionale di base e, dunque, a prendere sul serio i diritti della persona attribuendo loro un ruolo determinante nel sistema "sotto il profilo del ruolo di custodi di prima fila della legalità comunitaria, nonché, in quanto titolari di posizioni giuridiche soggettive direttamente tributarie di norme comunitarie, legittimati ad attivare il meccanismo di controllo giurisdizionale sulla coerenza del sistema giuridico nel suo complesso"[31]. Una impostazione questa che ha segnato l'intero straordinario percorso di studio, professionale ed umano del Prof. Tesauro che rappresenta una non comune testimonianza di come *law in the books* e *law in action* possono, a volte, interagire e confrontarsi tra loro proficuamente.

[31] G. Tesauro, *"Art. 19"*, cit., p. 206.

IL DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE: RIFLESSIONI SUL RISCHIO DI SNATURAMENTO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE ALLE SUE FRONTIERE ESTERNE

Bernardo Cortese[*]

SOMMARIO: 1. Premessa e inquadramento del lavoro. – 2. Le tre equazioni fondamentali dell'ordinamento interindividuale dell'Unione. – 3. Una quarta equazione: il presidio esterno a garanzia dell'effettività di quell'ordinamento. – 4. La frontiera esterna dell'UE: uno spazio …senza giustizia? – 5. La prassi degli Stati membri: respingimenti, muri, stati di emergenza. – 6. La giurisprudenza della Corte EDU relativa alle violazioni dell'art. 4 Protocollo 4 commesse dagli Stati membri dell'Unione. – 7. L'irrilevanza dell'art. 19, paragrafo 1, della Carta nella giurisprudenza UE. – 8. Lo snaturamento del sistema giuridico dell'Unione. – 9. Proposte di riforma. – 10. a) La previsione di un ricorso diretto in materia tramite modifica dei Trattati. – 11. b) L'attribuzione di un potere decisionale in materia all'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali. – 12. c) La depoliticizzazione della procedura di infrazione in materia, tramite la modifica delle prassi e regole organizzative della Commissione.

1. In questo scritto destinato ad onorare la memoria di Giuseppe Tesauro proverò a sviluppare alcuni ragionamenti sullo stato di salute dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, utilizzando come cartina di tornasole il funzionamento del sistema di tutela giurisdizionale in un'area specifica dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il controllo delle frontiere esterne dell'Unione.

In quell'area, cercherò di interrogarmi sul perché il divieto di espulsioni collettive enunciato all'art. 19, paragrafo 1, della Carta non sembri avere alcun ruolo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, nonostante la prassi sempre più preoccupante di respingimenti informali ("*pushback*") da parte degli Stati membri e il conseguente sviluppo di una significativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul corrispondente divieto previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea. Attraverso l'analisi di quei fenomeni metterò in luce una pesante contraddizione delle equazioni fondamentali su cui si regge l'ordinamento dell'Unione, suggerendo infine alcune possibili riforme.

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Padova.

2. Partiamo allora con l'enunciare alcuni tratti sintetici capaci di delineare – con inevitabile approssimazione – l'essenza dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea come ordinamento interindividuale, su cui si regge un vero e proprio disegno di integrazione tramite il diritto, nucleo fondamentale di un'Unione fondata sui valori dell'art. 2 TUE.

Ora, l'esistenza stessa e, da quella inestricabile, l'effettività[1] di un tale ordinamento giuridico interindividuale, si fondano su una serie di equazioni giuridiche fondamentali tanto formali, perché attinenti alla struttura di quell'ordinamento e ai suoi meccanismi di funzionamento, quanto sostanziali, perché relative alla qualità del diritto di cui quello si compone o, meglio, dei diritti che, in quell'ordinamento, i singoli possono vantare.

Secondo la prima di queste equazioni fondamentali, agli obblighi assunti dagli Stati membri per effetto della loro partecipazione all'Unione corrispondono altrettanti diritti degli individui, di cui questi possono avvalersi, anche contro confliggenti previsioni dei diritti degli Stati membri, nella misura in cui siano soddisfatte le condizioni di efficacia diretta delle norme rilevanti[2].

[1] Intesa non quale principio interpretativo sulla cui base fondare soluzioni ai conflitti tra sistemi, ma quale dato fattuale dell'affermarsi del sistema giuridico dell'Unione come contesto di "governo" sovranazionale, nell'ottica rigorosamente realistica utilizzata dal Maestro dell'Onorato, Rolando Quadri. Sulla posizione di Quadri e sul significato vero del suo realismo in relazione all'Unione europea v. A. Tizzano, *Note sul pensiero di Rolando Quadri sul processo di integrazione europea*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, vol. III, Napoli, 2014, pp. 2501-2508, spec. p. 2505 ss. Ciò posto, anche l'opera interpretativa del sistema tiene conto di quell'esigenza, e così spinge la giurisprudenza della Corte a sviluppare tutta una serie di istituti giuridici, relativi ai rapporti tra ordinamenti, che si fondano appunto sull'esigenza di garantire l'effettività del sistema giuridico dell'Unione: su quella macro-linea giurisprudenziale si vedano le argomentazioni svolte dall'Onorato in G. Tesauro, *Art. 19 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 196-215, spec. p. 208 ss.

[2] Evidente il riferimento alla sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*, e alla sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa/ENEL*. A proposito di quelle due sentenze, tra le innumerevoli considerazioni svolte dalla dottrina, non ci si può qui esimere dal rimandare alle cristalline osservazioni dell'Onorato in G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2013, pp. 483-511, spec. p. 493 ss. Per una riconsiderazione di quelle due sentenze e per la loro necessaria collocazione all'interno di un quadro in cui l'effettività del nuovo ordinamento è elemento imprescindibile, non da quelle stesse sentenze fondative garantito, ma costruito in un processo complesso di collaborazione con gli ordinamenti nazionali, sia permesso rinviare a B. Cortese, *L'ordinamento dell'Unione europea tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, *passim*, spec. p. 16 ss.

Una seconda equazione derivata, coessenziale alla prima, è quella secondo cui il successo del disegno di integrazione attraverso il diritto, e l'effettività dell'ordinamento giuridico "autonomo" e "di nuovo genere" (o altrimenti: originario ed interindividuale[3]) che lo rende possibile, riposano in gran parte sull'affermarsi del ruolo dei giudici nazionali come giudici di diritto comune dell'ordinamento dell'Unione, garantito dalla fruttuosa interazione tra quelli e la Corte di giustizia, tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale[4].

Tutto questo presuppone, per l'essenziale, un delicato equilibrio collaborativo negli spazi prima occupati dalle sole sovranità statali, che assicura il ritrarsi di quelle negli ambiti di espansione del diritto interindividuale dell'Unione[5].

Fin qui, si tratta di assunti eminentemente strutturali, che nulla dicono della qualità dei diritti garantiti agli individui all'interno di quell'ordinamento.

Una terza equazione fondamentale è invece prima di tutto sostanziale, attenendo appunto alla qualità dei diritti che gli individui possono invocare nell'ordinamento dell'Unione, ma si esprime altrettanto significativamente nella dimensione strutturale. Essa consiste nella capacità dell'ordinamento dell'Unione di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo – garantiti anzitutto come principi generali del diritto dell'Unione[6], e ulteriormente codificati nella Carta[7] – e di far questo predisponendo le condizioni per un accesso effettivo alla giustizia, in un sistema di garanzia giurisdizionale complesso. Un sistema che assicura all'individuo un rimedio, seppure a livelli diversi, contro violazioni poste in essere tanto dalle istituzioni, quanto dagli Stati membri

[3] B. Cortese, *L'ordinamento dell'Unione europea*, cit., p. 36 ss.

[4] *Ivi*, p. 91 ss., spec. p. 167 ss.

[5] *Ivi*, p. 50 ss., spec. p. 156. Sulla necessità di quella collaborazione e sull'inquadramento teorico realista che meglio la spiega si leggano inoltre le sintetiche ma decisive considerazioni di A. Tizzano, *op. cit.*, p. 2507 ss.

[6] Con una giurisprudenza che l'Onorato ebbe modo di definire "ricchissima" ed espressione di "un percorso di vera e propria civiltà giuridica": G. Tesauro, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, in *Foro italiano*, n. 2, 2015, p. 77 ss.

[7] In un processo di grande complessità, per la discussione del quale sia permesso il rinvio a B. Cortese, *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali: un processo di codificazione tra autonomia, autopoiesi e international collaborative law*, in A. Annoni, S. Forlati, F. Salerno (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, pp. 457-506; in quello stesso volume A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dinanzi ai principi generali codificati*, pp. 553-589.

all'interno del "cono d'ombra" del diritto dell'Unione[8]. In particolare, quest'ultimo livello di controllo si esercita nel contesto della funzione giurisdizionale decentrata, svolta dai giudici degli Stati membri, ma coordinata dalla Corte di giustizia tramite il rinvio pregiudiziale[9]. L'unità di quel sistema di tutela, garantita dalla Corte di giustizia, e la sua centralità nel disegno complessivo dell'ordinamento interindividuale dell'Unione, portano a definirne la necessaria autonomia rispetto ai sistemi di tutela concorrenti nello stesso ambito spaziale e personale di riferimento[10]. Tanto fondamentale appare agli occhi della Corte tale capacità di autonoma protezione, e la struttura giurisdizionale integrata che la garantisce, da aver generato, come è noto, una situazione di stallo nel processo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani[11] e, di conseguenza, nei rapporti tra i due sistemi europei di tutela dei diritti fondamentali[12].

L'operare congiunto di queste equazioni fondamentali – le prime due costituite da una serie di assunti strutturali, o formali, la terza insieme di carattere sostanziale e formale – conduce a disegnare un quadro in cui, almeno in linea di principio, il sistema di diritto interindividuale dell'Unione europea si afferma come un *unicum*, nel quale le posizioni giuridiche individuali di fonte UE, ed in specie quelle che attengono alla sfera dei diritti fondamentali, sono effettivamente (perché immediatamente e direttamente) protette in una dimensione sovra-nazionale[13].

[8] K. Lenaerts, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. Kronenberger, M.T. D'Alessio, V. Placco, (sous la direction de), *De Rome à Lisbonne: les jurisdictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, pp. 107-143, spec. p. 117.

[9] Ancora, si veda G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia*, cit., p. 490 ss., spec. p. 508 ss. Sul rilievo del sistema del rinvio pregiudiziale nell'affermazione dei principi generali v. estesamente A. Adinolfi, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2019, pp. 441-464.

[10] Cfr. K. Lenaerts, *The Autonomy of European Union Law*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2018, pp. 617-632, spec. p. 620 ss., che analizza il concetto di autonomia, nel settore della tutela dei diritti umani, in relazione alla diversità strutturale dei meccanismi di tutela garantiti, da un lato, dal sistema CEDU, e, dall'altro lato, da quello UE.

[11] In proposito cfr. G. Tesauro, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit.

[12] Sul riassestamento di quei rapporti sia nuovamente consentito rinviare a B. Cortese, *Carta, CEDU e Costituzioni nazionali*, cit., spec. p. 473 ss., p. 482 ss., p. 490 ss.

[13] Sulla nozione di sovra-nazionalità R. Quadri, *Intervento al Convegno di Studi sulla Politica Sociale della Comunità Economica Europea*, in *Diritto Internazionale*,

3. Proprio perché il fenomeno dell'integrazione nell'Unione europea si svolge in un quadro che presuppone la perdurante sovranità statale dei suoi Stati membri, permane anche la necessità di una garanzia (anzitutto) internazionalistica sul rispetto degli obblighi che incombono sugli Stati in conseguenza della loro partecipazione all'Unione e, indirettamente, dei connessi diritti degli individui[14]. Espressione prevalente – anche se non unica e a volte non sufficiente – di tale garanzia internazionale è la procedura di infrazione. Si tratta di una garanzia strutturalmente esterna rispetto al sistema di diritto interindividuale dell'Unione, perché posta in essere ad un livello che non coinvolge direttamente l'individuo, ma i soggetti internazionali che definiscono l'ambito dell'Unione: l'Unione stessa, con le sue istituzioni e la sua separata soggettività, e gli Stati membri di quella.

Negli ultimi tempi l'importanza di quella garanzia esterna sembra (ri)affermarsi, nel momento in cui sono messi alla prova i valori su cui l'Unione si fonda. Ciò è avvenuto di fronte alla crisi dello Stato di diritto in alcuni dei nuovi Stati membri – e alla sfida aperta lanciata in alcuni di quelli contro l'idea stessa di un ordinamento interindividuale comune capace di prevalere su quelli nazionali. È proprio in quel contesto che la procedura di infrazione ha assunto una particolare incisività, nel momento in cui si è collegata a quella la (rivoluzionaria)[15] possibilità della Corte di pronunciare delle *astreintes*[16], il cui utilizzo frontale contro le "riforme" polacche della magistratura[17] esprime la reazione forte dell'Unione alla messa in discussione della prima delle equazioni fondamentali del sistema giuridico dell'Unione sopra evocate.

1959, ora in R. Quadri, *Scritti giuridici*, Milano, 1988, pp. 13-19, spec. p. 18.

[14] La coesistenza e l'interrelazione delle due dimensioni del diritto dell'Unione europea, quella interindividuale e quella internazionale, sono al centro delle riflessioni dell'Onorato sulla questione della responsabilità dello Stato nei confronti degli individui, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 28 novembre 1995, cause riunite C- 46/93 e C-48/97, *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, spec. punti 26 e 39: cfr. D. Edwards, *The Contractual Foundation of Member States' Obligations to the Individual: Advocate General Tesauro's Opinion in Brasserie du Pêcheur and Factortame*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, pp. 993-1003.

[15] Per questa connotazione cfr. L. Prete, B. Smoulders, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, pp. 285-332, spec. p. 313.

[16] Inaugurata con l'ordinanza della Corte del 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione/Polonia (foresta di Białowieża)*.

[17] In particolare, con l'ordinanza del Vicepresidente della Corte del 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione/Polonia (regime disciplinare dei giudici)*.

Inoltre, si è di recente manifestata con una certa chiarezza la scelta dalla Commissione di invocare la violazione della Carta[18], quale caratterizzazione aggiuntiva della gravità di misure che costituiscono già di per sé violazione di norme dei Trattati o del diritto derivato. Questo è accaduto nei procedimenti di infrazione relativi alla crisi dello Stato di diritto, con un significativo cambiamento della prassi tra la procedura d'infrazione contro l'Ungheria per la riforma costituzionale *ad personam* contro il Presidente della Corte costituzionale, basata sul solo diritto derivato[19], e quelle contro la Polonia, in cui l'art. 47 della Carta diviene centrale, insieme all'art. 19 TUE. Ancora, quella scelta si è manifestata in procedure di infrazione contro l'Ungheria sia nel settore dell'asilo, dove la relazione tra il diritto derivato e l'art. 18 della Carta è diretta ed evidente[20], sia in altri ambiti dove invece la relazione tra l'oggetto della misura nazionale e i diritti garantiti dalla Carta è meno appariscente, ma emerge per la gravità del contesto complessivo di regressione delle caratteristiche del sistema costituzionale interno[21].

In tal modo, si rafforza la dimensione sostanziale che sta al cuore della terza equazione fondamentale dell'ordinamento.

Complessivamente considerata, dunque, la procedura di infrazione ha contribuito a rinforzare dall'esterno il sistema di diritto interindividuale dell'Unione, non permettendo che le equazioni fondamentali che lo descrivono siano svuotate di significato pratico da derive nazionali insieme autoritarie e giusnazionaliste.

Si può allora dire che la possibilità per la Commissione di utilizzare il ricorso per infrazione facendo valere, dal lato sostanziale, la violazione dei principi fondamentali dell'Unione e profittando della disponibilità, dal lato procedurale, di strumenti di grande incisività e di immediata intrusione nelle scelte del legislatore interno quali ingiunzioni

[18] Cfr. P. Mori, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2018, pp. 363-376.

[19] Sentenza della Corte del 6 novembre 2012, causa C286/12, *Commissione/Ungheria*.

[20] Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione/Ungheria (zone di transito Röszke e Tompa)*, spec. punto 102, dove si sottolinea il legame essenziale tra le previsioni del diritto derivato e "l'effettività del diritto di asilo, quale garantito dall'articolo 18 della Carta"; analogamente sentenza della Corte del 16 novembre 2021, causa C-821/19, *Commissione/Ungheria (incriminazione dell'aiuto ai richiedenti asilo)*, punto 132.

[21] Sentenza della Corte del 18 giugno 2020, causa C-78/18, *Commissione/Ungheria (trasparenza associativa)*; sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, causa C-66/18, *Commissione/Ungheria (insegnamento universitario)*.

e *astreintes*, costituisce una quarta equazione – esterna al sistema di diritto interindividuale, ma posta a garanzia dell'effettività di quello, come disegnato dalle prime tre equazioni sopra ricordate.

Quell'equazione dipende però da una variabile significativa: di quella procedura la Commissione ha il pieno controllo, e la utilizza – con diversa intensità anche in relazione alla richiesta o meno di misure cautelari e di *astreintes* a garantire l'effettiva esecuzione di quelle – in funzione delle proprie priorità, nell'ambito di un esercizio discrezionale del potere di controllo sugli Stati riconosciuto all'Istituzione dai Trattati.

Lungi dal dar luogo ad un sistema perfetto, l'insieme delle garanzie interne ed esterne all'ordinamento interindividuale dell'Unione, espresse nelle equazioni sin qui delineate, consente tuttavia a quell'ordinamento di funzionare ad un livello adeguato, sia per la sua effettività, sia per il contenuto delle garanzie che esso offre agli individui.

4. Quando però ci si avvicina … alla frontiera esterna dell'Unione e del suo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le certezze sembrano vacillare. Addirittura, se ci si avvicina frettolosamente al testo dell'art. 3, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, un dubbio assale il lettore: se l'obiettivo è quello di istituire uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne", non è che forse libertà, sicurezza e giustizia … cessano alle frontiere esterne?

È ovvio che, dal punto di vista di un'analisi dogmatica si tratta di una provocazione intellettuale, poiché tanto una lettura testuale, quanto una sistematica di quella previsione non permetterebbero di giustificare tale affermazione. È ovvio, in particolare, che di quella libertà, sicurezza e giustizia devono far parte, alle frontiere esterne, il divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 19, paragrafo 1, della Carta, e la protezione in caso di allontanamento, espulsione ed estradizione di cui al secondo paragrafo di quello stesso articolo.

Tuttavia, la prospettiva alla base di questo scritto non vuole essere quella del diritto quale sistema astratto, bensì quella del diritto nella sua effettività ed in quella dimensione la provocazione rischia di non esser più tale. Infatti, se applichiamo le equazioni fondamentali che ne caratterizzano l'essenza, l'estensione o meno dell'ordinamento interindividuale anche alla frontiera esterna dell'Unione dipende dalla reale capacità del sistema di garantire una tutela giurisdizionale effettiva agli individui e, ove questa capacità si affievolisca per motivi strutturali, da un'incisiva reazione comunque garantita dalla procedura d'infrazione,

che rinforzi dall'esterno l'effettività del sistema di garanzie interindividuali.

Ora, la prassi degli ultimi anni manda segnali preoccupanti, mettendo in luce un contesto nel quale, da un lato, il rispetto del divieto di espulsioni collettive sembra essere l'ultima delle preoccupazioni degli Stati membri e, dall'altro lato, non operano né le garanzie del sistema interindividuale, né un efficace rinforzo esterno di quelle.

5. Partiamo dunque dalla prassi degli Stati membri, per constatare che le frontiere esterne dell'Unione sono il teatro di una chiusura sempre più rigida, nella forma di respingimenti di massa, militarizzazione, costruzione di muri e altre simili barriere, criminalizzazione dell'attività umanitaria svolta dalla società civile.

Respingimenti di massa alle frontiere terrestri e in mare sono di triste attualità alle frontiere esterne in Grecia[22], in Croazia[23], Ungheria[24], Polonia[25] e in altri Stati[26]. Quei respingimenti sono stati in passato praticati, per quanto riguarda il mare, anche dall'Italia, con le misure che hanno portato alla ben nota sentenza della Corte EDU nel caso *Hirsi e Jamaa* del 2012, relativo ai respingimenti collettivi in alto mare verso la Libia[27], e in precedenza alla sentenza della stessa Corte europea nel caso *Sharifi* per i respingimenti informali verso la Grecia allo sbarco nei porti adriatici[28].

I muri e le barriere "antimigranti" sono di casa, da tempo, nelle *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla in Marocco. Più di recente, muri e barriere di quel genere hanno fatto la loro comparsa in Ungheria, alla frontiera con la Serbia e in Polonia, Lettonia e Lituania, alla frontiera con la Bielorussia.

[22] UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. para. 55.

[23] *Ibidem*, para. 56.

[24] *Ibidem*, para. 80.

[25] *Ibidem*, para. 61.

[26] Cosa che ha portato ad una presa di posizione ufficiale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati: *UNHCR Warns Asylum under Attack at Europe's Borders, Urges End to Pushbacks and Violence Against Refugees*, 2021, www.unhcr.org/news/press/2021/1/601121344/unhcr-warns-asylum-under-attack-europes-borders-urges-end-pushbacks-violence.html.

[27] Cfr. infra, nota 31 e testo corrispondente.

[28] Cfr. infra, nota 32 e testo corrispondente.

Tanto in Ungheria, quanto in Polonia, inoltre, si assiste alla sostanziale militarizzazione di una parte di territorio e si è affermata una preoccupante tendenza alla criminalizzazione di chi assiste quei migranti, una volta entrati in quel territorio. Ed anzi, quanto alla criminalizzazione dell'attività umanitaria, oltre agli accanimenti particolari negli atteggiamenti delle autorità ungheresi e polacche, il trend è quasi onnipresente[29].

Le stesse frontiere interne sono in alcuni casi gestite come se fossero… appendici delle frontiere esterne, con respingimenti "informali" a catena che, di frontiera interna in frontiera interna giungono infine al respingimento oltre la frontiera esterna. Tutto ciò accade oggi, nel disinteresse dei grandi media e dell'opinione pubblica, alla frontiera orientale italiana con la Slovenia, e alla frontiera tra Austria e Slovenia, e di lì a seguire alla frontiera con la Croazia, fino al respingimento finale oltre il territorio dell'Unione, in Bosnia-Erzegovina[30].

6. Una tale prassi degli Stati membri dell'Unione, connotata da una chiusura ermetica delle frontiere esterne, si riflette ineluttabilmente in violazioni del divieto di espulsioni collettive. Ciò si rivela, del resto, nel macroscopico aumento dei casi in cui la Corte europea dei diritti umani ha constatato una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 da parte di quegli Stati.

Si parte dagli accertamenti delle violazioni commesse dall'Italia con i respingimenti in alto mare o ai porti, con le già citate sentenze *Hirsi e Jamaa* del 2012[31] e *Sharifi* del 2014[32], allora in qualche misura eccezio-

[29] Si veda la sintesi contenuta in J. Bayer, P. Bárd, L. Vosyliute, N.C. Luk, *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union. A Comparative Study*, 30 June 2021, p. 52 ss. Lo studio, finanziato dalla Commissione europea, è accessibile su varie piattaforme, tra cui ssrn.com (www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013). Si veda inoltre UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, *Report - Refusing to Turn Away: Human Rights Defenders Working on the Rights of Refugees, Migrants and Asylum-Seekers*, 2022, UN doc. A/77/178, para 42.

[30] Si veda il comunicato congiunto del 19 giugno 2020 UN Special Rapporteur on Human Rights of Migrants, UN Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Croatia: Police Brutality in Migrant Pushback Operations Must Be Investigated and Sanctioned*, www.ohchr.org/en/news/2020/06/croatia-police-brutality-migrant-pushback-operations-must-be-investigated-and.

[31] Sentenza della Corte EDU del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*.

[32] Sentenza della Corte EDU del 21 ottobre 2014, ric. n. 16643/09, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, (se ne citano le parti in francese, in quanto la sentenza non è pubblicata in lingua inglese).

nali. Si riprende poi, più di recente, con le sentenze del 2018 contro la Lituania, nel caso *M.A.*[33], e del 2020 contro la Polonia, nel caso *M.K.*[34] per le espulsioni collettive di cittadini russi di etnia cecena al confine bielorusso. Si continua con la sentenza *Shahzad* contro Ungheria del luglio 2021[35], in cui sono censurate le espulsioni collettive alla frontiera serba, nella fascia di confine in cui è costruita la barriera e sono istituite le zone di transito di Röszke e Tompa. Ancora, scendendo lungo la "rotta balcanica" viene in rilievo la sentenza *M.H.* contro Croazia del novembre 2021[36], relativa ad un tragico episodio di *pushback* dalla Croazia verso la Serbia, in cui ad una madre afgana e ai suoi figli minori viene imposto di allontanarsi seguendo a piedi i binari ferroviari, di notte, portando alla morte di una delle bimbe, Madina, di sei anni, travolta e uccisa da un treno.

Infine, a partire da agosto 2021, in diverse decine di ricorsi la Corte europea ha ingiunto ai governi polacco, lettone e lituano l'adozione di misure provvisorie a protezione di ricorrenti bloccati o respinti nella "terra di nessuno" tra Bielorussia e Polonia e, in numero minore, Lettonia e Lituania[37].

7. Ebbene, se ci si sposta dal lato del sistema di tutela UE e si adotta una prospettiva di valutazione (seppur sommaria) dell'effettività, ad uno sguardo al registro della Corte di giustizia saltano agli occhi due dati convergenti ed estremamente preoccupanti. In primo luogo, nessuna questione pregiudiziale è stata risolta, né alcuna pende, sul rispetto del divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 19, paragrafo 1, della

[33] Sentenza della Corte EDU dell'11 dicembre 2018, ric. n. 59793/17, *M.A. and others v. Lithuania*.

[34] Sentenza della Corte EDU del 23 luglio 2020, ricc. nn. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, *M.K. and others v. Poland*.

[35] Sentenza della Corte EDU dell'8 luglio 2021, ric. n. 12625/17, *Shahzad v. Hungary*.

[36] Sentenza della Corte EDU del 18 novembre 2021, ric. nn. 15670/18 e 43115/18, *M.H. and others v. Croatia*.

[37] Cfr. comunicato ECHR 051 (2022), of 21 February 2022, *Update on Interim Decisions Concerning Member States' Borders with Belarus*, anche per i numeri, realmente impressionanti. Si veda poi in particolare la causa, pendente davanti alla Corte EDU, ric. n. 42120/21, *R.A. and others v. Poland*. In quel caso le misure provvisorie ordinate dalla Corte europea hanno prima ingiunto alla Polonia di fornire ai ricorrenti cibo, acqua, vestiti, cure e alloggio temporaneo; in un secondo momento quelle misure si sono estese all'ingiunzione di permettere agli avvocati dei ricorrenti di prendere i necessari contatti con quelli e all'ordine di non rimpatriare i ricorrenti in Bielorussia.

Carta. In secondo luogo, nessun ricorso per infrazione è stato deciso, né alcuno pende, in relazione alla violazione di quel divieto da parte degli Stati membri. Infine, come necessaria conseguenza del dato appena rilevato, nessuna misura provvisoria è stata ordinata dalla Corte.

Un vero e proprio …buco nero giurisdizionale sembra in effetti avere inghiottito l'art. 19, paragrafo 1, della Carta.

Anche laddove la giurisprudenza della Corte di giustizia sembra lasciare intravvedere uno scrutinio più attento delle misure poste in essere dagli Stati per "sigillare" le loro frontiere esterne, rispetto all'approccio adottato dalla Corte europea in due recenti sentenze di non violazione basate sul criterio dell'*own culpable conduct of the migrants*[38], il profilo dei diritti fondamentali, e in particolare il divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 19, paragrafo 1, della Carta, non trova alcuno spazio.

È opportuno ricordare a questo proposito la sentenza *M.A.* del giugno 2022[39]. In essa la Corte di giustizia si confronta con una misura lituana che, dichiarato lo stato di emergenza a fronte della situazione dei profughi accalcati alla frontiera bielorussa, restringe la possibilità di presentare una domanda di protezione internazionale ai soli valichi di frontiera, determinando l'inammissibilità delle domande di protezione presentate altrove.

La Corte di giustizia, pur censurando la misura emergenziale lituana, non si basa tuttavia, su un'autonoma valutazione dei diritti fondamentali in gioco, attraverso cui emerga uno standard più elevato della Carta rispetto ad un livello minimo garantito dalla CEDU. Infatti, la Corte si limita ad applicare, con il consueto rigore, il test di proporzionalità (idoneità e necessità) alle misure nazionali che derogano alle norme comuni dell'Unione. Nessun cenno è fatto alla possibile violazione dell'art. 19, paragrafo 1, della Carta, che pure nelle conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou aveva trovato almeno un marginale richiamo[40].

Certo, da un punto di vista formale è del tutto normale che la Corte non enunci, nel dispositivo, un principio di diritto sull'estensione del divieto di espulsioni collettive nella Carta. In una pregiudiziale in cui non solo il giudice remittente non aveva formulato espressa questione a tale riguardo, ma in cui soprattutto il caso concreto riguardava una

[38] Si tratta della sentenza della Corte EDU del 13 febbraio 2020, ricc. nn. 8675/15 e 8697/15, *N.D. and N.T. v. Spain*, e della sentenza della Corte EDU del 5 luglio 2022, ric. n. 55798/16 e altri quattro, *A.A. and others v. North Macedonia*.

[39] Sentenza della Corte del 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *M.A.*

[40] Conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou, del 2 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *M.A.*, nota a piè di pagina n. 97 e punto 143 del testo.

persona in stato di trattenimento amministrativo in attesa della determinazione del proprio status, non ci si poteva certo attendere una riformulazione del quesito in tal senso.

Purtuttavia, resta vero che un riferimento all'art. 19, paragrafo 1, della Carta, sia pur limitato ad un *obiter dictum* nelle motivazioni, avrebbe costituito un segnale importante, e non certo azzardato, nel complessivo contesto da cui emerge quella causa. Mancando quel riferimento, rimane la spiacevole impressione che nella sentenza *M.A.* il rigetto di sbrigative impostazioni emergenziali sia solo un (positivo) effetto collaterale: ciò che realmente sembra contare è il dato formale della prevalenza del diritto comune posto dal legislatore UE sulle difformi soluzioni nazionali.

Ciò detto, molto più preoccupante è l'assenza della violazione dell'art. 19, paragrafo 1, della Carta tra le censure sollevate dalla Commissione nel procedimento d'infrazione contro l'Ungheria relativo alle zone di transito di Röszke e Tompa, deciso con sentenza della Grande Sezione del dicembre 2020[41].

Emergono infatti incontestabilmente da quella procedura misure di *pushback* di un numero elevato di persone, poste in essere senza alcuna valutazione della posizione individuale, senza alcun provvedimento formale e senza alcuna garanzia procedurale. Insomma, un caso di egregia violazione del divieto di espulsioni collettive, anche alla luce del non rigorosissimo standard CEDU, come testimoniato dalla sentenza di violazione che la Corte EDU avrebbe poi adottato nel parallelo caso *Shahzad*, riferito a quelle medesime misure ungheresi.

Il silenzio della Commissione su quella violazione è tanto più significativo, in quanto il ricorso nel caso *Shahzad* era stato comunicato dalla Corte europea all'Ungheria sin dal 13 novembre 2017. Da quella data, dunque, il contenuto del ricorso era pubblico, e con esso il tenore dei due specifici quesiti formulati dalla Corte con il chiaro obiettivo di concentrare l'esame sulla violazione del divieto di espulsioni collettive[42]. Rimane evidentemente difficile da comprendere per quali ragioni di opportunità la Commissione europea non ritenne allora, a procedimento precontenzioso ancora aperto[43], di allargare anche all'art. 19,

[41] Sentenza *Commissione/Ungheria (zone di transito Röszke e Tompa)*, cit.

[42] Se ne veda il contenuto alla pagina www.hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179367.

[43] Quel procedimento precontenzioso era, è vero, aperto sin dal 2015, ma è altrettanto vero che appena qualche settimana prima, nel maggio 2017, la Commissione aveva inviato all'Ungheria una lettera di diffida complementare, estendendo la conte-

paragrafo 1, della Carta le contestazioni formulate all'indirizzo dell'Ungheria, privando di conseguenza la Corte di giustizia della possibilità di pronunciarsi per la prima volta su quella previsione.

8. Nella prospettiva di questo contributo, però, è decisiva la più generale constatazione che, pur di fronte ad una prassi di respingimenti da parte degli Stati membri sempre più grave e generalizzata, alla Corte di giustizia non giungano casi relativi al divieto di espulsioni collettive.

Le spiegazioni di tale inquietante assenza dell'art. 19, paragrafo 1, dal radar della giurisprudenza della Corte di giustizia sembrano essere almeno due.

Anzitutto, vi è un palese disinteresse della Commissione a perseguire quelle violazioni commesse dagli Stati membri. Ciò è coerente con le priorità politiche della Commissione europea, che sembrano piuttosto incoraggiare gli Stati nella gestione muscolare della frontiera esterna. Lo si desume abbastanza chiaramente dalle proposte introdotte a dicembre 2021 per far fronte a quello che viene definito un "attacco ibrido" all'Unione da parte del regime bielorusso, tramite la strumentalizzazione dei migranti[44], in linea del resto con l'impostazione enunciata, più in generale, nel programma di iniziative legislative chiamato *Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo*[45]. Seppure tutte quelle proposte pretendano di far salva la perdurante osservanza dei diritti fondamentali delle persone interessate, esse propongono in buona sostanza di generalizzare le procedure di confine in quei tre Stati membri, pur di fronte all'e-

stazione, tra l'altro, alla violazione degli artt. 6, 18 e 47 della Carta. Cfr. punto 63 della sentenza *Commissione/Ungheria (zone di transito Röszke e Tompa)*, cit.

[44] Cfr. COM/2021/752 fin., del 1° dicembre 2021, proposta di decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia - basata sull'art. 78, paragrafo 3, TFUE. Cfr. altresì le collegate proposte COM/2021/891 fin., relativa a modifiche del codice frontiere Schengen, e COM (2021) 890fin., volta a predisporre uno strumento generale per consentire agli Stati membri di "affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo", entrambe del 14 dicembre 2021.

[45] Al cui interno spicca COM/2020/611 fin, del 23 settembre 2020, proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE. Sull'impatto di tale proposta e del complessivo approccio sotteso al *Patto* cfr. M. den Heijer, *The pitfalls of border procedures*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, pp. 641-672.

videnza di un rilevantissimo rischio di serie violazioni di quei diritti[46], testimoniato dalle molte misure cautelari ingiunte dalla Corte EDU nel contesto della situazione alla frontiera bielorussa.

In secondo luogo vi è, in relazione al rispetto dei diritti fondamentali dei migranti alle frontiere esterne dell'Unione, un tendenziale inaridirsi della "fonte" del rinvio pregiudiziale di fronte a prassi come quelle con cui ci si confronta in questo studio[47]. Si tratta, come si è visto, di respingimenti nella gran parte dei casi informali – senza l'adozione di provvedimenti amministrativi – ai quali è data esecuzione immediata e concatenati in una sequela di successivi respingimenti informali fino all'esterno del territorio dell'Unione. Ciò accade ai danni di persone prive, il più delle volte, di qualsiasi mezzo, ma prima ancora di qualsiasi consapevolezza della possibilità di contestare le misure cui sono sottoposte. Spesso, poi, come si è detto, la stessa attività di sostegno, compreso il sostegno legale, a quelle persone è concretamente ostacolata dalle autorità, cosicché neppure quei fenomeni di c.d. *legal mobilization*[48] che in altri casi portano all'emersione di casi pilota, possono qui giocare alcun ruolo significativo.

Anche laddove, eccezionalmente, si trovi una strada per le corti nazionali, non emerge alcun rinvio pregiudiziale. Così è stato per il caso italiano deciso con l'ordinanza (cautelare) del Tribunale di Roma del febbraio 2021[49] e con la successiva ordinanza collegiale su reclamo del

[46] Cfr., per un'analisi critica, F. Peerboom, *Protecting Borders or Individual Rights? A Comparative Due Process Rights Analysis of EU and Member State Responses to 'Weaponised' Migration*, in *europeanpapers.eu*, vol. 7, n. 2, 2022, pp. 583-600.

[47] Diverso è il caso dei provvedimenti di detenzione, o dei provvedimenti formali di espulsione, adottati nei confronti di cittadini di Paesi terzi, rispetto ai quali le condizioni di accesso alla Corte continuano, nel complesso, a essere garantite, anche di fronte ad eventuali previsioni di senso opposto del diritto interno – come nel caso ungherese. Cfr. A. Favi, *Protecting Asylum Seekers and Migrants in the Context of the Rule of Law Crisis in EU Member States: The Recent Approach of the Court of Justice of the EU through the Lens of the Global Compacts on Refugees and Migration*, in *Laws*, vol. 11, n. 3, 2022.

[48] Cfr. V. Passalacqua, *Legal Mobilization via Preliminary Reference: Insights from the Case of Migrant Rights*, in *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, pp. 751-776.

[49] Si tratta dell'ordinanza cautelare, del 18 gennaio 2021, del giudice monocratico del Tribunale di Roma, nel procedimento R.G. 56420/2020, in cui si constata l'illegittimità della prassi di applicazione informale del mai pubblicato né ratificato Accordo bilaterale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Slovenia sulla riammissione delle persone alla frontiera, firmato a Roma il 3 settembre 1996, constatandosi che la riammissione avviene senza alcun provvedimento amministrativo.

Ministero dell'Interno dell'aprile seguente[50]. Così è stato, del pari, per i casi decisi dal Tribunale Amministrativo della Repubblica di Slovenia nel dicembre 2020[51] e dal Tribunale superiore amministrativo del Land austriaco della Stiria nel luglio del 2021[52].

Ora, se nel caso italiano si può comprendere il ritegno del giudice del procedimento cautelare a sospendere la trattazione per sottoporre una questione pregiudiziale, meno comprensibile è l'atteggiamento della corte slovena e di quella austriaca. La scelta di non proporre quel rinvio e, per la corte d'appello austriaca, di non citare neppure la Carta, è però la spia dell'ineffettività dell'ordinamento dell'Unione in questo specifico ambito.

Detto in altri termini: perché mai ad un giudice dovrebbe venire in mente di sollevare una pregiudiziale sull'art. 19, paragrafo 1, della Carta, se la Commissione europea non ha mai contestato agli Stati membri la violazione del divieto di espulsioni collettive sancito da quella disposizione, neppure per gli Stati membri di cui la Corte EDU ha accertato la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4?

Complessivamente, rimane l'assenza, all'ora attuale, di alcun contributo del meccanismo del rinvio pregiudiziale al rispetto del divieto di espulsioni collettive e la complessiva irrilevanza della previsione della Carta nel sistema di tutela giurisdizionale dell'ordinamento interindividuale dell'Unione.

Le prime due equazioni illustrate in apertura di questo scritto scricchiolano allora vistosamente, come esito di quella che sembra essere una predisposizione strutturale del sistema a non garantire un reale ac-

[50] Ordinanza del Tribunale di Roma, del 27 aprile 2021, nel procedimento R.G. 56420/2020, che ha disposto la revoca dell'ordinanza cautelare sopra citata, per difetto legittimazione attiva del ricorrente, in relazione alla mancata prova della materialità dei fatti (attraversamento della frontiera e successivo respingimento informale al di fuori di essa).

[51] Sentenza dell'Upravno sodišče (Tribunale Amministrativo, Slovenia) del 17 dicembre 2020, UPRS Sodba I U 1686/2020, reperibile *online* al sito www.sodnapraksa.si/. In quella decisione la corte slovena, applicando per la prima volta nella giurisprudenza di quello Stato l'art. 19, paragrafo 1, della Carta (ivi, par. 245), afferma la violazione del divieto di espulsioni collettive in relazione al respingimento a catena dalla Slovenia alla Croazia [e di qui alla Bosnia Erzegovina] di un cittadino iracheno di etnia curda e di un cittadino camerunese (se ne vedano in particolare i punti 249-273 della motivazione.

[52] Sentenza del Landesverwaltungsgericht Steiermark del 1° luglio 2021, LVwG 20.3-2725/2020, relativo ad un caso di respingimento informale dall'Austria alla Slovenia e, di lì, a catena, fino in Bosnia-Erzegovina.

cesso ai giudici dell'Unione da parte degli individui oggetto di respingimenti informali. Il problema è però che, in quest'ambito, non opera neppure il puntello esterno, costituito dalla procedura di infrazione, poiché la variabile presente nella quarta equazione – la discrezionalità politica della Commissione – ne annulla le potenzialità. E del resto, sia detto meramente per inciso, in questo contesto neanche il sistema dei ricorsi diretti contribuisce in alcun modo a riequilibrare il sistema: ne sono testimonianza "l'inafferrabile" e non impugnabile accordo con la Turchia[53] e l'altrettanto sfuggente posizione di Frontex nelle operazioni congiunte con le autorità nazionali.

Con il che viene però complessivamente contraddetta anche la terza equazione fondamentale, relativa alla dimensione qualitativa dell'ordinamento interindividuale dell'Unione: in questo settore, è la grave constatazione, quell'ordinamento non riesce ad assicurare l'effettività di un diritto umano fondamentale che pure è sancito – e dovrebbe dunque essere garantito – dalle sue fonti supreme.

Se cosi è, occorre allora riscrivere le equazioni fondamentali su cui si basa l'ordinamento giuridico interindividuale dell'Unione ed azzardare la definizione di un'odiosa equazione *ad excludendum*. Essa porterebbe a configurare una nuova complessiva definizione di quell'ordinamento che suonerebbe, approssimativamente, così: si tratta di un ordinamento giuridico di nuovo genere, che riconosce la piena soggettività dell'individuo e ne garantisce i diritti fondamentali, tramite meccanismi che assicurano una tutela giurisdizionale pronta ed effettiva, ma che esclude dal novero dei suoi soggetti i cittadini di Paesi terzi che valicano le frontiere esterne dell'Unione senza un regolare titolo d'ingresso, o che sono comunque appresi dalle autorità di polizia dei suoi Stati membri nei pressi di quelle frontiere.

Il problema è che l'esclusione di quegli individui (non dal territorio dell'Unione, bensì) dalla stessa possibilità di far valere un diritto fondamentale pur espressamente sancito dalla Carta a garanzia della loro dignità, nega la logica stessa dei diritti fondamentali della persona umana: quella della loro unità ed indivisibilità.

Volendo usare la metafora dello stato di salute, possiamo dunque dire che l'ordinamento dell'Unione è un organismo colpito da una gra-

[53] Cfr. le ordinanze del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-257/16, *NM/Consiglio europeo* e in due altre cause collegate, confermate poi dall'ordinanza della Corte del 12 settembre 2018, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, *NF e a./Consiglio europeo.*

ve malattia. Essa è concentrata, è vero, su un'appendice esterna, ma rischia di originare una cancrena che si estende all'intero organismo.

Abbandonando la metafora, se è vero che la violazione dei valori strutturali dell'art. 2 TUE da parte degli Stati membri rischia di ripercuotersi a catena sui diritti fondamentali[54], non può negarsi che una violazione diffusa da parte di numerosi Stati membri di uno dei diritti fondamentali enunciati dalla Carta, senza che il sistema del diritto dell'Unione ponga in essere una reazione capace di ristabilirne l'effettività, mette in dubbio la stessa affermazione che l'Unione si fondi su quei principi e valori, a loro volta intrinsecamente connessi in una struttura "costituzionale" che, per esserlo, deve necessariamente rifletterli[55].

9. Come uscire da questo vicolo cieco?

Mi sembra evidente che, se si vuole invertire la rotta, si deve puntare ad una garanzia di effettività del divieto di espulsioni collettive e, in prospettiva, ad una riattivazione dell'effettività della tutela giurisdizionale dell'individuo in relazione alle misure di gestione delle frontiere esterne.

Tuttavia nel contesto attuale, per le ragioni "reali" di oggettiva marginalità del rinvio pregiudiziale che si sono appena viste, quella riattivazione dell'effettività della tutela giurisdizionale – e con essa dell'effettività del divieto di espulsioni collettive, non può probabilmente partire dal basso, cioè dal sistema giurisdizionale integrato dell'Unione costituito dai giudici nazionali in collaborazione con la Corte di giustizia.

Rimane la strada di un ricorso diretto che consenta alla Corte di pronunciarsi sulle ipotesi di violazione del divieto di espulsioni collettive, e di farlo garantendo l'effettività di quel divieto.

Seppure in ogni caso non agevole, una riforma in quest'ambito appare più o meno realisticamente praticabile secondo l'ambizione dello strumento previsto ed il livello al quale si dovrebbe situare l'innovazione del sistema normativo.

[54] Cfr. E. Cannizzaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, pp. 158-169, spec. p. 163.

[55] Cfr. le osservazioni di E. Levits, *L'Union européenne en tant que communauté de valeurs partagées – les conséquences juridiques des articles 2 et 7 du traité sur l'Union européenne pour les États membres*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, *op. cit.*, pp. 509-522, pp. 512 e 517.

Tre potrebbero essere le riforme capaci di rinforzare l'effettività dei diritti fondamentali connessi all'attraversamento, e più in generale alla gestione, delle frontiere esterne.

10. La prima, più diretta ed ambiziosa, ma anche meno realistica da immaginare, consiste in una modifica dei Trattati che istituisca un autonomo ricorso diretto alla Corte di giustizia per violazione da parte degli Stati membri dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Una simile competenza potrebbe essere strutturata come eccezionale, perché attivabile solo dopo un giudizio di filtro operato dalla stessa Corte ed avente ad oggetto l'ineffettività dei normali rimedi giurisdizionali. Legittimati attivi di un simile ricorso, per giungere a risultati capaci di incidere sulla mancanza di effettività che si è constatata, dovrebbero essere i singoli che adducano una violazione di un proprio diritto fondamentale[56] e, in aggiunta a quelli, un'autorità indipendente dell'Unione: in ipotesi, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, FRA, a seguito di opportuna modifica del regolamento istitutivo, basato sull'art. 352 TFUE, eventualmente affiancata da singole autorità indipendenti (ombudsman) nazionali, costitutive di una rete europea in materia, da istituirsi tramite intervento basato anch'esso sull'art. 352 TFUE.

Nell'esercizio di quella competenza, la Corte potrebbe evidentemente fare uso anche dei rimedi cautelari già previsti dal Trattato.

Percorrendo una strada siffatta, si avrebbe uno strumento di portata generale, capace cioè di porre rimedio a problemi di effettività relativi a qualunque diritto fondamentale previsto dalla Carta, ma destinato ad attivarsi solo negli ambiti in cui l'effettività della tutela non sia garantita dagli strumenti ordinari – com'è per l'appunto il caso del divieto di espulsioni collettive.

È evidente, però, che si tratta di una strada impervia, poiché sarebbe a tal fine necessaria una modifica nei Trattati e, in linea di massima, quella modifica dovrebbe introdursi tramite procedura di revisione ordinaria. Al più, sarebbe pensabile un ricorso alla procedura di revisione semplificata limitando quell'eccezionale competenza allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed introducendola dunque come innovazione all'art. 67, paragrafo 4, TFUE, in materia di accesso alla giustizia.

[56] Sul modello del *recurso de amparo constitucional* nel sistema spagnolo, o del *Verfassungsbeschwerde* tedesco federale o, ancora, del *Bescheidsbeschwerde* o dell'*Individualbeschwerde* previsto nel sistema costituzionale austriaco.

11. Una seconda riforma, praticabile con minore difficoltà dal punto di vista delle procedure applicabili, ma pur sempre condizionata ad un sostanziale accordo politico tra gli Stati membri, consisterebbe nell'attribuzione di una specifica potestà decisionale in materia all'Agenzia FRA, sulla base di dati raccolti da questa sul terreno, dei rapporti delle istituzioni internazionali governative rilevanti come ACNUR-UNHCR, e di circostanziate denunce presentate da interessati ed organizzazioni non governative. Quelle decisioni sarebbero poi contestabili davanti al Tribunale e alla Corte nell'ambito del normale funzionamento dell'art. 263 TFUE.

Una riforma del genere richiederebbe sicuramente un intervento legislativo. Quanto alle basi giuridiche, le alternative sono almeno due.

La prima è l'art. 352 TFUE, necessario qualora si volesse introdurre la riforma proposta tramite una corrispondente modifica del regolamento istitutivo dell'Agenzia, prevedendo una competenza dell'Agenzia estesa a qualsiasi violazione dei diritti fondamentali posta in essere dagli Stati nell'ambito di applicazione del diritto UE. È però evidente che una riforma di tale ampiezza non sarebbe, allo stato, neppure necessaria.

Ciò di cui c'è bisogno è, unicamente, un reale rinforzo all'effettività dei diritti fondamentali nello spazio di libertà sicurezza e giustizia e, ancor più precisamente, in relazione alla gestione delle frontiere esterne. In tale prospettiva, la base giuridica adeguata sarebbe allora l'art. 79, paragrafo 2, lettere a) e c). Quest'ultima disposizione, in particolare prevede l'adozione, con procedura legislativa ordinaria, di misure nel settore della "immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare".

Con ciò si abbassa certo l'asticella procedurale, passando dalla necessità di una deliberazione unanime in Consiglio alla maggioranza qualificata. Anche questo traguardo sembra però irrealistico all'ora attuale.

12. La terza alternativa per introdurre una riforma capace di rimediare all'attuale assenza di effettività dell'art. 19, paragrafo 1, della Carta si pone all'interno delle attuali competenze della Commissione e potrebbe avvenire tramite una semplice modifica della regolamentazione interna di quell'istituzione. Si tratterebbe, in particolare, di immaginare la costituzione, all'interno della Commissione, di una struttura funzionalmente autonoma[57] e posta, dal punto di vista formale,

[57] Cosa possibile, su semplice decisione del/la Presidente della Commissione, già nell'ambito dell'attuale formulazione dell'art. 22 del regolamento interno della Com-

sotto l'egida della Presidenza, che abbia il potere di iniziare e gestire le procedure di infrazione, senza sottostare ad indicazioni di priorità politiche da parte del collegio, né del/la sua Presidente, in relazione ad ipotesi di violazione dei diritti umani nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Quest'ultima "riforma", del resto, potrebbe essere l'oggetto di un dibattito aperto su una piattaforma politica realmente europea, in vista della prossima legislatura parlamentare. È evidente infatti che, dal lato sostanziale, la protezione dei diritti fondamentali costituisce un tema politico "alto" e trasversale, su cui è ben pensabile registrare una convergenza tra diversi gruppi politici che prescinda, in particolare, dalle posizioni sul tipo di politica dell'immigrazione che si voglia privilegiare. Dal lato procedurale, del resto, una tale modifica della prassi interna e delle modalità organizzative della Commissione potrebbe ben essere posta dal Parlamento come condizione per l'approvazione di una candidata o di un candidato Presidente, senza dover passare per l'approvazione (unanime o anche solo maggioritaria) dei soggetti che dovrebbero essere in tal modo sottoposti ad un più incisivo scrutinio: gli Stati membri.

missione, ai sensi del quale "[p]er rispondere a esigenze particolari, il presidente può istituire funzioni e strutture specifiche, con precisi compiti, di cui provvede a definire le competenze e le modalità operative".

RICORDO DI TESAURO

Antonella Damato[*]

Ho conosciuto il Professore Tesauro in occasione di un mio *stage* presso la Corte di giustizia. Venendo dal mondo universitario, sono andata a presentarmi e a salutarlo. Mi sono trovata di fronte a una persona di estrema gentilezza e cordialità, che mi ha fatto sentire immediatamente "accolta".

Ha così avuto inizio un rapporto non limitato esclusivamente al piano degli interessi, per così dire, professionali, ma anche, via via, di affetto sul piano personale, che è rimasto immutato nel tempo.

Del periodo lussemburghese ricordo l'atmosfera che si respirava nel suo *cabinet* di Avvocato generale. Assoluta cortesia, cordialità – come pure leggerezza e ironia – unitamente a estremo rigore nell'affrontare le questioni giuridiche, su temi molto spesso delicati, concernenti la sua funzione. Signorilità nel tratto e acutezza sul piano giuridico e scientifico erano aspetti caratterizzanti questi incontri.

Aspetti che peraltro trovavano riscontro, da un punto di vista più generale, in ogni occasione di incontro in cui si discuteva di questioni giuridiche.

Ricordo, inoltre, i pranzi alla mensa della Corte. La piacevolezza della conversazione e anche l'allegria.

Non posso dimenticare gli inviti a pranzo a casa del Professore nei giorni di festa, cui ho partecipato insieme ai suoi collaboratori, con eventuale telefonata alla moglie, in Italia, per conoscere i tempi di cottura dei piatti da preparare.

Un altro tratto della figura del Professore era la disponibilità. Nonostante gli impegni istituzionali connessi alle cariche di volta in volta assunte, non ha mai rifiutato di partecipare a convegni universitari o a incontri di formazione di operatori giuridici. Talvolta era accompagnato dalla moglie, persona altrettanto squisita e cordiale, con la quale nei momenti di pausa degli impegni di lavoro, mi è capitato di fare piacevoli passeggiate in giro per negozi.

Espressione di disponibilità e attenzione erano anche gli inviti, di cui sono stata fatta partecipe, a prendere parte a eventi – ad esempio

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Bari.

udienze della Corte costituzionale – in cui si trattavano questioni interessanti il diritto dell'Unione europea o il diritto internazionale.

L'attenzione si esprimeva altresì nel fare menzione in contesti ufficiali di lavori scientifici a prescindere dalla presenza della persona interessata.

Non posso, infine, non menzionare gli incontri con il Professore nello studio della sua casa di Napoli. Momenti di progettualità lavorativa, ma anche di partecipazione alla esposizione di dubbi, di delusioni professionali ai quali ci mette di fronte, inevitabilmente, la vita.

Ed è così che lo voglio ricordare. Nel suo studio, con le vetrate che danno sul mare.

IL "SENSO PRATICO" DELLA CORTE COSTITUZIONALE SPIEGATO DAL PROFESSOR TESAURO: LA SENTENZA N. 263/2022 E LA SENTENZA *LEXITOR* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Luigi Daniele[*]

SOMMARIO: 1. Il "senso pratico" secondo il Prof. Tesauro. – 2. Un esempio del passato: la sentenza n. 227/2010. – 3. Come applicare il "senso pratico". – 4. Un esempio recente: la sentenza n. 263/2022. – 5. Il "nuovo" art. 215-*sexies* T.U.B. e la sentenza *Lexitor*. – 6. Il rinvio alle "norme secondarie" della Banca d'Italia. – 7. La mancata applicazione della "interpretazione conforme". – 8. Conclusioni.

1. Dopo la sua nomina a giudice della Corte costituzionale, ho avuto innumerevoli occasioni di ascoltare il Prof. Tesauro parlare delle pronunce della Consulta che toccavano questioni attinenti i rapporti tra l'ordinamento nazionale e il diritto dell'Unione europea. Spesso, mi è stato anche possibile parlargliene in prima persona ed esprimergli le mie riserve su questa o quella decisione.

Il Prof. Tesauro, pur rispettando il suo ruolo e il segreto della camera di consiglio, non si è mai tirato indietro di fronte alle mie critiche. Talora, con il suo stile sornione, accompagnato dalla cadenza partenopea così tipica del personaggio, Egli ha accennato al "senso pratico" con cui la Corte, nel suo lavoro giurisprudenziale, opera, "senso pratico" che invece sfugge a noi studiosi.

Da quanto ho potuto capire dalle sue considerazioni, una volta che la questione di costituzionalità sia giunta alla Corte e salvo che venga dichiarata inammissibile rapidamente, senza scendere troppo nel merito, la Corte non ama "lavarsene le mani" e rimettere la questione al giudice remittente, ma preferisce risolverla direttamente, per esigenze di praticità e di speditezza. E questo vale particolarmente nei casi in cui sia coinvolto il diritto dell'Unione europea, che siano invocati come parametri di costituzionalità gli artt. 11 e 117, comma 1, ovvero altre disposizioni.

Come tutti sanno, questa tendenza a trattenere presso di sé le questioni di diritto dell'Unione ha trovato recentemente conferma nei casi

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Roma "Tor Vergata".

in cui il giudice remittente ha invocato la violazione di un diritto fondamentale tutelato tanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto dalla Costituzione[1].

Anche il moltiplicarsi di casi di rinvii pregiudiziali d'interpretazione alla Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale nell'ambito di giudizi di costituzionalità in via incidentale[2] dà l'impressione di aver del tutto capovolto il *self-restraint* che la Consulta aveva enunciato a partire da *Granital*[3], in maniera da poter instaurare un dialogo diretto con la Corte di giustizia, piuttosto che lasciarlo ai giudici comuni. In questa ottica, la Corte "trattiene" presso di sé casi in cui si tratta di profili attinenti all'interpretazione del diritto dell'Unione e sottopone essa stessa alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali che il giudice comune avrebbe ben potuto o perfino dovuto porre esso stesso.

2. A conferma di quanto sopra, posso riferire uno scambio di vedute con il Prof. Tesauro, avvenuto nel corso di un seminario organizzato dagli amici dell'Università di Trieste.

La sentenza che aveva suscitato un acceso dibattito in quella sede era la n. 227/2010[4].

Come si ricorderà la questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), nella parte in cui stabiliva che, "se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale", la Corte di appello può rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto e disporre che la pena o la misura

[1] A partire dalla sentenza n. 269/2017.

[2] A partire dalla ordinanza n. 207/2013, sul caso del personale scolastico, e dalla ordinanza n. 24/2017, sulla vicenda "Taricco".

[3] Sentenza n. 170/1984.

[4] Sulla quale v., tra gli altri, i commenti di N. Lazzerini, *UE - Corte costituzionale, sentenza n. 227/2010 (mandato di arresto europeo)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2010, www.osservatoriosullefonti.it/fonti-dellunione-europea-e-internazionali/310-corte-costituzionale-sentenza-n-2272010-illegittimita-parziale-della-normativa-italiana-che-attua-la-decisione-quadro-sul-mandato-di-arresto-europeo; R. Calvano, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Calvano01.pdf.

di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al diritto interno, ma soltanto "qualora la persona ricercata sia cittadino italiano".

Il giudice remittente (la Suprema Corte di cassazione) sosteneva che la disposizione denunciata avrebbe violato l'art. 117, comma 1, Cost., integrato dall'art. 4, comma 6, della decisione quadro. Tale articolo consentirebbe ad uno Stato membro di rifiutare l'esecuzione di un MAE diretto all'esecuzione di una pena detentiva, qualora il MAE riguardi un cittadino dello Stato dell'esecuzione, ovvero ivi risieda o vi abbia dimora. Lo stesso articolo non consentirebbe di limitare il rifiuto al solo cittadino ed escludere tale possibilità nel caso di un cittadino di un altro Stato membro che dimostri di essere residente nello Stato dell'esecuzione, come invece aveva disposto la disposizione censurata.

Inoltre, la disposizione avrebbe violato anche il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (ora art. 18 TFUE), in quanto negava in modo assoluto al cittadino di altro Stato membro dell'Unione la possibilità della detenzione in Italia, che invece era consentita al cittadino italiano.

La Corte costituzionale, dopo aver ampliato il parametro di costituzionalità, includendovi anche l'art. 11, che costituisce pur sempre il "sicuro fondamento" per definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario[5], non ha avuto difficoltà ad affermare che, trattandosi di una disposizione di una decisione quadro, in quanto tale priva di efficacia diretta, il conflitto tra tale disposizione e la norma di legge censurata non poteva essere risolto che tramite il giudizio di costituzionalità. Ben aveva fatto, pertanto, il giudice remittente a rivolgersi alla Corte costituzionale, non potendo esso stesso disapplicare la norma di legge incompatibile[6].

Meno agevole per la Corte è stato ammettere che il giudice remittente dovesse sollevare una questione di costituzionalità *anche* per quanto riguarda la possibile violazione da parte della norma censurata dell'art. 18 TFUE, cioè del divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

La Corte, infatti, ha sentito la necessità di dedicare al punto un lungo passaggio che merita di essere riportato integralmente:

"Anche sotto tale profilo è corretto il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la 'non applicazione' della confliggente norma

[5] Punto 7.0 delle considerazioni in diritto.

[6] Punto 7.1, secondo comma, delle considerazioni in diritto.

interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti. Al legislatore dello Stato membro, infatti, è consentito di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata, come, ad esempio, in una fattispecie quale quella che ci occupa, la previsione di un ragionevole limite temporale al requisito della residenza del cittadino di uno Stato membro diverso da quello di esecuzione (Corte di giustizia, sentenza Wolzenburg). Non solo, ma a precludere al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile, vale anche la circostanza che nella specie si verte in materia penale e che un provvedimento straniero che dispone la privazione della libertà personale a fini di esecuzione della pena nello Stato italiano non potrebbe essere eseguito in forza di una norma dell'Unione alla quale non corrisponda una valida norma interna di attuazione (sentenza n. 28 del 2010, punto 5)"[7].

Una volta riconosciuta la propria "competenza" a pronunciarsi su entrambi i profili, la Corte costituzionale, statuendo nel merito, ha agevolmente rilevato l'incompatibilità della norma di legge censurata con l'art. 4, comma 6, della decisione quadro, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia pertinente[8]. Essa ne ha pertanto dichiarato la parziale incostituzionalità nella misura in cui "non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno".

3. A Trieste fummo in più a chiedere al Prof. Tesauro se, secondo lui, la Corte costituzionale non avrebbe fatto meglio a non "tirare in ballo" affatto l'art. 18 TFUE.

In realtà, gli fu fatto osservare che, concentrando l'attenzione sulla violazione di tale norma, la Corte, seguendo la logica *Granital*, avrebbe

[7] Punto 7.1, terzo comma, delle considerazioni in diritto.

[8] Punto 8 delle considerazioni in diritto. Le sentenze richiamate della Corte di giustizia sono quelle sui casi *Wolzenburg* (sentenza della Corte del 6 ottobre 2009, causa C-123/08) e *Kozlowski* (sentenza della Corte del 17 luglio 2008, causa C-66/08).

dovuto restituire la questione al giudice remittente perché disapplicasse direttamente la norma censurata. Non vi è infatti alcun dubbio, che, secondo la giurisprudenza molto risalente e consolidata della Corte di giustizia, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità costituisce il caso paradigmatico di norma direttamente efficace[9] e quindi tale da essere applicata direttamente dal giudice comune, secondo quanto richiede la sentenza *Simmenthal*[10], condivisa, su questo punto, dalla stessa sentenza *Granital*.

Né la "difesa" della Corte costituzionale era convincente. Il fatto che uno Stato membro possa addurre, a determinate condizioni, giustificazioni per derogare al divieto di discriminazione in base alla nazionalità, non è mai stato considerato motivo per considerare la norma non direttamente efficace[11]. Nemmeno rilevava che la decisone quadro sul MAE ricadesse nella materia penale, dal momento che il divieto di discriminazione in base alla nazionalità trova applicazione diretta anche in questo campo[12].

La risposta del Prof. Tesauro, se ricordo bene, è stata che, arrivata al punto dove era arrivata la Corte costituzionale nell'esaminare la questione, una restituzione della stessa al giudice remittente sarebbe stata una perdita di tempo inutile e addirittura imbarazzante. Quindi, tanto valeva dichiarare la norma parzialmente incostituzionale e correggerne così *erga omnes* il difetto.

E su questo fummo tutti costretti a trovarci d'accordo. A volte, *summum ius*, *summa iniura*.

4. Questa saggia riflessione del Prof. Tesauro, mi è venuta in mente esaminando l'ultima pronuncia della Corte costituzionale dell'anno 2022 in cui vengono in rilievo i rapporti tra legge italiana e diritto dell'Unione: la sentenza n. 267/2022.

La vicenda è assai complessa e può riassumersi così.

La Corte costituzionale ha censurato, per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, il tentativo "maldestro" e "pasticciato" del legislatore di venire incontro alle banche e agenzie finanziarie che operano nel

[9] A partire dalla sentenza della Corte del 21 giugno 1974, causa C-2/74, *Reyners*, punti 24-27.

[10] Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

[11] A partire dalla sentenza della Corte del 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn/Home Office*, punti 6 e 7.

[12] A partire dalla sentenza della Corte del 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Cowan*, punti 7 e ss.

settore del credito al consumo e di limitare nel tempo la portata della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Lexitor*[13].

In questa sentenza, la Prima sezione della Corte aveva giudicato quanto segue:

"L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore".

Statuendo come riportato, la Corte aveva affermato che, in caso di rimborso anticipato del credito, al consumatore va restituita una proporzione, in relazione al tempo trascorso, del "costo totale" del credito, calcolata, cioè, non soltanto sui costi variabili in funzione della durata del contratto (cc.dd. costi *recurring*) ma anche sui costi che non dipendono dal fattore tempo (cc.dd. costi *up-front*). Questi ultimi sono costi "una tantum", sostenuti al momento della stipula del contratto di credito, quali i costi di istruttoria o di intermediazione.

Tale interpretazione non era quella seguita dalla giurisprudenza italiana[14], nonché nelle decisioni dei vari Collegi dell'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), comprese quelle del Comitato del Coordinamento ABF[15]. Anche dagli orientamenti adottati della Banca d'Italia, nell'e-

[13] Sentenza della Corte dell'11 settembre 2019, causa C383/18, *Lexitor*. Un caso simile è pendente dinanzi alla Corte di giustizia. Si tratta della causa C-555/2021, *Unicredit Bank Austria*, che riguarda l'interpretazione dell'art. 25, par. 1, della direttiva 2014/17 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, di contenuto assai simile all'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE, oggetto della sentenza *Lexitor*. Sulla causa *Unicredit Bank Austria*, l'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, ha presentato le sue conclusioni in data 29 settembre 2022. Su di esse v. il commento di B. Nascimbene, *La causa UniCredit Bank Austria. Le conclusioni dell'avvocato generale: Lexitor o non Lexitor?*, in *Dialoghi di Diritto dell'economia*, 17 novembre, 2022, www.dirittobancario.it/art/la-causa-unicredit-bank-austria-le-conclusioni-dellavvocato-generale-lexitor-o-non-lexitor. Nella nota 1 sono riportati gli estremi dei numerosissimi commenti della sentenza *Lexitor* apparsi, soprattutto, nelle riviste di diritto bancario.

[14] Come riferito dal Tribunale ordinario di Torino rimettente: punto 3 delle considerazioni in fatto della sentenza 263/2022. Anche in Polonia, come indicato dal giudice del rinvio nella causa *Lexitor*, l'interpretazione prevalente era nello stesso senso di quella seguita in Italia: sentenza *Lexitor*, punto 16.

[15] V., in particolare, le decisioni nn. 6167/2014, 10003/2016, 10017/2016 e 10035/2016.

sercizio della funzione di vigilanza sull'attività bancaria e finanziaria, sembrava dedursi un'interpretazione più restrittiva di quella scelta dalla sentenza *Lexitor*[16]. Si riteneva, infatti, che l'art. 125-*sexies*, inserito dall'art. 1 D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, nel D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.), il cui testo, salve piccole differenze lessicali, riproduceva correttamente l'art. 16, par. 1, della direttiva, stabilisse che andassero presi in considerazione, ai fini della restituzione al consumatore in caso di estinzione anticipata, soltanto i costi *recurring*, in quanto legati alla durata del contratto, e non quelli *up-front*.

Tuttavia, in seguito alla sentenza *Lexitor*, l'orientamento della giurisprudenza e del sistema ABF mutava e veniva accolta la soluzione secondo cui anche i costi *up-front* andavano presi in considerazione per la restituzione al consumatore[17].

Infine, in sede di conversione del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 (Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali), la L. 23 luglio 2021, n. 106 inseriva nel D.L n. 73, un nuovo art. 11-*octies*, destinato a sostituire l'art. 215-*sexies* T.U.B.

La nuova disposizione è costituita da due commi.

Il comma 1, diviso in ben 5 *sub*-commi, riprende, grosso modo, al n. 1 quanto già previsto dall'art. 125-*sexties*, comma 1. e dall'art. 16, par. 1 della direttiva, mentre ai numeri successivi detta alcuni dettagli circa il rimborso[18].

[16] V., gli orientamenti approvati dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009 e rivisti il 9 febbraio 2011, richiamati dal Tribunale ordinario di Torino rimettente al punto 4, quarto comma, delle considerazioni in fatto. V. anche gli orientamenti di vigilanza "Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione", allegata alla delibera n. 145/2018 della Banca d'Italia – Dipartimento della vigilanza bancaria e finanziaria – Servizio di tutela dei clienti e antiriciclaggio. Il punto 15 affermava che sarebbe "buona prassi indicare, in forma aggregata, oltre che in dettaglio, il totale degli oneri che non verranno restituiti al cliente in casi di estinzione anticipata".

[17] Come indica il Tribunale ordinario di Torino rimettente al punto 3, terzo comma, delle considerazioni in fatto.

[18] Mette contro rimarcare come la nuova disciplina sembri rivolta a tutelare anche (e soprattutto?) la posizione del finanziatore. In particolare, il n. 3 del comma 1 accorda al finanziatore un "diritto di regresso nei confronti dell'intermediario del credito per la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione del credito". I nn. 4 e 5, inoltre, che corrispondono ai nn. 3 e 4 della precedente versione e danno attuazione a quanto previsto dal par. 2, dell'art. 16 della direttiva, disciplinano, secondo modalità che qui non occorre descrivere, il diritto del finanziatore ad ottenere "un indennizzo equo e oggettivamente giustificato per even-

5. Il "punto dolente" della nuova disposizione, tuttavia, è contenuto nel comma 2, che recita:

> "2. L'articolo 125-*sexies* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti".

Il comma 2 riprodotto stabilisce che il nuovo "regime" del comma 1 non si applica retroattivamente, nel senso che ai contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di conversione continua ad applicarsi il "regime" come stabilito dalla versione precedente dell'art. 125-*sexies* T.U.B. ma anche dalle "norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti", si badi, non alla data dell'entrata in vigore delle legge di conversione, ma a quella "della sottoscrizione dei contratti."

Come si spiega l'irrituale rinvio alle "norme secondarie" della Banca d'Italia?

Il fatto è che l'originaria versione dell'art. 125-*sexies*, come si è accennato, era quasi identica all'art. 16 della direttiva. Essa si sarebbe sicuramente prestata ad un'interpretazione conforme all'art. 16 come "letto" dalla sentenza *Lexitor*. Ed infatti, come si è già detto, subito dopo l'intervento della Corte di giustizia, la giurisprudenza e l'ABF, mutando orientamento, avevano cominciato a concedere ai consumatori un rimborso calcolato sul "costo totale" e non sui soli costi *recurring*.

La stessa Banca d'Italia si era allineata su questa linea[19].

Per "salvare" i contratti stipulati prima della legge di conversione, non bastava, perciò, mantenere l'applicazione dell'art. 125-*sexies*, vec-

tuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito", deducendolo (si suppone) dal costo totale da rimborsare al consumatore ai sensi del n. 1.

[19] Si tratta delle Linee orientative emesse dalla Banca d'Italia il 4 dicembre 2019, più volte richiamate nella sentenza n. 263/2022, in particolare nei punti 7.2 e 12.1 della considerazione in diritto.

chia versione, ma occorreva richiamare in vita una diversa fonte che stabilisse, con maggiore certezza, la non rimborsabilità dei costi *up-front*: le "norme secondarie" della Banca d'Italia in vigore al momento della stipula del contratto ma, nel frattempo, modificate dalla stessa Banca d'Italia in senso conforme alla sentenza *Lexitor*.

6. Vista dal lato "consumatori", la situazione migliorava per i contratti "nuovi", essendo la nuova disciplina conforme alla sentenza della Corte di giustizia, ma per i contratti stipulati in passato restava carente, non essendo previsto il rimborso dei costi *up-front*.

Non meraviglia perciò che proprio sul trattamento di queste posizioni "passate", la Corte costituzionale sia stata chiamata a pronunciarsi dal Tribunale ordinario di Torino. I parametri di costituzionalità erano gli artt. 11 e 117, comma 1, per mancato rispetto del diritto dell'Unione, oltre che dell'art. 3, sul principio di uguaglianza.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione, veniva invocata la violazione dell'art. 16, par. 1, della direttiva come interpretata dalla sentenza *Lexitor*, oltre che l'art. 267 TFUE. Infatti, il nuovo art. 125-*sexies*, comma 2, prevedendo l'esclusione del nuovo "regime" per i contratti "vecchi", introduceva una limitazione *ratione temporis* della sentenza *Lexitor* che solo la Corte di giustizia avrebbe potuto stabilire.

Dal momento che, come spiegato nel paragrafo precedente, l'esclusione dei contratti "vecchi" dipendeva dal riferimento, contenuto nella nuova versione, alle "norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti", è in particolare questa la parte della norma censurata di cui si contestava la legittimità costituzionale[20].

La Corte costituzionale ha riconosciuto la fondatezza della questione e, pertanto, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 125-*sexies*, comma 2, nella nuova versione, nella parte in cui stabilisce l'applicazione ai contratti "vecchi" delle citate norme secondarie della Banca d'Italia.

Per giungere a questo risultato, la Consulta, tuttavia, ha dovuto affrontare numerosi e delicati profili.

Qui si esaminerà soltanto quello relativo, appunto, alla rilevanza del richiamo contenuto nell'art. 125-*sexies*, comma 2, alle "norme secondarie". Mi sembra che le conclusioni sul punto da parte della Corte costituzionale costituiscano un esempio di questioni su cui la Corte

[20] In particolare, v. punti 6.2.2 e 7.1 delle considerazioni in diritto.

avrebbe potuto astenersi dal pronunciarsi con una sentenza di accoglimento, rinviando, invece, il punto al giudice remittente.

Cercherò quindi di dimostrare come fossero fondate le osservazioni del Prof. Tesauro da me riferite nel paragrafo di apertura, in merito alla tendenza della Corte costituzionale di tenere presso di sé e decidere nel merito questioni che avrebbe potuto rimettere al giudice comune, quando l'esame da parte della Corte supera certi limiti di approfondimento.

7. Il profilo affrontato dalla sentenza che offre lo spunto per la mia riflessione è quello del noto principio della "interpretazione conforme" e della sua mancata applicazione alle richiamate "norme secondarie" della Banca d'Italia.

Secondo la Corte costituzionale, seguendo, in questo, quanto sostenuto dal Tribunale di Torino remittente, il nuovo art. 125-*sexties*, comma 2, sarebbe suscettibile di essere interpretato in senso conforme alla sentenza *Lexitor* se non fosse per il fatto che rende applicabili ai contratti "vecchi" non soltanto la versione precedente dell'art. 125-*sexties*, comma 1, ma anche le "norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti".

La Corte, infatti, riconosce che l'art. 125-*sexties*, comma 1, nella versione precedente, si sarebbe prestata, come, del resto, ora la nuova versione dello stesso articolo, ad essere interpretato nel senso che nel "costo totale" da rimborsare al consumatore dovessero essere compresi tanto i costi *recurring*, quanto quelli *up-front*. Ciò vuol dire che, sempre secondo la Corte, il solo fatto che il nuovo comma 2 dell'art. 125-*sexties* preveda di sottoporre i contratti "vecchi" alla vecchia versione dell'art. 125-*sexties*, comma 1, piuttosto che alla nuova versione della stessa disposizione, non avrebbe impedito di applicare ai contratti "vecchi" la stessa soluzione contenuta nella sentenza *Lexitor* applicabile, ora, ai contratti "nuovi".

Il *vulnus* ai vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione risiederebbe nell'aver mantenuto l'assoggettamento dei contratti "vecchi" *anche* alle "norme secondarie" della Banca d'Italia vigenti alla data di stipula dei contratti.

Di quali norma si tratta? Ce lo dice il punto 9.3 delle considerazioni in diritto. Secondo la Corte, il riferimento contenuto nel nuovo art. 125-*sexties*, comma 2, deve intendersi al "provvedimento del 9 febbraio 2011, recante "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori" (pubblicato nella

Gazzetta Ufficiale del 16 febbraio 2011, serie generale, n. 38 – supplemento ordinario n. 40), che ha emendato il precedente provvedimento del 29 luglio 2009".

Quando però si va a leggere il seguito del punto 9.3, che riporta ampi passaggi del provvedimento, si nota che, da un lato, questo si riferisce soltanto ai contratti a fronte di cessione di un quinto dello stipendio o della pensione o assimilati, dall'altro non contiene alcuna esplicita limitazione del rimborso ai costi *recurring*.

Certo, alcuni dei passaggi del provvedimento riportati dalla Corte sembrano partire dall'assunto che, contrariamente a quanto stabilito dalla sentenza *Lexitor*, esistano costi che non sono compresi nel "costo totale" e quindi non vanno rimborsati al consumatore.

Ad esempio, in uno dei punti riportati, si legge che "le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore". Come la Corte giustamente osserva, passaggi come questo fanno pensare che "le norme secondarie avall[i]no l'interpretazione in base alla quale i costi soggetti a riduzione sarebbero i costi *recurring* e valorizz[i]no, correlativamente, [soltanto] i doveri di trasparenza."

Tuttavia, come si è già detto, manca una chiara ed esplicita presa di posizione in questo senso nel provvedimento della Banca d'Italia.

Non sarebbe stato perciò impossibile utilizzare il criterio della "interpretazione conforme" e leggere le "norme secondarie", così come è stato fatto rispetto all'art. 215-*sexies*, comma 1, vecchia e nuova versione, in senso rispettoso della sentenza *Lexitor*. In realtà, se il criterio della "interpretazione conforme" vale per interpretare vere e proprie norme di legge, tanto più esso può e deve essere applicato quando si tratti, come nel caso di specie, di norme sub-legislative, anche se richiamate e rese applicabili da una disposizione di rango legislativo.

Era, d'altronde, quello che sosteneva l'Avvocatura dello Stato, la quale chiedeva addirittura la dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità per mancato esperimento del tentativo di adottare una "interpretazione conforme" della norma di legge censurata[21].

In questo stesso contesto, l'Avvocatura si chiedeva perché non fossero da considerare anche le "linee orientative" del 4 dicembre 2019,

[21] Punto 7.1 delle considerazioni in diritto.

con le quali la Banca d'Italia, all'indomani della sentenza *Lexitor*, aveva supportato una interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea dell'art. 125-*sexies*[22].

In proposito, la Corte obietta che le citate "linee orientative" non avevano la stessa natura regolamentare dei precedenti provvedimenti e, soprattutto, erano state considerate dalla stessa Banca d'Italia superate dal nuovo art. 215-*sexties*[23]. Nondimeno erano una chiara dimostrazione che, secondo la Banca d'Italia come anche secondo vari giudici di merito, l'assetto normativo complessivo, comprensivo anche del provvedimento del 9 febbraio 2011, era suscettibile di una lettura conforme alla sentenza *Lexitor* ancor prima del nuovo intervento del legislatore. E non si vede come tale assetto normativo potesse considerarsi modificato a posteriori per il solo richiamo delle "norme secondarie" contenuto nel nuovo comma 2 dell'art. 215-*sexties*.

In conclusione, la Corte costituzionale avrebbe ben potuto astenersi dal dichiarare l'incostituzionalità parziale della norma censurata, indicando, invece, al giudice remittente la strada dell'interpretazione conforme.

8. Avrebbe il Prof. Tesauro, nella sua saggezza, condiviso la maniera in cui la Corte costituzionale ha deciso la questione, pur avendo a disposizione una via più semplice ma forse meno breve?

Presumo di sì.

Il perché la Corte abbia fortemente voluto decidere come ha fatto si cela, verosimilmente, nel punto 12.1. delle considerazioni in diritto. Si trattava di inviare al legislatore una severa *reprimenda* per aver tentato, in maniera "pasticciata", di aggirare la sentenza *Lexitor*, violando così tanto la direttiva, quanto l'art. 267 TFUE e la portata temporale delle sentenze della Corte di giustizia, alla quale sola spetta di decidere in merito.

Il rispetto che la Corte costituzionale ha per il ruolo del giudice europeo e per le sue sentenze ha richiesto una pronuncia netta, che non lasciasse adito a dubbi.

Conoscendo l'opera che il Prof. Tesauro ha svolto, all'interno della Corte, per favorire il dialogo e il reciproco riconoscimento tra le due Corti, sono convinto che Egli sarebbe stato d'accordo con la sentenza qui esaminata.

[22] Punto 7.2.
[23] Punto 12.1.

RICORDO DEL PROFESSORE GIUSEPPE TESAURO

Gaspare Fiengo[*]

Non è facile vincere la naturale ritrosia ad esternare i propri sentimenti per ricordare in poche battute la figura e gli insegnamenti del Prof. Giuseppe Tesauro. Provo, tornando con la mente molto indietro nel tempo e, precisamente, alla discussione della tesi di laurea in Diritto delle Comunità europee, relatore l'indimenticato Maestro Francesco Caruso, al termine della quale è iniziato un viaggio a perdifiato in un affascinante mondo di "saperi" che i tre Tenori napoletani mi hanno voluto regalare. Un dono prezioso, un privilegio, formarsi in una Scuola guidata da Maestri del calibro di Giuseppe Tesauro, Francesco Caruso e Luigi Sico, dal cui rapporto, sin da subito, ho attinto il primo insegnamento di vita, quello del senso più profondo del sentimento di amicizia, che, ancora oggi, nel loro ricordo, lega indissolubilmente tutti noi allievi.

In verità, il primo incontro col temutissimo Professor Tesauro, in procinto di lasciare l'insegnamento all'Università di Roma per l'avventura lussemburghese, avvenne fugacemente in una sera di fine settembre del 1988 a Napoli, al parco Matarazzo, sede dello studio legale Cartesio, che i tre Maestri condividevano, insieme alla direzione della Collana "Breviari per l'Europa", per la quale, insieme a Patrizia De Pasquale, ho curato i primi due volumi[1]. "E tu chi sei?" con tono severissimo!, pochi secondi di panico, poi un sorriso sornione ed una vigorosa stretta di mano. "Mi hanno riferito che sei un bravo giovinotto". In seguito, tantissimi momenti, intensi, ricchi di emozione, che spesso affiorano nei miei ricordi e che piacevolmente condivido, soprattutto dopo la Sua scomparsa, con molti compagni d'avventura. Voglio qui ricordarne solo alcuni, tra i tanti vissuti, che hanno lasciato in me maggiormente il segno, non tutti necessariamente legati a vicende professionali, perché il Professore non è soltanto quel Gigante sulle cui spalle intere generazioni di "operai del diritto" hanno coltivato i loro sogni e le loro aspirazioni, ma è l'esempio, la fonte d'ispirazione essenziale per

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa".

[1] P. De Pasquale, G. Fiengo, *Diritto comunitario delle società*, Padova, 1997; nonché *Trattati CE, CECA ed EURATOM ed atti modificativi*, Padova, 1995.

le relazioni interpersonali, una miscela esclusiva di signorilità, amabilità, pacatezza, generosità d'animo, senso dell'ironia. Mi fermo solo a questo, ma potrei continuare all'infinito!

Nell'autunno dell'anno 1993, venne organizzata dalla Scuola di specializzazione in diritto ed economia delle Comunità europee dell'Università "Federico II" di Napoli una visita presso le Istituzioni europee di oltre quaranta allievi del primo e secondo anno, all'epoca quasi tutti miei coetanei. A guidare la spedizione, con viaggio da Napoli a Lussemburgo in pullman (la penuria di risorse finanziarie dell'Ateneo non consentiva altro mezzo), avrebbe dovuto esserci il Direttore della Scuola, il Prof. Francesco Caruso, il quale, infortunatosi in Hotel a Firenze, fu costretto a dare *forfait* pochi giorni prima della partenza programmata. La decisione più opportuna e scontata sembrava quella di annullare il viaggio e riprogrammarlo in altra data, ma il Prof. Tesauro, cui stava particolarmente a cuore quella visita a Lussemburgo dei Suoi studenti partenopei di diritto dell'Unione europea, giocò d'azzardo, provando e riuscendo a convincere Simonetta Izzo ed il sottoscritto ad assumere l'impegno di portare a termine la missione. Appena giunti in Lussemburgo, neppure il tempo di assaporare la proverbiale calorosa ospitalità della Signora Paola, di approfondire la conoscenza dei Suoi "tre moschettieri" (Rita Ciccone, Gian Michele Roberti e Nicola Annecchino) e della fidatissima Sig.ra Franzosini, che iniziarono ad affiorare le prime difficoltà organizzative. In particolare, quella di assicurare la massima puntualità agli appuntamenti fissati per assistere ai *briefing* e alle udienze della Corte, puntualità della quale, conoscendo i Suoi "polli", era letteralmente ossessionato, al punto da escogitare, con la mia complicità, un "trucchetto", consistente nell'anticipare di un'ora tutti gli appuntamenti nel testo della brochure del programma da distribuire agli studenti. Ricordo ancora quella smorfia di soddisfazione e divertimento sul Suo viso ogniqualvolta l'allegra comitiva partenopea riceveva sinceri apprezzamenti per la puntualità svizzera!! Sempre in quell'occasione, come se fossimo bersagliati da un destino beffardo, si infortunò anche l'autista del nostro autobus, costringendo il Professore, rimasto da solo in Hotel con gli studenti, ad improvvisarsi intrattenitore (la stoffa non mancava di certo), mentre Rita, Simonetta ed io raggiungevamo l'ospedale. La scena esilarante al nostro rientro fu quella di vedere l'Avvocato generale impegnato in una "partitella" organizzata in un campetto di calcio antistante la struttura che ci ospitava. Il giuoco del calcio era un'altra delle Sue tante passioni e di cui, per pochi minuti, si era soliti discutere, prima di intraprendere le perio-

diche riunioni di aggiornamento del Manuale, che per tanti anni si sono tenute nello studio/salone di casa Tesauro[2], ove imperversava sovrana Mafalda, la Sua affezionatissima amica a quattro zampe, l'unica in grado, talvolta, di rubargli la scena.

Per tanti anni abbiamo visto il Maestro avvicendarsi, quasi senza soluzione di continuità, nelle prestigiosissime cariche istituzionali, Corte di giustizia, Antitrust, Corte costituzionale, se solo si eccettua un brevissimo periodo di pausa, di "disoccupazione" diceva, intercorrente tra la fine del mandato, nel marzo 2005, come Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la nomina, nove mesi più tardi, quale Giudice della Corte costituzionale. Giusto il tempo per ritornare, seppure per poco, un solo semestre, al Suo amore più grande, il confronto con gli studenti universitari. Ricoprì, infatti, nel secondo semestre del 2005, l'insegnamento di Diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa", istituzione presso la quale in gioventù aveva compiuto buona parte dei Suoi studi fino al liceo, tenuto, in seguito, due lezioni magistrali[3], un'applauditissima lezione inaugurale dell'anno accademico e che, di recente, ha tributato alla Sua memoria l'intestazione di un'aula del Dipartimento di Scienze giuridiche. Fu in quell'occasione che il legame col Maestro divenne un po' più stretto, incanalandosi su binari di maggiore confidenza, giacché l'organizzazione del Corso prevedeva la presenza contemporanea in aula del Maestro e dei Suoi due collaboratori (Fabio Ferraro ed io, alias *Tesauro's boys*, secondo il termine coniato dagli studenti) che si alternavano nell'esposizione degli argomenti oggetto del Corso di diritto dell'Unione europea.

[2] In particolare, gli aggiornamenti hanno riguardato la quarta edizione del Manuale G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2005; la quinta G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008; la sesta G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2010; la settima G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2012; nonché la prima edizione con il nuovo titolo: G. Tesauro, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2018. Per quanto riguarda l'edizione del Volume II del Manuale, G. Tesauro, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2021, il contributo all'aggiornamento ha riguardato, in particolare, il capitolo dedicato alla libera circolazione delle merci, mentre il contributo ai nuovi capitoli ha riguardato l'agricoltura e la pesca.

[3] Per i testi delle due Sue lezioni magistrali, pubblicati per i tipi dell'Editoriale scientifica, cfr. G. Tesauro, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni Magistrali, Napoli, 2016; G. Tesauro, *Sovranità degli Stati ed integrazione comunitaria*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Lezioni Magistrali, Napoli, 2006, Napoli.

Nonostante fosse palpabile la tensione, il terrore, l'imbarazzo della situazione in cui eravamo catapultati, l'atteggiamento bonario del Professore rese il nostro compito meno complesso di quanto immaginabile. Stesso discorso per gli esami, durante i quali, era avvezzo passeggiare alle nostre spalle, con orecchio sempre attento, intervenendo di tanto in tanto in soccorso di studenti in difficoltà, con battute estemporanee e/o semplici curiosità. Per raggiungere la sede dell'Università, poco distante dall'abitazione di entrambi, approfittavo dei pochi minuti di passeggiata, a piedi o in auto, per carpire qualsiasi utile suggerimento per le ricerche che stavo conducendo, un consiglio per la scelta del tema da affrontare per la mia prima monografia. A tal fine, una mattina mi consegnò un faldone di documentazione, dicendomi "leggiti queste mie due Conclusioni e poi ne parliamo!"[4]. Cominciai così ad approfondire lo studio degli atti atipici. Purtroppo per me, quest'incredibile opportunità di confronto serrato durò troppo poco, in quanto intervenne la chiamata alle armi della Corte costituzionale. Ciononostante, non dimenticava, soprattutto in occasione delle Sue venute a Napoli, di chiedere ragguagli sull'esito del mio lavoro. Capitava, infatti, di tanto in tanto, che si trovasse, per risolvere talune incombenze condominiali, nello stesso stabile in cui attualmente risiedo e in cui anch'Egli aveva vissuto nei primissimi anni di matrimonio. Senza preavviso, dall'altra parte del citofono "io sto qui, riusciamo a prendere un caffè?". Questo il Suo modo amabile di continuare a farmi sentire l'attenzione circa le sorti delle mie ricerche, per le quali finalmente giunse il giorno, come si confaceva a quei tempi, di presentare "formalmente" richiesta di ospitalità nella Collana diretta dal Professore Umberto Leanza. Di qui, l'appuntamento fissato a Roma dal Professor Caruso che garantiva per me, e che mi avrebbe accompagnato al colloquio. Con mia grande sorpresa, all'appuntamento si presentò anche il Professor Tesauro. In verità, mi sono sempre chiesto se fosse lì per incontrare il Suo Amico di sempre o per perorare la mia causa. Ero certo che si trattasse della prima ipotesi, ma ho cullato, tuttavia, l'illusione che, invece, fosse la seconda. Più avanti, per l'aggiornamento del Manuale, ha consentito che l'inquadramento degli atti atipici seguisse la mia ricostruzione.

[4] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 16 dicembre 1992, causa C-325/91, *Repubblica francese c. Commissione (Comunicazione aiuti)*; conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 16 dicembre 1993, causa C-327/91, *Francia c. Commissione*.

Un ultimo personale ricordo, senza rubare altro spazio a questa Raccolta a Lui dedicata, riguarda un importante insegnamento di vita nel giorno della costituzione presso l'Università di Roma Tre dell'Associazione AISDUE. Come nel caso della visita degli studenti a Lussemburgo, anche quella della nascita di un'Associazione di studiosi di diritto dell'Unione europea era questione che stava a Lui particolarmente a cuore e non volle desistere dall'intervenire, nonostante le pressanti richieste di Famiglia e collaboratori, preoccupati per le condizioni di salute. In effetti, quella giornata si rivelò difficilissima, proibitiva, molto più di quanto Egli stesso potesse attendersi, ma incontrando alla stazione Termini Maurizio Sarri, all'epoca allenatore della squadra del cuore, non si sottrasse ad un esilarante scambio di battute e di *selfie*. Di rientro a Napoli, stremati dalla stanchezza, ci infilammo in un taxi e, tra lo stupore e la preoccupazione di Patrizia De Pasquale e mio, il Maestro chiese di farsi accompagnare al Teatro San Carlo, in quanto "doveva" necessariamente presenziare, in qualità di Presidente del Consiglio di indirizzo della Fondazione Teatro San Carlo, alla prima della stagione teatrale. Non assecondammo la Sua scelta e fu questa l'unica occasione, dopo tanti anni di discreta e ossequiosa dedizione, in cui arrivammo allo scontro verbale, con toni anche molto accesi, segno che il rapporto stava cambiando e del Suo sconfinato senso di abnegazione al servizio delle Istituzioni. Questo, forse, l'insegnamento più grande, unitamente a quello della cura maniacale dei più piccoli dettagli, il confronto costante e l'attenzione al lavoro altrui, la passione, come testimoniano non solo le pagine del Manuale, dei saggi, ma anche quelle delle Opere minori[5], a cui ho avuto il grande onore e privilegio di collaborare.

[5] G. Tesauro, *Codice dell'Unione europea*, Roma, 2015.

BREVI NOTE "SCOMPOSTE" SULLE SOVRANITÀ DEGLI STATI MEMBRI (E DELL'UNIONE EUROPEA) IN TEMPI DI EMERGENZE E DE-GLOBALIZZAZIONE

Massimo Fragola[*]

SOMMARIO: 1. Presupposto. – 2. Premessa. – 3. Sulla sovranità "abusata": lo "stato di eccezione". Globalizzazione (e "de-globalizzazione") e integrazione europea. – 4. Conclusioni.

1. Il titolo prescelto denota una preoccupazione di fondo accompagnata da una sproporzione tra gli obiettivi che ci si prefigge e l'insufficienza dei risultati raggiunti. Il timore di chi scrive si fonda su di una sterminata e secolare produzione dottrinale sulla sovranità – si sono occupati del tema autorevoli filosofi, giuristi, politologi, storici, studiosi dello Stato, e tanti altri – che, nonostante annoveri considerevoli e fondamentali contributi, ha lasciato aperto fino ai nostri giorni l'annoso dibattito teorico, comportando la convinzione di chi si appresta a scrivere sulla questione, di non aggiungere – o aver aggiunto – alcunché di innovativo alla tematica e alla discussione. Ritornando sempre al punto di partenza con molte perplessità ed un senso di inadeguatezza.

La *liaison* tra sovranità (degli Stati membri) e ordinamento dell'Unione europea è stata ampiamente e autorevolmente analizzata dal compianto, Maestro, Professore Giuseppe Tesauro alla quale si rimanda[1].

In queste brevi note si cercherà di "scomporre" la nozione di sovranità[2] in una prospettiva meno teorica e più pratica, applicativa, consi-

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea nella Università della Calabria. Presidente del Seminario Permanente di Studi internazionali (SSIP).

[1] G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2006, p. 235 e in "Lezioni Magistrali", Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa" diretta da F. DE SANCTIS, F. FICHERA, n. 6, Napoli, 2006, p. 7.

[2] Sempre attuale appare la teoria dell'idolatria politica di F. GUIZOT, *Della sovranità*, Napoli, 1998, p. 13, il quale nel suo saggio sulla sovranità (1821-23) afferma che l'essenza del concetto di sovranità va ricercata nel bisogno dell'uomo di individuare riferimenti ("idoli") da seguire e ai quali fare riferimento. Così come ha costruito varie divinità e le ha adorate, l'uomo si sarebbe fatto dei padroni (governanti) sulla terra, ben visibili e potenti, così da venerare, sulla terra, l'uomo-Dio e la sovranità che ne è

derando il contesto geopolitico del primo ventennio del terzo millennio e nel mutato scenario internazionale degli ultimi mesi del 2022[3].

In particolare, si analizzerà la sovranità degli Stati – e, in parte, dell'Unione europea in quanto ente che detiene una qualche potestà/supremazia – nella prospettiva della nascente/decadente globalizzazione[4], della rivoluzione tecnologico-digitale, dello "stato di eccezione" dovuto al Covid-19 e alla recente guerra russo-ucraina. L'integrazione europea fa da corollario a tutto ciò.

Siffatta scelta – certamente inadeguata al dibattito teoretico – è in ogni caso ispirata al pensiero di Francis Guizot che elaborò, come si vedrà più avanti, la teoria dell'idolatria politica applicata alla sovranità dello Stato.

Oggi siffatta teoria, *mutatis mutandis*, potrebbe essere "scomposta" non soltanto dallo Stato all'Unione europea, ma anche ad altri enti/organizzazioni che regolano aspetti decisivi della nostra vita, dal multilateralismo alla cooperazione internazionale tra Stati, e perché no, anche alla c.d. "sovranità popolare", in quanto locuzione politica e non giuridica che, come vedremo più avanti, attiene sostanzialmente allo Stato democratico.

Guizot sostiene che le sovranità sono "idoli" che l'uomo si è creato: oggi diremmo "soggetti che a vario titolo (originario o derivato) esercitano un potere e/o un'autorità", i quali, sotto altre forme, sono accettati dalle rispettive comunità e ritenuti legittimi previa "rinuncia" ("con-cessione"[5]) all'esercizio di quote della propria sovranità (art. 11 Cost.).

Il che ci suggerisce che, se è vero che le sovranità sono la somma di potestà supreme, è vero parimenti che esse sono soggette a limiti giacché non esistono potestà/sovranità giuridicamente illimitate.

Ove queste prime considerazioni fossero accolte con benevolenza, ne scaturirebbe una ineluttabile equazione di sistema: sovranità=autor-

l'espressione del suo potere dell'uomo sugli uomini e, per quanto ci riguarda, di uno Stato sugli altri Stati. Dal che J. Bodin, *Les six livres de la Republique*, Paris, 1576.

[3] Per superare il contrasto fra lo schematismo logico dei principi generali e la molteplicità e varietà delle situazioni reali.

[4] Ampia disamina è stata fatta da G.L. Cecchini, *Globalizzazione e Unione europea: quali ripercussioni sulla sovranità degli stati?*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2020, p. 45 ss.

[5] Per le differenze semantiche "cessione" e "con-cessione" da me utilizzate più volte in precedenti scritti mi sia consentito rinviare a M. Fragola, *L'Europa mortificata*, Torino, 2019, p. 25 ss.

ità=dominio= primato quale che sia il soggetto "sovrano" che beneficia dell'esercizio di tale prerogativa[6].

Da queste considerazioni trae origine la presente analisi.

2. Così che, per il giurista, analizzare il tema della sovranità, seppure in modo limitato e non esauriente, è sempre un'impresa complessa e rischiosa ancorché avvincente e stimolante allo stesso tempo. Affrancare, inoltre, il concetto di sovranità anche all'integrazione europea è cosa ulteriormente eterogenea. Infatti, com'è stato autorevolmente notato dal Professore Tesauro, "fare una riflessione sul rapporto tra sovranità e processo di integrazione comunitaria non è compito facile (giacché) bisognerebbe avere un punto di partenza certo anzitutto sulla sovranità e questa è ambizione forte"[7].

Per complicare l'ambito di queste brevi riflessioni[8], appare necessario esaminare il significato e il contenuto della "abusata" sovranità nel contesto nel quale ci si muove con tutti i distinguo e le peculiarità del caso[9].

[6] Da ultimo C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

[7] G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit.

[8] Invero, la tematica della sovranità è sempre stata al centro dei miei studi. Mi sia consentito rinviare, tra gli altri, a M. Fragola, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 2, 1999, p. 3 ss.; M. Fragola, *Sovranità statale e diritti umani nel sistema giuridico comunitario*, in F.A. Cappelletti (a cura di), *Sovranità e diritti umani*, Torino, 2000, p. 163 ss.; M. Fragola, *Profili della sovranità degli Stati membri con riguardo alla protezione dei diritti umani nell'ordinamento comunitario*, in *Annali della Facoltà di Economia della Università degli Studi del Sannio*, Napoli, 2002, p. 105 ss.; M. Fragola, *Mercato, sovranità e diritti umani nella prospettiva della "Costituzione" dell'Unione europea*, in A. Landuyt, D. Pasquinucci (a cura di), *L'Unione europea tra Costituzione e governance*, Bari, 2004, p. 51 ss.; M. Fragola, *Sovranità dello Stato membro e ordinamento dell'Unione europea*, in *Temi di diritto dell'Unione europea, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche – Area Giuspubblicistica della Università degli Studi della Calabria*, Milano, 2008.

[9] R. Baratta, *La Presidenza francese del Consiglio tra elezioni interne e sovranità europea*, in *rivista.eurojus.it*, 7 febbraio 2022, www.rivista.eurojus.it/la-presidenza-francese-del-consiglio-tra-elezioni-interne-e-sovranita-europea/ riporta il discorso del Presidente Macron e la sua idea di affermare la "sovranità europea" sancita dagli accordi dell'Eliseo e dapprima con la Germania, là dove, nel preambolo della versione francese, si parla di costruire une Union européenne unie, efficace, souveraine et forte, riecheggiando il discorso del Presidente Macron, del 26 settembre 2017. E ancora: "Forse si vuole riprendere l'idea (non nuova, ma a volte trascurata) di affermare l'identità europea, autonoma e distinta da quelle nazionali, e capace di racchiuderle tutte in

In questa prospettiva, considerando la realtà più recente, quanta verità osserviamo nel pensiero di Altiero Spinelli nel lontano 1941 durante il suo confino politico a Ventotene laddove, oggi, alla luce dell'invasione russa dell'Ucraina quei moniti appaiono quanto mai attuali e tristemente concreti[10].

Occorrerebbe parlare di sovranità al plurale non ritenendo di individuare una, unica ed esclusiva nozione applicabile universalmente. Il che, tuttavia, non appare riscontrare il favore generale, laddove si consideri che del sostantivo sovranità" – e degli aggettivi che ne derivano – se ne fa un uso smodato soprattutto in politica e durante le campagne elettorali, in particolare, da parte di coloro che, in modo invero anacronistico, reclamano una potestà assoluta ed incondizionata nei propri territori (Stati, regioni ecc.) spesso confondendo, forse in maniera strumentale, sovranità, uguaglianza e identità[11].

Tentando quindi di riassumere la nostra idea, occorre sintetizzare *le* sovranità:

a) all'interno di un ordinamento giuridico-politico, com'è noto, del tutto innovativo quale è l'ordinamento scaturito dai Trattati delle Comunità europee e quindi dell'Unione europea che, di certo, ha demolito sostanzialmente il concetto tipico di sovranità degli Stati[12];
b) con l'obiettivo di riferire, benché impresa laboriosa, se la sovranità degli Stati nella sua sostanza in che misura può essere *shared* e successivamente *shareable*, così da realizzarsi, ove emergesse una risposta positiva, una sovranità/potestà autonoma e autosufficiente non soltanto dell'Unione europea, ma anche, in

uno schema unitario, secondo il quale le Nazioni e i popoli europei perseguono un *comune destino* fondato su una *comune* "identità europea".

[10] Cfr. A. Spinelli, *Manifesto di Ventotene. Per un'Europa libera e unita* (1941), Ventotene, 1994, che ammoniva "la sovranità assoluta degli stati nazionali ha portato alla volontà di dominio sugli altri e considera suo "spazio vitale" territori sempre più vasti che gli permettano di muoversi liberamente e di assicurarsi i mezzi di esistenza senza dipendere da alcuno. Questa volontà di dominio non potrebbe acquietarsi che nell'egemonia dello stato più forte su tutti gli altri asserviti".

[11] G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola Taricco" nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2 TUE*, in *federalismi.it*, n. 4, 2019.

[12] Su cui, come segnalato, per un'analisi completa ed esaustiva si rinvia a G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit.

particolari condizioni, di altri enti e organizzazioni (inter)governative[13];

c) analizzando i caratteri – *rectius* "l'essenza" – della immaginata sovranità come un insieme di potestà legislative e politiche "oltre lo Stato", talune sostanzialmente e innegabilmente autoritarie, che arginano le originarie sovranità (si legga: "autonomia decisionale politico-legislativa" in specifiche materie). La prima considerazione che sorge spontanea è che una limitazione/cessione di sovranità di uno Stato in favore di un altro *ente* diverso dallo Stato ma da esso istituito – ad esempio l'Unione europea[14] – non possa che attribuire una equivalente quota di sovranità – non la chiamerei in altro modo – non essendo ipotizzabile che la reclamata sovranità dello Stato si "scomponga" in qualcosa di minore importanza (dal punto di vista terminologico: competenza, autorità, potestà, dominio, supremazia, ecc.) e quindi sia prerogativa assoluta del solo ente-Stato[15];

d) in un mutato contesto politico-economico e sociale (di "post o de-globalizzazione") instabile e foriero di cambiamenti sostanziali degli equilibri e dei rapporti internazionali, laddove si considerino, solo per chiarire meglio, da un lato, la generale e strisciante decadenza delle democrazie liberal-occidentali – che evidentemente un nesso con (l'esercizio della) sovranità stata-

[13] R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 5 affermano a proposito della natura dell'Unione che questa originale costruzione non prende le mosse da modelli conosciuti e precostituiti né tenderebbe a creare un "Superstato federale europeo" laddove parrebbe che il processo di integrazione dell'Europa voglia continuare a seguire un proprio percorso continuando a fare un "esercizio di ingegneria costituzionale" per definire sempre più compiutamente il suo impianto istituzionale innovativo e peculiare.

[14] L.F. Pace, *L'inapplicabilità della nozione di "sovranità" all'ordinamento giuridico dell'Unione europea: motivi teorici e pratici. L'Unione quale soluzione della crisi dello Stato nazionale nel continente europeo*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 2022, p. 213 ss.

[15] In argomento H. Lefebre, *Lo Stato (nel mondo contemporaneo)*, Bari, 1976; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2022, a p. 37 afferma: "Mentre prima lo Stato era sovrano nella materia economica, ora esso perde tale sovranità, proprio a favore dell'economia; prima lo Stato era prevalentemente pedagogo, ora esso è prevalentemente regolatore […]". Se lo Stato continua a svolgere un ruolo importante, esso, tuttavia, ha perso la sua sovranità economica perché, se prima era detentore di un potere assoluto, ora è detentore di un potere relativo perché i confini dello Stato e i confini dell'economia non corrispondono più" (p. 38).

le ce l'ha[16] – dall'altro, alcuni macro-eventi (tra gli altri) che hanno mutato l'Europa e il mondo intero, quali, la grande crisi economico-finanziaria a partire dagli anni 2007/2008 e ancora in atto, la devastante pandemia da Covid-19 e, da ultimo, la guerra russo-ucraina[17].

Un quadro politico-economico internazionale molto complesso nel quale occorre riconsiderare in modo speculativo le nozioni di sovranità, governance, autonomia, indipendenza: si pensi, a voler tacer d'altro, alla sovranità economico-finanziaria non solo degli Stati ma anche di enti diversi dallo Stato; alla sovranità politico-militare grazie alle nuove tecnologie; alla sovranità territoriale divenuta una chimera e, per certi versi, una realtà più immateriale che tangibile nel mondo senza frontiere; alla sovranità digitale, cioè a dire, il controllo sulle varie tecnologiche informatiche e quindi sulla *cybersecurity*[18]; alla sovranità impositiva che non è più un baluardo nazionale[19]; sul controllo degli investimenti esteri[20] e, da ultimo, di sovranità alimentare in un momento nel quale l'autosufficienza nazionale di beni e prodotti di prima necessità pone lo Stato in posizione di decidere anche i destini degli altri Stati e dei

[16] In effetti, a parere di chi scrive, la sovranità dello Stato, dei governi e dei popoli si plasma sulla (entro) forma di Stato e di governo. Non mi pare sia possibile formulare una univoca e immutabile nozione di sovranità – ovvero il suo esercizio – se non in modo disattento, vago e generico.

[17] Su cui, da ultimo, L.F. Pace, *op. cit.*; e più in generale F. Capelli, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, 2019 e F. Capelli, *Per salvare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, 2020.

[18] Si veda, al riguardo, lo studio dell'Institute of International and European Affairs di Dublino, Europe's *Digital Future*, */www.iiea.com/publications/european-sovereignty-in-the-digital-age*.

[19] La potestà impositiva è iscritta nel genoma della sovranità statale. Eppure, il diritto internazionale e il diritto UE dischiudono orizzonti inediti, che impongono all'ordinamento statale un continuo, e sovente radicale, rinnovamento. Si pensi ai principi del diritto tributario internazionale ed europeo, al sistema multilivello delle fonti, alle regole che presiedono alla riscossione transnazionale, il diritto sanzionatorio, i singoli tributi, dalle imposte dirette all'IVA, sino ai tributi doganali e ambientali. Si tratta di una serie di limiti che alla potestà tributaria pongono il diritto internazionale e quello eurounionale; le tecniche di risoluzione delle controversie fiscali internazionali rappresentano, inoltre, l'ultima tappa di tanto articolato ordinamento, che, dimostrando le potenzialità di un diritto tributario armonizzato nello spazio giuridico globale, stabilisce le fonti di una vera e propria coscienza collettiva internazionale.

[20] Argomento ampiamente analizzato da D. Gallo, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *I Post di AISDUE*, 2022, p. 194.

Popoli[21]; e ciò vale sia per quanto riguarda la sovranità statale, sia per la (ipotizzata) sovranità dell'Unione europea[22], e ancora, sia della potestà di talune organizzazioni internazionali governative specializzate che, da ultimo, e in periodi eccezionali, sono sembrate operare come titolari di una vera e propria "sovranità" nella materia di loro competenza [ad esempio l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)][23].

Dalle considerazioni testé fatte si evincerebbe che gli Stati sembrerebbero non essere più gli unici detentori della sovranità – almeno come si era soliti pensarla[24] – giacche nuovi soggetti "extra-statali" hanno poteri e caratteristiche – sovranità – tali da influenzare sostanzialmente i parlamenti e i governi degli Stati (e tanto più le "governance" degli enti sovranazionali) nell'esercizio delle prerogative istituzionali e politico-economiche.

Se solo si volessero citare i cosiddetti "Big Tech", cioè a dire, solo per citarne alcuni, Amazon, Apple, Facebook, Google Microsoft, Netflix, e l'enorme potere che gestiscono, a cui occorre includere il sistema economico-finanziario internazionale (e le sue istituzioni), per non parlare delle cc.dd. "agenzie di rating"[25].

[21] Nell'ottica della de-globalizzazione negli ultimi tempi si parla molto di "sovranità alimentare" nel senso di una "nostalgia dei cibi del proprio paese" secondo Roberto Michels, in F. Trocini, *Irredentismo e patriottismo nella scelta italiana di Roberto Michels (1895-1915):"un'arcana affinità elettiva"*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, Bologna, 2007, p. 449 ss.

[22] In argomento, L.F. Pace, *op. cit.*; E. Triggiani, *"Il difficile cammino dell'Unione verso uno Stato federale"*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018.

[23] Su cui S. Otera, *Cenni sulla base giuridica della "politica sanitaria" nel diritto dell'Unione europea e sua applicazione durante la pandemia da Covid-19*, in *Focus SSIP*, 13 luglio 2022, www.ssipseminario.it/politica-sanitaria-diritto-unione-europea.

[24] Sulle radici storiche della sovranità cfr. E. Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, 1966 e sulla sovranità territoriale, *inter alia*, cfr. B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale*, Napoli, 2021, p. 210 ss; M. Nino, *Land grabbing e sovranità territoriale in diritto internazionale*, Torino, 2018; A. Sinagra, *Sovranità contesa*, Milano, 2006.

[25] In particolare, tra le quali in particolare Moody's, Standard & Poor's e Fitch definite le "tre sorelle del rating". Affermano P. Gila, M. Miscali, *I signori del rating*, Torino, 2012, "Che il rating sia utile e necessario è fuori discussione. Ma che il modello attualmente perseguito e praticato sia quello più valido, è un altro discorso. Un necessario ripensamento deve tenere conto del fatto che il processo di globalizzazione richiede a sua volta strumenti di misurazione e di valutazione che siano condivisi, indipendenti e soggetti al controllo e alla verifica da parte di organismi internazionali super partes, dove anche gli esperti dei paesi emergenti possano avere voce in capitolo. La sensibilità verso i rischi non è patrimonio di una sola parte del pianeta".

Emerge con prepotenza la c.d. "sovranità tecnologica" che attiene all'"abilità di generare conoscenza tecnologica e scientifica autonomamente, ovvero di utilizzare capacità tecnologiche sviluppate altrove attraverso l'attivazione di partnership ritenute affidabili". Oggi la sovranità tecnologica e la sovranità digitale "rappresentano i *driver* fondamentali della sovranità economica e dell'autonomia strategica"[26].

Ma non solo. Talché, come taluni hanno auspicato[27], sarebbe auspicabile il trasferimento della sovranità tecnologica dagli Stati membri all'Unione europea, ritenuto necessario per superare le difficoltà di un problematico coordinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri, laddove, implicherebbe, *ipso facto*, un mutamento "costituzionale" del paradigma giuridico comunitario, giacché, come attentamente notato, "la volontà di trasformare l'Unione in un soggetto statuale" […] presuppone un mutamento della natura giuridica dell'UE"[28].

Ciò che non si è riusciti a conquistare in più di settanta anni di integrazione europea e di mercato unico, sarebbe raggiungibile dalla acquisibile sovranità tecnologica europea.

Da ultimo, ma non in ordine di importanza, va segnalato il "potere energetico" – si può parlare di vera e propria "sovranità energetica" – di alcuni Stati e di alcune multinazionali attive nel settore energetico-minerario, in special modo nell'estrazione e vendita di gas che tengono in scacco l'intera Europa e parte del mondo. Sovranità energetica che, nel momento in cui scriviamo, appare un formidabile strumento di coercizione e di sopraffazione delle libertà da parte di taluni Stati (e multinazionali) nei confronti di altri, molto più devastante e subdola della sovranità militare.

3. Fatte queste considerazioni, anche sulla condizione geopolitica e socio-economica della quale occorre tenere conto, vale la pena rievoca-

[26] Cfr. l'indagine del Centro Economia Digitale, *Sovranità Tecnologica*, 2021 e la comunicazione della Commissione, del 10 marzo 2020, al Parlamento, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM (2020) 102.

[27] F. Baiardi, *Sovranità digitale europea, perché è così difficile arrivarci: ecco gli ostacoli*, in *www.agendadigitale.eu/sicurezza/sovranita-digitale-europea-perche-e-cosi-difficile-arrivarci-ecco-gli-ostacoli*.

[28] S. Poli, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *I Post di AISDUE*, 2021, p. 69 ss. E quindi un mutamento "politico-costituzionale" importante sul quale rinvio a S. Izzo, *Prime osservazioni sulla comunità politica europea (CPE)*, in *BlogDUE*, 14 novembre 2022, www.aisdue.eu/simonetta-izzo-prime-osservazioni-sulla-comunita-politica-europea-cpe/.

re il pensiero del Professore Tesauro che ci ricorda che qualsiasi analisi che coinvolga la sovranità deve, in ogni caso, prendere le mosse da una nozione tecnico-scientifico-filosofica per avere quel "punto di partenza certo" che "è ambizione forte. Più che forte, velleitaria"[29].

Quindi ci si limiterà a "bordeggiare" partendo da alcuni quesiti che Egli si poneva: "se la sovranità è una nozione giuridica o un fatto", se trattasi di un "fatto strutturale e politico" o "il prodotto del diritto ovvero la sua fonte". "O forse l'una e l'altra cosa"[30].

Con tutti i limiti e le inadeguatezze di una simile scelta, la prospettiva preferita è immaginare la sovranità come realtà fattuale. È favorito il concetto empirico di sovranità collegato alla sua reale essenza fattuale, come di accennava, spesso utilizzato come strumento politico, di propaganda (sovranista e populista) e, talvolta, di coercizione[31].

A parte la metafora fatta nel "Presupposto", quegli idoli di cui parlava Guizot, feticci ben visibili, autoritativi e ritenuti legittimi, appaiono, oggi come allora, necessari ad una ordinata convivenza, sia che si tratti dell'apparato dello Stato, sia del sistema istituzionale dell'Unione europea, sia ancora della *governance* delle organizzazioni internazionali soggetti fondamentali delle relazioni multilaterali. Necessari perché lo "stare insieme" postula l'idea di una coesistenza pacifica tra i Popoli ma, allo stesso tempo, necessita di regole comuni e di organi condivisi ("feticci") riconosciuti e accettati dalla maggioranza.

Se è vero che l'esercizio della sovranità varia da soggetto a soggetto, da Stato a Stato, da governo a governo, da periodo storico a periodo storico, appare innegabile che il contesto – ambientale, politico, sociale – influenza non poco tale esercizio. Ad esempio, l'emergenza globale da Covid-19 è stata – quanto meno *ab initio* – la vicenda che si è affrontata con lo "stato di eccezione" partendo, dal punto di vista giuridico, necessariamente dal livello internazionale (attesa la globalità

[29] G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit., p. 7.

[30] *Ibidem*.

[31] Si pensi, ad esempio, durante la negoziazione tra UK e Ue in ambito *Brexit* che risalto è stato dato dal governo britannico all'accordo sulla pesca che, a ben vedere, costituisce poca cosa nel PIL britannico. Va pure segnalato che in un recente rapporto del Parlamento europeo (gennaio 2022) emergono impatti negativi sulla bilancia commerciale aggregata per quanto riguarda i prodotti della pesca (e dell'acquacoltura) sia per il Regno Unito sia per l'UE (circa -1 % nell'UE e -20 % nel Regno Unito), www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/690907/IPOL_STU(2022)690907(SUM01)_IT.pdf.

dell'evento), transitando da quello europeo unionale, per giungere al livello nazionale e quindi regionale.

Il che ha comportato decisioni straordinarie, "sovrane" ed invasive, ben oltre i tempi di normalità.

Occorre spiegare meglio le tre fattispecie prese a supporto della tesi della sovranità "scomposta", qui semplicemente accennate, che comportano una limitazione di sovranità in capo ai governi, ai Parlamenti nazionali e agli Stati nel complesso[32] e, soprattutto, la sospensione di alcuni diritti costituzionali.

Nello stato di eccezione ("di emergenza"?)[33] l'esercizio del potere politico/legislativo nazionale risente della natura eccezionale dell'evento – ad esempio la pandemia da Covid-19 – così da consentire rigorose limitazioni/(con)cessioni di sovranità accettando, gioco forza, le comuni decisioni sovranazionali (internazionali ed europee)[34].

Lo stato di eccezione, tuttavia, costituisce una "rottura" (benché temporanea), una sospensione dell'ordine politico esistente, da circoscrivere e limitare all'essenzialità. Anche perché il potere legislativo è trasferito, per "necessità e urgenza", dal Parlamento al governo, il che richiama l'essenza della liberal-democrazia che è proprio di evitare il più possibile eccezioni allo stato di diritto, alle procedure democratiche e alle garanzie a difesa di diritti e libertà dei cittadini[35].

[32] Sul tema F. Lo Surdo, *Italexit. Trasformazione del vincolo europeo e sovranità condizionata*, in *DPCE online*, n. 1, 2020.

[33] Afferma G. Agamben, *Stato di eccezione e stato di emergenza*, www.quodlibet.it/giorgio-agamben-stato-di-eccezione-e-stato-di-emergenza, richiamando C. Scmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951*, a cura di Medem, Eberhard Freiherr von, Berlin 1991, p. 264. che il giurista in genere distingue faziosamente fra emergenza ed eccezione laddove la distinzione è, secondo ogni evidenza, politica e sociologica e rimanda a un giudizio di valutazione personale sullo stato di fatto. L'unico fatto rilevante dal punto di vista sostanziale riguarda la sospensione delle garanzie costituzionali e, secondo Agamben, fra i due stati (fra stato di emergenza e stato di eccezione) non vi è alcuna differenza, 30 luglio 2020.

[34] "Ma dall'emergenza scaturisce di regola nuova linfa che si profila e che chiede di essere riconosciuta. La prima è figlia della disperazione; la seconda, della speranza" come afferma G. Zagrebelsky, *Una Costituzione in chiave sovranista ci esclude dalla UE*, in www.libertaegiustizia.it, 3 ottobre 2022; per un'altra prospettiva si veda U. Villani, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, vol. 12, 2017, p. 489 ss.

[35] G. Pellegrino, *Lo stato di emergenza e lo stato di eccezione: una teoria liberale*, in www.open.luiss.it/2020/04/11/lo-stato-di-emergenza-e-lo-stato-di-eccezione-una-teoria-liberale.

Lo stato di eccezione (o "di emergenza") considerata la sua innegabile temporaneità non va confuso, per concludere, con il periodo della c.d. globalizzazione che pure, come si vedrà, negli ultimi decenni ha influito, e influisce, sulle sovranità degli Stati e sullo stato di diritto[36].

Se è vero che la globalizzazione, com'è noto, è (stato) un fenomeno economico (e sociale), certamente straordinario quanto meno sotto l'aspetto dei mutamenti storici, è vero del pari che non è un evento rientrante nella fattispecie della eccezionalità, giacché fenomeno ciclico prevedibile e di lunga durata.

In effetti da tempo si ipotizzava – le multinazionali in particolare modo supportate da vari governi – la formazione di un mercato finanziario globale e (soprattutto) con l'obiettivo dell'aumento della produzione grazie ad una maggiore competitività, alla diffusione delle nuove tecnologie per lo scambio di beni e servizi e allo sviluppo massivo dell'informazione.

Ma non tutti i presupposti sono stati raggiunti soprattutto sul piano sociale, sulla riduzione delle disuguaglianze e sulla povertà in termini generali[37].

Infatti, a fronte di una compressione latente, forse subdola, delle sovranità e dei ridotti margini di apprezzamento statali e sovranazionali, non si è verificato uno sviluppo omogeneo delle condizioni economiche di tutti i soggetti coinvolti, né, men che meno, un incremento dei diritti, delle protezioni e delle tutele dei soggetti più deboli. Anche come conseguenza del fatto che la globalizzazione era, e rimane, un fenomeno essenzialmente economico/mercantile e finanziario "disorganizzato", non ordinato, non istituzionalizzato, e quindi non rispondente alle più basilari formule e regole democratiche.

Come si accennava, la globalizzazione, nel senso della diffusione su scala mondiale di beni e servizi, grazie ai nuovi mezzi di comunicazione, mutamenti di tendenze, idee e costumi, ha compresso decisamente le sovranità, trasformando gli Stati, come da molti segnalato, a meri gestori del solo ordine pubblico.

Allo stesso tempo, a fronte di un aumento del mercato globale è da segnalare l'"asocialità" del fenomeno della globalizzazione, nel senso

[36] Ricordo, a tal riguardo, che circa trent'anni fa alcuni ritenevano la globalizzazione come un fenomeno sostanzialmente mercantile, di breve durata, e dagli effetti essenzialmente economici, laddove, a ben vedere, la globalizzazione ha modificato anche i comportamenti sociali e le abitudini delle persone.

[37] V. Frosini, *Diritti umani, diritti dei Popoli e globalizzazione giuridica*, in *UniRioja Dialnet*, 2001, www.dialnet.unirioja.es.

che, ha privato masse di individui e di classi sociali di minime tutele giuridiche e sociali. Il tutto è avvenuto gradatamente e senza clamori e senza dare ai governi degli Stati la possibilità di partecipare alla fase decisionale del fenomeno. O questa è la sensazione che si ha.

Questo è un punto fondamentale di diversità con l'integrazione europea che pure limità le sovranità nazionali degli Stati membri (e, in parte, dei Paesi SEE[38]).

A sua volta, il percorso costituzionale e istituzionalizzato di integrazione che gli Stati europei stanno percorrendo da più di settant'anni – che ovviamente comprime le sovranità statali fino ad assumerne (in qualche caso) l'esclusività – è una vicenda giuridico-politica e socioeconomica a sé stante, peculiare e unica nel suo genere[39], non riconducibile a nessun tipo di cooperazione intergovernativa preesistente, né, nondimeno, al fenomeno della globalizzazione[40], ovvero allo "stato di eccezione" di cui si accennava.

La missione dell'Unione europea, "costituente" ed irreversibile[41], che lo si comprenda o no, è quella di realizzare una unione "sempre più stretta tra i cittadini europei" – ancorché l'espressione sia stata stralciata dal Trattato di Lisbona – il che vorrebbe significare, a tacer d'altro,

[38] Cioè a dire l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia (Stati SEE-EFTA) parti del mercato interno UE che garantiscono la libera circolazione di beni, servizi, persone e capitali, nonché le politiche correlate (concorrenza, trasporti, energia, cooperazione economica e monetaria).

[39] La "novità/specialità" dell'ordinamento giuridico-politico dell'Unione sembrerebbe un dato acclarato. Essa, tuttavia, affonda le radici nella storica sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*, che ha sancito la rinuncia degli Stati membri, "anche se in settori limitati", dei propri poteri sovrani in favore dell'Unione. Un ordinamento di nuovo genere che riconosce come soggetti non solo gli Stati ma anche i cittadini quale elemento più caratterizzante della "sopranazionalità". Per un approccio più generale alla tematica, da ultimo, cfr. R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*; E. Triggiani, U. Villani, *Comprendere l'Unione europea*, Bari, 2022; G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro, III ed., Napoli, 2021.

[40] Anzi, a ben vedere, l'Unione europea appare come una risposta importante alle disfunzioni e alle disomogenie della globalizzazione. Mi sia consentito il rinvio a M. Fragola, *L'Europa dei Popoli o degli Stati? L'integrazione spiegata attraverso il diritto dell'Unione europea*, Cosenza, 2017.

[41] A tal riguardo si considerino gli articoli 53 TUE e 356 TFUE che sanciscono la durata "illimitata" dei Trattati e quindi manifestano la volontà degli Stati membri di una integrazione "non a termine". Il che non vuole dire "che si tratta di un vincolo eterno" (si pensi alla *Brexit*) "trattandosi di problema più politico e strutturale che squisitamente giuridico" afferma G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit., pp. 38-39.

la "comunitarizzazione" dell'intero continente europeo (attraverso il diritto) con un suo apparato di governo sempre più "di tipo federale" e sempre più democratico, con nuovi Stati "europei" associati[42] e con lo sviluppo di nuove politiche che finora non rientrano tra le competenze dell'Unione, ovvero, non sono state adeguatamente utilizzate[43].

Infatti, se da un lato, grazie al commercio internazionale e alla globalizzazione sono state possibili nuove opportunità di lavoro, la sempre crescente concorrenza su scala globale unita ad una competizione sfrenata ha impattato negativamente sui diritti umani, ad esempio causando uno sfruttamento evidente dei lavoratori[44].

In effetti, a fronte della velocità delle comunicazioni e della circolazione delle informazioni (ad esempio il fenomeno dei "social media"), la globalizzazione si è presentata, *ab initio*, come un'opportunità di crescita economica (e sociale) per Stati (e Popoli) a lungo rimasti ai margini dello sviluppo economico mondiale, il tutto dovuto alla riduzione della distanza spazio-temporale e dei costi per i consumatori imposti dall'incremento della concorrenza su scala planetaria.

Tuttavia, come e stato attentamente notato, "la globalizzazione nei suoi multiformi aspetti investe tutti i momenti della vita personale e delle nazioni. Mette a contatto diretto non solo le diverse economie del mondo, ma anche i vari modelli regolatori e sociali nazionali, quindi le forme del capitalismo[45].

Parlare oggi di "de-globalizzazione" altro non è che il risultato degli aspetti negativi di tale processo reiterati negli ultimi venti anni: lo sfrenato mercato e la frenesia dei profitti ha comportato, necessaria-

[42] Ferme restando le regole per l'adesione di cui all'art. 49 TUE.

[43] Spesso a causa del voto all'unanimità voluto dai governi degli Stati membri in talune materie ritenute "sensibili" (immigrazione, politica estera, di sicurezza, di difesa, ecc.). Sulle limitazioni di sovranità in materia di immigrazione nella creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Titolo V TFUE) cfr. C. Favilli, *Le politiche di immigrazione ed asilo: passato, presente e futuro di una sovranità europea incompiuta*, in *I Post di AISDUE*, 2022, p. 227; per i cc.dd. "migranti climatici" cfr. M. Bruzzese, *La tutela internazionale ed europea dei migranti climatici: le lacune giuridiche e i tentativi di colmarle*, in *BlogDUE*, 22 giugno 2022, www.aisdue.eu/marianna-bruzzese-la-tutela-internazionale-ed-europea-dei-migranti-climatici-le-lacune-giuridiche-e-i-tentativi-di-colmarle.

[44] www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/economy/20190612STO54309/globalizzazione-ecco-come-la-politica-commerciale-ue-promuove-i-diritti-umani.

[45] T. Treu, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, *Stato e Mercato*, in *WP CSDLE*, n. 133, 2017, p. 289 ss.

mente, lo sfruttamento della forza lavoro, il degrado ambientale, l'aumento delle disparità sociali, la perdita delle identità locali, l'aumento del potere di società economico/finanziarie multinazionali a discapito delle sovranità dei governi/Parlamenti nazionali e delle autonomie delle economie locali, la diminuzione della privacy.

Ecco perché oggi si tende a porre rimedio ad una situazione diventata insostenibile. Si ipotizzano nuovi percorsi di sviluppo economico e sociale con soluzioni più umane e vicine al cittadino: "de-globalizzazione" o "sgobalizzazione".

In questa prospettiva, taluni ipotizzano il ritorno alle sovranità locali con il superamento della globalizzazione attraverso l'incentivazione dei mercati più prossimi alle persone.

Con riguardo alla nuova fase della globalizzazione, perché questo mi pare stia accadendo, non mi sembra sbagliato rivendicare – da parte di Parlamenti nazionali e governi – quote di autodeterminazione ovvero una partecipazione più ampia alla formazione delle nuove regole che verranno.

Occorre allora rivalutare le identità nazionali, tuttavia, nell'ambito della cornice multilaterale ed europea in particolare. Questo è un punto fermo.

L'art. 4, par. 2 TUE mi pare eloquente in questo senso: integrazione e attenzione ai diritti delle persone e delle minoranze: "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale".

La questione è che imperversa un sovranismo aggressivo e nazionalista a scapito dei sistemi democratici che di certo non aiuta il dibattito. Anzi lo rende molto pericoloso.

In particolare, secondo taluni, il ritorno alle identità locali va visto come l'unica via di uscita dalla mondializzazione e dall'integrazione europea, confondendo – o meglio strumentalizzando – forse "occultando" il bene comune nei confronti di una ipotizzata prosperità locale, autonoma e indipendente dal contesto internazionale ed europeo[46].

[46] *Brexit* ne è l'esempio più eclatante di come il populismo/nazionalismo può comportare scelte controcorrente dagli esiti incerti.

Se è vero che il linguaggio dei diritti è universale è altrettanto palese che la concezione di essi varia a seconda dei governi e delle loro politiche.

4. A conclusione di queste brevi riflessioni, è possibile (ri)affermare che resta fermo il timore paventato nel "Presupposto" di non aver aggiunto alcunché di innovativo alla tematica e alla discussione odierna. Si ritorna sempre al punto di partenza con molte perplessità ed un senso di inadeguatezza.

Ciò che appare evidente, tuttavia, agli occhi di chi scrive è che il sostantivo "sovranità" può avere una infinità di interpretazioni – anche discordanti tra loro – il che potrebbe portare a conclusioni sbagliate.

Con riguardo al rapporto di sovranità tra Stati membri e Unione europea azzardo soltanto una breve e banale considerazione.

La questione è più epistemologica che di sostanza.

Nella "scomposizione" dell'essenza della nozione di sovranità nel rapporto Unione europea-Stati membri si è paventata la tesi sovranità=autorità=primato.

Sovranità e primato sono due sostantivi dai contenuti simili ma diversi.

La originaria sovranità nazionale va proporzionata in ordine al derivato ordinamento eurounionale espressione della volontà politica dei governi degli Stati membri. In particolare, la sovranità nazionale "cede" dinanzi ai capisaldi dell'ordinamento eurounionale: essenzialmente al principio, scolpito nei Trattati istitutivi, della diretta applicabilità ovvero dell'efficacia diretta, tempestiva e uguale del suo diritto in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione e, di conseguenza, della supremazia – del "primato" – del diritto eurounionale sul diritto nazionale incompatibile.

Si ribadisce che sovranità e primato sono due sostantivi dai contenuti simili ma diversi.

Primato non vuol dire supremazia assoluta. Significa "ordinaria prevalenza" del diritto eurounionale direttamente applicabile sui diritti nazionali, con il limite (cc.dd. "controlimiti"), tuttavia, della eventuale conflittualità del diritto eurounionale con i "principi supremi degli ordinamenti costituzionali nazionali e ai diritti inalienabili della persona"[47].

[47] Sentenza della Corte costituzionale del 1973, n. 183; sentenze della Corte costituzionale del 2014, n. 238 e del 2016, n. 187; M. Cartabia, *Princìpi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 20; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di*

Controlimiti di difficile applicazione[48].

Tre descrizioni, tre giustificazioni.

La sovranità è costantemente scomposta, compressa, se non trasformata: ad esempio durante periodi eccezionali come lo "stato di eccezione". Durante la globalizzazione le sovranità sono comunque attenuate ma in modo involontario cioè necessitato. Nel processo di integrazione europea la sovranità è scomposta volontariamente per dare spazio al primato ed alla supremazia delle norme eurounionali direttamente applicabili.

Anche l'ordinamento internazionale tende a sviluppare un sistema giuridico globale c.d. "a cerchi concentrici"[49] nell'ottica della regolamentazione di importanti settori di rilevanza mondiale, quali, tra gli altri, i settori economico, dei diritti umani, dell'ambiente, della salute, del lavoro, a cui si aggiungano la disciplina delle relazioni attraverso la rete internet (o similari), la sicurezza dei dati personali, la privacy e quindi, la cybersecurity, mediante strumenti di cooperazione multilaterali e lunghi processi decisionali integrati.

Nel contesto così delineato, la sovranità non si esprime più nella condizione di *superiorem non recognoscens*, ma nella "capacità" degli Stati di partecipare ai processi decisionali eurounionali e mondiali, nonché di concorrere alla costruzione e gestione del nuovo ordine mondiale in un'ottica di pace, diritti e prosperità[50].

Che altro non vuole significare che, onde evitare "eccessi di sovranità", cooperazione internazionale e multilateralismo appaiono come l'unico programma politico-economico e sociale possibile[51].

costituzionalità, Milano, 1995, p. 23; G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2009, p. 24.

[48] Da ultimo, A. Lo Calzo, *Dagli approdi della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle tendenze nel dialogo con le Corti*, in *federalismi.it*, n. 1, 2021; U. Villani, *Brevi note sull'uso anomalo dei controlimiti nella sentenza del 5 maggio 2020 del Bundesverfassunggericht*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2020, p. 673; G. Di Federico, *op. cit.*; C. Amalfitano, *op. cit.*; G. Gaja, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2018, p. 1035.

[49] G. Ziccardi Capaldo, *Sovranità territoriale*, in *Il Diritto Enciclopedia Giuridica*, vol. 15, Milano, 2007, p. 338 ss.

[50] G. Ziccardi Capaldo, *op. cit*.

[51] Santi Romano parlava di "arretramento" della sovranità dello Stato con riferimento alla limitazione della sfera legislativa statale; come richiamato da B. Nascimbene, *Unione europea e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

Se è vero, infine, che gli Stati sono ancora considerati *Herren der Verträge* è vero del pari che il sistema delineato dai Trattati sull'Unione europea è l'espressione della volontà di ogni singolo Stato sovrano – convertita in volontà/sovranità comune – "che postula quel sacrificio di sovranità o di competenza che liberamente e consapevolmente gli Stati membri hanno scelto di fare" e che solo "collettivamente", e non singolarmente, possono modificare ed eventualmente recuperare il controllo di talune competenze e sovranità[52].

Erit verum?

Per non incorrere nuovamente nella "trappola di Tucidide"…

[52] G. Tesauro, *Sovranità degli Stati*, cit., pp. 42 e 43.

QUALCHE RICORDO DEL PROFESSOR TESAURO, TRA DIRITTO E NON

Daniele Gallo[*]

SOMMARIO: 1. Il ricordo personale. – 2. Una brevissima riflessione in punto di diritto.

1. Mi ricordo quando il professor Tesauro, durante un pranzo a Napoli di 14 anni fa, mi disse, dopo aver pazientemente ascoltato alcune mie elucubrazioni in tema di efficacia interna del diritto europeo, che nella vita, oltre al diritto, c'è altro. Il messaggio che Tesauro mi esplicitò era che nella vita, innanzitutto, c'è la felicità. Nella vita, mi chiarì Tesauro, c'è l'umanità. L'umanità – aggiungiamo noi – nelle sue declinazioni più varie: amore, famiglia, amicizia, bontà d'animo e, pensando a Tesauro, l'ironia, l'auto-ironia, Napoli, la musica, l'integrazione europea. Il diritto, per chi lo ha scelto per passione e/o indole valoriale, seppure un tassello importante della vita, quale strumento naturalmente empatico e altruistico di regolamentazione dei rapporti umani, ne rappresenta soltanto una porzione. *A fortiori* – potremmo desumere dal pensiero di Tesauro – il giovane aspirante giurista ha il dovere di non perdersi tra ambizione e rampantismo. Ha il dovere di non farsi corrompere dalla *routine* lavorativa perché la vita e la felicità sono altrove.

La frase sopra ricordata, pronunciata dal più influente studioso e pratico del diritto *comunitario* italiano, rende palese l'unicità della figura di Tesauro. Una figura che spicca, non soltanto per la profondità del pensiero, ma anche e in particolare per la sua umanità. Rende palese la ragione per cui Tesauro sia stato così amato dagli studenti, dagli allievi, dai colleghi.

Tesauro ha ricoperto ruoli di potere. Nel mio piccolo e in punta di penna, mi permetto di osservare che, nella narrazione di tutti coloro che lo hanno conosciuto da vicino, Tesauro emerge sempre come colui che ha svolto i prestigiosi incarichi che tutti noi ben conosciamo con un atteggiamento mai accentratore, pretenzioso o autocelebrativo. Un atteggiamento, al contrario, improntato alla curiosità, all'apertura verso l'altro. Un atteggiamento, in questo senso, talmente raro e sorprendente che ha consentito a Tesauro di entrare in contatto indifferentemente

[*] Professore ordinario Jean Monnet di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss.

con chi, come lui, quel potere e quelle responsabilità le conosceva e con chi, all'inizio della sua carriera o comunque in una condizione esistenziale, generazionale e professionale ben diversa, il potere non lo ha mai frequentato. Tesauro è stato un Maestro, di studio e di vita anche per coloro che, come me, non hanno studiato alla Federico II e non lo hanno potuto avere come docente. Delle conversazioni con Tesauro trattengo, ancora oggi, oltre alle innumerevoli suggestioni scientifiche, anche e (nella prospettiva di Tesauro) *soprattutto* l'invito a non prendersi troppo sul serio, a considerare, appunto, che nella vita e nella felicità c'è altro, oltre al – e al di fuori del – diritto.

D'altra parte, con riferimento al ruolo del diritto per il comunitarista, infine, trattengo la duplice idea che uno studioso del processo d'integrazione europea debba necessariamente affrancarsi da precostituite e solipsistiche categorie del pensiero – e del diritto – nazionali e che debba sempre confrontarsi con la realtà delle cose, con la concretezza nella quale il diritto viene naturalmente a calarsi, al di là, dunque, di disquisizioni puramente e sterilmente teoriche e astratte. Insomma, il comunitarista, attraverso l'interlocuzione con un ordinamento, quale quello europeo, nel contempo autonomo e sintesi di altri sistemi giuridici, per sua natura, deve essere pronto, a monte, a mettersi in discussione, a mettere in discussione i propri convincimenti e, nel farlo, a valle, deve guardare sempre alle implicazioni concrete, esistenziali, del fenomeno giuridico.

2. Fatta questa premessa, per il cui tono, forse non adeguato al contesto scientifico nel quale le mie riflessioni si collocano, mi scuso, vorrei, ora, soffermarmi su due osservazioni, in punto di diritto, di Tesauro, che trovo particolarmente stimolanti e attuali. Sono due tra le molteplici che hanno indirizzato la giurisprudenza della Corte di giustizia e la letteratura. Entrambe riguardano il tema dei diritti e della tutela giurisdizionale "in ambiente" europeo.

La prima ha a che vedere con i rapporti tra disapplicazione, quale prodotto dell'effetto diretto *e* del primato, e azione risarcitoria.

I due rimedi possono certamente essere alternativi: in questo senso, il rimedio *Francovich*[1], *è residuale rispetto a quello scaturente dalla natura direttamente efficace di una norma UE*[2].

[1] Sentenza della Corte del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a*.

[2] Parla di "*tailpiece mechanism, a sort of residual remedy*" S. Prechal, *Member State Liability and Direct Effect: What's the Difference After All?*, in *European Business Law Review*, vol. 17, n. 2, 2006, p. 300.

Ciononostante, *oggi*, sappiamo che il tratto distintivo della relazione che lega disapplicazione e risarcimento è quello della complementarietà. Una precisazione questa importantissima, uno sviluppo nella concettualizzazione e pratica del diritto comunitario tra i più significativi. Lo sappiamo, appunto, oggi, ma non lo sapevamo fino a *Brasserie*[3]. E lo sappiamo da *Brasserie* in poi perché in questa sentenza la Corte di giustizia lo afferma esplicitamente per la prima volta[4]. Lo afferma esplicitamente seppure, implicitamente, al cuore della pronuncia si situi il ragionamento svolto da un Avvocato generale. Il riferimento va alle conclusioni di Tesauro, rese nella causa *Brasserie* il 28 novembre 1995, nella misura in cui precisa che "il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato deve trovare applicazione come rimedio sia alternativo che aggiuntivo rispetto alla tutela sostanziale", con il risultato che esso deve trovare applicazione rispetto alla violazione "sia di norme sprovviste di effetto diretto, nel senso di norme non direttamente invocabili dinanzi ai giudici nazionali, sia di norme che invece danno tale possibilità"[5]. Da qui la conseguenza che l'obbligo imposto dalla Corte al singolo "di dare prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, di aver tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione"[6] non implica che l'azione di diretta efficacia abbia priorità, sul piano cronologico dell'esperimento dei rimedi, su quella risarcitoria o che la prima sia sovraordinata nei confronti della seconda[7]. L'impostazione seguita in *Wells*, quindi, secondo cui spetterebbe al giudice nazionale accertare se il diritto interno preveda la possibilità di revocare o di sospendere un dato provvedimento amministrativo e, "solo in alternativa, la possibilità [per il singolo] di pretendere il risarcimento del

[3] Sentenza della Corte del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.*

[4] *Ibidem*, punto 20.

[5] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 28 novembre 1995, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.*, punto 34.

[6] Sentenza della Corte del 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier c. Repubblica federale di Germania*, punto 60.

[7] Si veda l'analisi di F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2008, p. 269. In argomento si veda anche la ricostruzione di S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, pp. 265-273.

danno subito"[8], risulta mortificare troppo la portata dell'azione risarcitoria. All'opinione dell'Avvocato generale Léger nelle sue conclusioni in *Köbler*, secondo il quale "il ripristino del contenuto patrimoniale rappresenterebbe un *minus* rispetto all'ipotesi di tutela sostanziale che resta il mezzo ottimale di tutela"[9] è da preferire l'impostazione di Tesauro. Un'impostazione maggiormente in linea con la logica che orienta l'ordinamento UE e il sistema di tutela giurisdizionale ivi riconosciuto: un rimedio risarcitorio visto in termini minimalistici e sussidiari, quale mera alternativa ai rimedi connessi all'effetto diretto e all'interpretazione conforme, appare in contrasto con spirito e finalità del diritto UE, centrato sugli individui-titolari di diritti. In definitiva, se il singolo debba prima proporre un'azione risarcitoria o invocare direttamente la norma UE dipende dal tipo di controversia, cioè dai fatti della causa e della natura dei motivi di diritto su cui intende fondare il proprio ricorso[10]. Oltretutto, l'individuo potrebbe realizzare i propri interessi in maniera più compiuta attraverso l'istituto risarcitorio *Francovich/Brasserie* piuttosto che attraverso la disapplicazione determinata dall'invocazione di una norma UE dotata di effetto diretto.

La seconda osservazione di Tesauro che tengo a ricordare e sulla quale vorrei concentrarmi in queste poche pagine ha per oggetto la relazione che esiste tra efficacia diretta e applicabilità diretta.

Al riguardo, come noto, i Trattati, da un lato, non contengono un riferimento esplicito alla diretta efficacia, dall'altro, solamente in relazione ai regolamenti adoperano, nell'articolo 288, par. 2, TFUE, la locuzione "diretta applicabilità"[11], senza, peraltro, offrirne una definizione.

La circostanza che la diretta applicabilità sia una caratteristica espressamente attribuita ai regolamenti non esclude, per un verso, che norme ivi contenute debbano essere necessariamente recepite sul piano

[8] Sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *The Queen, su richiesta di Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, punto 69.

[9] Conclusioni dell'Avvocato generale Léger, dell'8 aprile 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, punto 39.

[10] In questo senso si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale van Gerven, del 26 gennaio 1993, causa C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (*Marshall II*), punto 7.

[11] Cfr., a titolo esemplificativo, sentenza della Corte del 14 dicembre 1971, causa C-43/71, *Politi S.a.s. c. Ministero delle Finanze della Repubblica italiana*, punto 9.

interno perché vengano direttamente applicate[12], per l'altro, che altre fonti del diritto UE, di diritto primario e derivato, seppure di per sé non definite direttamente applicabili dai Trattati o dalla Corte di giustizia, contengano obblighi i quali, per risultare concretamente operativi, prescindono dall'attuazione, a livello nazionale, di misure ulteriori[13]. Dall'esame della giurisprudenza si evince, ad esempio, che, se, per un verso, la natura dei regolamenti è diversa da quella delle direttive e decisioni, per l'altro, in termini di effetti, non vi sono differenze significative quando non sono richiesti atti nazionali di recepimento[14]: è sufficiente pensare a *S.A.C.E. c. Italia*[15], quanto alle direttive, e a *Grad*[16], con riferimento alle decisioni. Insomma, non mi sembra si possa ritenere che la Corte abbia mai introiettato e fatto suo l'argomento formulato dall'Avvocato generale Reischl in *Ratti*, secondo cui sarebbe sempre fuori luogo parlare di applicabilità diretta per atti diversi dai regolamenti, così come – s'intuisce – per norme di diritto primario[17]. In particolare, a mio parere, direttive *self-executing* sono atti direttamente applicabili[18]. Ovviamente, l'atto non è direttamente applicabile nel suo complesso; al contrario, una tale connotazione significa che alcuni obblighi contenuti in alcune sue norme possono penetrare, senza mediazione legislativa, nell'ordinamento interno, conferendo ai singoli, peraltro, i diritti corrispondenti. Per quel che riguarda il diritto primario, non c'è dubbio, ad esempio, che l'articolo 18, par. 1, TFUE, recante un divieto di ogni forma di discriminazione in base alla nazionalità, trovi immediatamente attuazione, contenendo un obbligo incondizionato, sebbene i Trattati si astengano dal definire come direttamente applicabili questa e altre norme di diritto primario. Ma, allora, una norma UE, quando è in teoria e in pratica direttamente applicabile, è incondizionata, nel senso che non

[12] Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Warner, del 19 novembre 1974, causa C-31/74, *Filippo Galli*, punto 70.

[13] Sul punto si veda K. Lenaerts, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, 1988, in specie p. 560.

[14] Si veda J. Steiner, *Direct Applicability in EEC Law – A Chameleon Concept*, in *Law Quarterly Review*, vol. 98, 1982, p. 229 ss., spec. pp. 231 e 232.

[15] Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, causa C-33/70, *S.A.C.E. c. Italia*, punto 10.

[16] Sentenza della Corte del 6 ottobre 1970, causa C-9/70, *Grad*, punto 5.

[17] Conclusioni dell'Avvocato generale Reischl, del 20 febbraio 1979, causa C-148/78, *Ratti*, punto 1650.

[18] Si vedano le riflessioni di J.A. Winter, *Direct Applicability*, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 9, n. 4, 1972, pp. 236 e 237.

serve alcuna disposizione ulteriore per dare completezza all'obbligo ivi contenuto? Diretta applicabilità di una norma significa, cioè, incondizionatezza dell'obbligo ivi contenuto, come condizione, insieme alla chiarezza e alla precisione, dell'efficacia diretta del diritto UE?

La risposta ad entrambe le domande sembra dover essere affermativa. Insomma, al di là di questioni terminologiche, la diretta applicabilità è una caratteristica dei regolamenti, ma lo è anche, sotto forma d'incondizionatezza dell'obbligo, delle altre fonti del diritto UE, primarie e derivate. L'efficacia diretta presuppone, pertanto, l'applicabilità diretta, nel caso di regolamenti, e l'incondizionatezza nel caso del diritto primario e del diritto derivato diverso dai regolamenti, laddove applicabilità diretta e incondizionatezza sono concetti equivalenti.

In ogni caso, il problema dei rapporti tra efficacia diretta e diretta applicabilità è spinoso perché in alcune sue sentenze la Corte di giustizia utilizza indifferentemente i due termini, ponendo sullo stesso piano il tema dell'invocabilità di una norma e quello della sua esecuzione, a prescindere dalla natura della fonte normativa del diritto UE considerata. In *Defrenne*, ad esempio, la locuzione "diretta applicabilità" è utilizzata nel senso di "diretta efficacia", perlomeno in alcuni punti della sentenza dove, a proposito dell'(allora) articolo 119 TCEE, attuale articolo 157 TFUE, in merito al principio della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici, è precisato, prima, che tale norma può essere "applicat[a] direttamente e può quindi attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare"[19] e poi che essa richiede, ove necessario, l'intervento dell'autorità giudiziaria al fine di assicurare "l'applicazione diretta del trattato"[20].

Che vi sia tuttora poca chiarezza è confermato dalla lettura della versione originale di parte della giurisprudenza UE e della sua traduzione, in inglese e francese, confrontata con il testo italiano. A titolo esemplificativo, nella pronuncia *Reyners*, a proposito dell'(allora) articolo 52 TCEE, attuale articolo 49 TFUE, in materia di libertà di stabilimento, è osservato dalla Corte, nella versione italiana, che si tratta di una disposizione "direttamente efficace", mentre, nei testi inglese e francese, è fatto riferimento alla sua natura, rispettivamente, "directly

[19] Sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, causa C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, punto 24.

[20] *Ibidem*, punto 37.

applicable" e "directement applicable"[21]. È esattamente quanto avviene, in relazione all'articolo 7 TCEE, attuale articolo 18 TFUE, nella causa *Kenny*[22].

In questo quadro, la dottrina maggioritaria continua a ritenere che diretta efficacia e diretta applicabilità siano concetti da tenere distinti. L'idea principale è che, mentre l'applicabilità diretta pertiene a una qualità oggettiva della norma che non presuppone un'*auctoritas interpositio*, non richiedendo, per produrre effetti, alcun provvedimento interno ulteriore e non dovendo quindi essere trasformata in norma interna, l'efficacia diretta indica, invece, l'incidenza del diritto UE sulla sfera soggettiva del singolo, con il conseguente conferimento di diritti che egli potrà azionare, anche (ma non solo) in sede giurisdizionale, nei confronti dello Stato (nelle sue molteplici ramificazioni) e/o di soggetti privati. Come rilevato in dottrina da colui il quale ha evidenziato, tra i primi, la necessità di distinguere tra diretta applicabilità e diretta efficacia, la prima pertiene a *come* il diritto UE è incorporato nell'ordinamento degli Stati membri, quale "law of the land", mentre la seconda ha a che vedere con il *come* detto diritto, divenuto "law of the land", può essere invocato da soggetti privati dinanzi a corti nazionali[23].

Come valutare una tale ricostruzione? Ad avviso di chi scrive[24], esistono due piani. Il primo pertiene a una ricostruzione teorica dei due istituti. Da questo punto di vista, i concetti, seppure naturalmente correlati, sono, distinti. La circostanza che esista uno stretto collegamento implica, del resto, a monte, che, perlomeno in termini teorici, si tratta di due categorie diverse. Diretta applicabilità significa che una norma entra a far parte direttamente dell'ordinamento nazionale, ma è solo potenzialmente e in principio in grado di produrre effetti concreti, cioè invocabile da un singolo dinanzi a un'autorità nazionale e da questa applicata nel caso di specie. Se lo è anche in atto, allora, oltre a essere direttamente applicabile, sarà pure direttamente efficace. Non tutti gli

[21] Sentenza della Corte del 21 giugno 1974, causa C-2/74, *Jean Reyners c. Stato belga*, punto 32.

[22] Sentenza della Corte del 4 giugno 2002, causa C-99/00, *Procedimento penale a carico di Kenny Roland Lyckeskog*, punto 12.

[23] J.A. Winter, *op. cit.*, p. 425.

[24] Sia consentito rinviare a D. Gallo, *Rethinking Direct Effect and its Evolution: a Proposal*, in *European Law Open*, vol. 1, n. 3, 2022, p. 599; Id., *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2019, pp. 9-11; Id., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, pp. 114-124.

atti direttamente applicabili generano, quindi, *per sé* effetti diretti. Un conto è la diretta applicabilità, che è collegata alla natura della fonte giuridica, dello strumento normativo; un altro è la diretta efficacia, che pertiene alla natura della norma ricompresa in quella fonte del diritto. È ben possibile, infatti, che un regolamento, per sua natura generalmente direttamente applicabile, contenga obblighi non incondizionati e quindi norme non direttamente efficaci[25]. Del resto, laddove la Corte di giustizia, in *Van Duyn*, utilizza la locuzione "per natura" con riferimento ai regolamenti, intende sottolineare proprio questo aspetto. Specularmente, direttive, atti cioè per loro natura non direttamente applicabili, ma contenenti, in alcune loro norme, obblighi chiari, precisi e incondizionati, allo scadere del termine di recepimento da parte degli Stati membri, sono suscettibili di creare effetti diretti e, nel contempo, non esentano lo Stato dall'adeguarsi, attraverso misure attuative, a quanto ivi previsto.

Tuttavia, la problematica relativa ai rapporti tra effetto diretto e diretta applicabilità investe un secondo piano. Un piano non teorico o ricostruttivo, ma pratico e operativo. Alla prova dei fatti, è ragionevole ritenere, dunque, che diretta efficacia e diretta applicabilità siano categorie distinte? La riposta, a mio giudizio, è negativa per due ordini di ragioni. In primo luogo, muovendo dalla considerazione che diretta applicabilità significa incondizionatezza, se la prima è presupposto necessario della seconda, non ha senso concludere che una norma, non incondizionata, possa essere sufficientemente chiara e precisa. Ciò significa che, se una norma chiara e precisa può certamente contenere un obbligo non incondizionato, come nel caso di parecchie norme contenute nella Carta dei diritti fondamentali, in pratica, non è vero il contrario. Come potrebbe essere incondizionata una disposizione rispetto alla quale non c'è chiarezza circa la titolarità dell'obbligo, la titolarità del diritto e/o il contenuto del diritto-obbligo? Ed ecco, quindi, che l'incondizionatezza, cioè la diretta applicabilità, assorbendo le condizioni della sufficiente chiarezza e precisione, s'identifica nella diretta efficacia. Diretta applicabilità e diretta efficacia, oltre ad essere interdipendenti, si fondono. Ciò significa che, differentemente da quanto si è soliti pensare, l'applicabilità diretta viene ad essere condizione non solo

[25] Cfr., a titolo esemplificativo, sentenza della Corte del 27 settembre 1979, causa C-230/78, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contro Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e la SpA Zuccherifici meridionali*.

necessaria ma anche sufficiente affinché una norma UE produca effetti diretti poiché l'obbligo che essa stabilisce, se incondizionato, è naturalmente, necessariamente e sufficientemente chiaro e preciso.

In secondo luogo e soprattutto, dall'analisi di parte della giurisprudenza si evince che diretta efficacia e diretta applicabilità si fondono, dal momento che quel che, effettivamente, conta, è se la norma UE sia giustiziabile, applicabile, cioè, al caso di specie. Questa è la domanda centrale che il giudice, consapevole di dover dare precedenza al diritto UE rispetto al diritto nazionale, deve porsi. Il resto rimane sullo sfondo. Ci insegna Tesauro nel suo manuale-pilastro del diritto UE[26], curato, allo stato attuale, dai due suoi allievi *par excellence*, P. De Pasquale e F. Ferraro[27], che una norma UE è direttamente efficace quando è idonea a "creare diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli, persone fisiche e giuridiche", senza che sia necessaria "quella funzione di diaframma", esercitata dallo Stato, che consiste "nel porre in essere una qualche procedura formale per riversare sui singoli gli obblighi o i diritti" riconosciuti in fonti esterne all'ordinamento nazionale[28]. Da qui la conclusione di Tesauro, il quale, dopo aver negato che la distinzione efficacia diretta-diretta applicabilità trovi riscontro nella giurisprudenza, afferma quanto segue: "si tratta di intendersi sulla sostanza, che si realizza quando la posizione giuridica di un soggetto è direttamente tributaria della norma comunitaria, sì che diventa secondario identificare questa situazione con questa o quella denominazione della norma: *self-executing*, direttamente applicabile, autoapplicativa, direttamente efficace o provvista di effetto diretto"[29].

Quest'ultimo estratto del pensiero di Tesauro ci permette di sottolineare che il suo invito, ricordato nel § 1, a vivere compiutamente, piuttosto che a collocare lo studio del diritto come fine a se stesso, quale *hortus conclusus* impermeabile alla società e alle sue dinamiche, alla vita, appunto, è anche al cuore dei suoi scritti. Non potrebbe essere altrimenti, in effetti. Mi riferisco all'attenzione prestata, in tutte le sue opere, alle implicazioni concrete della disciplina giuridica, laddove essa interloquisce con la vita reale, con l'attività del giudice, degli avvocati, dell'amministrazione. Un'attenzione che ha consentito a Tesau-

[26] Si vedano, per tutti, G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 165.

[27] G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale, F. Ferraro, Napoli, 2021.

[28] *Ivi*, p. 165.

[29] *Ivi*, p. 166.

ro di affrancarsi da artificiose ricostruzioni di istituti dell'ordinamento europeo *primi inter pares*, quale l'effetto diretto-diretta applicabilità, che, lungi dall'operare nell'iperuranio normativo, sono al centro del fenomeno giuridico comunitario e degli attori che ne sono protagonisti, cioè gli individui-soggetti di diritto.

FRA DIRITTO INTERNAZIONALE, DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTO COMUNITARIO: UN APPUNTO SUGLI STRUMENTI PER IL RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO PUBBLICO STRANIERO

Maurizio Maresca[*]

SOMMARIO: 1. Il contributo del diritto internazionale al coordinamento delle sovranità in conflitto. – 2. Il ruolo "internazionalistico" del diritto internazionale privato. – 3. Diritto internazionale privato: riconoscimento e presa in considerazione del diritto pubblico straniero. – 4. *Le Lois des polices.* – 5. L'esperienza nordamericana. – 6. L'"irruzione" del diritto comunitario.

1. Lo scritto che segue si propone di dare conto, in sintesi, degli strumenti in virtù dei quali sia possibile provare a coordinare, dal punto di vista del foro, gli ordinamenti giuridici quando vengano in rilievo attraverso norme che costituiscono un limite ed integrano l'autonomia privata in attuazione della sovranità statuale (la tutela della parte debole, l'attuazione del diritto del commercio internazionale con strumenti difensivi – che limitano l'accesso al mercato magari determinando prezzi e condizioni – o misure di promozione del commercio – che configurino l'esercizio extraterritoriale della *jurisdiction*, il regime della proprietà sulle cose ecc.). L'obbiettivo è riassumere le soluzioni emerse nel corso della seconda metà del '900 intorno alle quali si costruisce in concreto la collaborazione internazionale fra gli ordinamenti degli Stati che hanno costituito oggetto di un seminario nel quadro del dottorato di ricerca in diritto internazionale e comunitario tenuto a Udine nella primavera del 2001 con la presenza di Giuseppe Tesauro e Riccardo Luzzatto[1].

Il primo argomento riguarda il contributo del diritto internazionale per risolvere i conflitti fra ordinamenti che vengono in rilievo attraverso norme di segno pubblicistico. Anche se il diritto internazionale non è cresciuto tanto da individuare precisi criteri generali subordinatamente

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Udine.

[1] In considerazione delle finalità in questa iniziativa, restando ridotti gli obbiettivi di ordine scientifico, limiteremo i riferimenti bibliografici alle opere davvero specifiche.

ai quali gli Stati possono esercitare il potere[2] non è affatto da escludere che possa offrire una sua valutazione per porre in essere il riconoscimento del diritto straniero in quanto conseguenza dell'obbligo di non sindacato della *jurisdiction* straniera. Un tema che si affronta partendo appunto dalle regole sulla immunità dello Stato straniero e quindi dalla cosiddetta "conformità dei valori" con l'ordinamento internazionale e con il foro (che costituisce uno degli elementi del riconoscimento del diritto pubblico straniero)[3]. Certo alcuni Paesi, come vedremo a breve, hanno ritenuto di regolare questo aspetto con apposite norme (di

[2] Nel corso del seminario di chiusura del dottorato nell'ateneo udinese, tenutosi nella primavera del 2001, dedicato agli effetti del diritto straniero volto a promuovere politiche e strumenti di regolazione dei mercati espressione della sovranità nazionale, Giuseppe Tesauro e Riccardo Luzzatto hanno dato vita, con i membri del collegio e con gli stessi dottorandi, ad alcuni passaggi di massimo significato collocati alla intersezione fra diritto internazionale, diritto internazionale privato e diritto comunitario. Purtroppo, in quella occasione mancarono Sergio Carbone, Giorgio Gaja e Antonio Tizzano che avrebbero completato in modo perfetto la riflessione (anche se la loro presenza fu rinviata di appena pochi giorni).

J.M. Jacquet, *Le norme juridique extraterritoriale dans le commerce internationale*, in *Rev. Crit.*, 1981, p. 350; B. Huet, *Une application limitée de la loi étrangère*, Clunet, 1982, p. 625; F. Mann, *The Doctrine of International Jurisdiction*, in *Rec. des cours*, n. 1, 1964, p. 19; id, *The doctrine of International Jurisdiction revised after twenty years*, in *Rec. des courses*, n. 3, 1984, p. 3. Il superamento del criterio della territorialità come limite all'esercizio della *National Jurisdiction* è condiviso anche da autori ormai costituenti la storia del diritto internazionale privato come G. Dam, *Völkerrech*t, Stuttgart, 1964; P. Niederer, *Einfuhrung in die allgemeeinen Leherer des Internationales Privatreckt*, Zurick, 1961; E. Zitelman, *Internationales Privatreckt*, Lipsia, 1897; M. Giuliano, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, Milano, p. 61. V. anche le sentenze della Corte internazionale sullo stretto di Corfu (CIJ, 1949, p. 35) e sul caso Lotus (PCIJ, A, 10, p. 3) ed il caso Nottebohn (CIJ, 1955, p. 4) su cui P. De Visscher, *L'affaire Nottebohn*, in *Rev.gen. dr. int. Pub.*, 1956, p. 238; P. Bastid, *L'affaire Nottebohn devant la cour de Justice*, in *Rev. Critique*, 1965, p. 607. V. anche la nozione di *genuine link* derivante dal diritto internazionale in S.M. Carbone, *La disciplina giuridica del traffico marittimo*, Bologna, 1982, p. 78; L. Brillmayer, *The extraterritorial application of American Law: a Methodological and Constitutional Appraisal*, in *Law and Contemporary Problems*, 1987, p. 1.

[3] [3] R. Quadri, *La giurisdizione sugli stati stranieri*, Milano, 1941; P. Lalive, *L'immunitè de jurisdiction des etats*, in *Rec. des courses*, n. 2, 1953, p. 209; D. Riesenfeld, *Sovereign immunity in perspective*, in *Vand. Jour. Transn. Law*, 1986, p. 1; S.M. Carbone, *Sul controllo di costituzionalità della norma straniera*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 685. Una indagine sul ruolo del diritto straniero espressione del potere di regolazione del foro meriterebbe peraltro una diversa occasione di approfondimento. V. in generale H. Koh, *Is International Law Really State Law?*, in Harvard Law Review, 1998, p. 1824 ss.; E. Posner, C. Sustein, *The Law of Other States*, in *Stanford Law Review*, 2006; R. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way Of Law*, Cambridge, 2001.

diritto internazionale privato o comunque di recepimento e precisazione del diritto internazionale): importante ma molto "problematico" è, ad esempio, il contributo che viene dall'ordinamento americano con i vari *Restatement*, oggi gli ultimi due sui conflitti di leggi e sulle relazioni internazionali, posto che, come segnalava Jeswald Salacuse[4] in una conferenza alla Fletcher nel 2003, il ruolo del diritto internazionale negli Stati uniti è molto discutibile quando si tratti di derivarne conseguenze "automatiche" sul modo di essere del diritto interno (dove acquistano un ruolo fondamentale alcune "valvole di sicurezza" come le nome interne che riproducono il contenuto del diritto internazionale o addirittura le articolatissime sentenze delle corti). Un piano al chiaroscuro fra attenzione alla *foreign jurisdiction* ma, contemporaneamente, al rispetto della sovranità nazionale, dalla quale dipende la collaborazione del foro con lo Stato straniero, diversa – ma non così tanto – dalla esperienza francese che fino dalla metà del secolo scorso ha dato luogo alla teoria delle *lois des polices* sulla quale torneremo.

Non è questa la sede per esaminare e commentare le diverse opinioni in merito. Pare condivisibile che se il diritto internazionale si limita ad imporre a carico degli Stati un obbligo negativo nel senso della astensione dal valutare il prodotto della sovranità straniera, sia difficile configurare anche un obbligo di segno positivo, e cioè nel senso del riconoscimento e della cooperazione all'attuazione di tale sovranità nel foro[5]. Come dire: è purtroppo frequente che gli Stati sempre più spesso, in anni di crisi, provino ad estendere la loro sovranità all'estero; ma che, di contro, sussista un obbligo di riconoscimento di tali tentativi da parte dello Stato del foro non è ovviamente conseguenza del diritto internazionale (e, aggiungeremmo, di un diritto internazionale che cresce così poco…). Questo non significa, tuttavia, che il diritto pubblico straniero in materia di governo dell'economia, che fissa il livello dei prezzi, le condizioni e le procedure di accesso al mercato, la proprietà delle cose o lo stato delle persone, non sia in grado di influenzare il modo di essere del diritto interno e non venga in considerazione non in quanto tale ma perché costitutivo di un risultato prodottosi all'estero e che lo Stato del foro è tenuto a non sindacare. Perché il riconoscimento possa prodursi in concreto, tuttavia, occorre la ricorrenza di alcuni requisi-

[4] J. Salacuse, *The law of investments treaties*, Oxford, p. 113.

[5] Si veda il lavoro di R. Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti*, Milano, 1965; R. Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1971, *passim*; G. Gaja, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 409.

ti che rilevano sotto il profilo della "localizzazione" della fattispecie e sotto il profilo della coerenza della stessa con il diritto internazionale e interno: in particolare occorre che (a) l'interesse dello Stato straniero di cui si tratta sia strettamente inerente a fattori localizzati nel suo territorio come, ad esempio, si verifica nel caso di nazionalizzazioni, dello status delle persone domiciliate, del governo del mercato locale e della sua competitività, della tutela dell'economia (concorrenza, riciclaggio, accesso al mercato) e che (b) il diritto straniero risulti coerente con l'ambiente giuridico della comunità internazionale e del foro[6]. Il che non vuol dire che i singoli Stati non possano aprire i loro ordinamenti alla sovranità straniera attraverso diversi strumenti di volta in volta ricorrendo a norme in generale di diritto internazionale privato (unilaterali o bilaterali).

È indubbio che lo spazio per una ricostruzione del ruolo del diritto internazionale come strumento di composizione di interessi statuali che si manifestano attraverso l'esercizio del potere sovrano è ancora molto importante.

2. La funzione del diritto internazionale privato, dalla tradizione considerato, in una dimensione di forte attenzione alle origini positiviste della materia, indipendente da obbiettivi di segno internazionale, dopo l'evoluzione dei primi anni '60 sui limiti alla giurisdizione e sul riconoscimento dell'ordinamento straniero, è evoluta in una direzione di segno internazionalista. Prevalgono, infatti, gli obbiettivi a. del coordinamento tra ordinamenti suscettibili di venire in conflitto sempre più spesso e b. dell'uniformità delle decisioni, che devono essere riconosciute in tutti gli ordinamenti rispetto ai quali sussiste un collegamento[7]. Il punto è ormai, non più individuare una legge applicabile quale che sia (magari coerente con la tradizione giuridica del foro) ma affrontare e possibilmente risolvere i conflitti fra ordinamenti giuridici

[6] Ci permettiamo di rinviare a M. MARESCA, *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero*, Milano, 1990.

[7] Il lavoro di Luzzatto si ricongiunge alle riflessioni di P. ZICCARDI, *Considerazioni sul valore delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1965, p. 192; ID, *Sul riconoscimento degli atti stranieri di volontaria giurisdizio*ne, in *Giur. it*, 1947, p. 189. Non è possibile non ricordare l'influenza che hanno esercitato sul tema i lavori L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, 1967, A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in materia di trasporto*, Milano, 1955 e S.M. CARBONE. *La disciplina giuridica del traffico marittimo*, cit.

partendo dal confronto del dato giuridico del foro con il dato dell'ordinamento straniero che viene in rilievo.

Ovviamente la funzione internazionalistica delle regole di conflitto e di quelle che stabiliscono la *judicial jurisdiction* è in *re ipsa* nel caso delle regole di diritto internazionale privato desumibili dall'ordinamento dell'Unione. Queste disposizioni, in genere *erga omnes*, vanno, infatti, oltre lo stretto profilo del diritto internazionale privato ben potendosi ritenere che costituiscano strumenti di un rapporto fra gli Stati membri e fra loro e gli Stati terzi laddove appunto sussista uno specifico collegamento o vengano in rilievo norme di polizia o comunque unilaterali che servono a tutelare la loro sovranità[8].

Comprendere e delimitare il funzionamento delle regole di conflitto quando si profili una disarmonia fra gli ordinamenti che vengono in rilievo costituisce il motivo chiave di una ricerca tutta da condividere ad opera della comunità internazionale. Ai fini di una analisi sul "riconoscimento", salva la barriera dell'ordine pubblico (che può aiutare molto), occorre svolgere un test di conformità simile a quello ricordato al punto che precede avendo riguardo, quindi, a. all'ambiente internazionale che viene in rilievo e b. all'analisi degli interessi dei singoli Paesi. Se una norma nazionale stabilisse, ad esempio, il prezzo massimo del gas immesso nel mercato nazionale per ragioni di ordine pubblico, così vincolando anche le imprese contraenti gli accordi in materia, si tratterebbe di valutare l'impatto di tale disposizione sul regolamento contrattuale. Ma pare difficile mettere in dubbio l'applicazione ed il riconoscimento delle norme in materia di riciclaggio o di concentrazione nel caso di operazioni sul territorio ed i loro effetti quindi sul contratto se coerenti con la prassi internazionale. Ora, non vi è dubbio che gli elementi desumibili da queste vicende sono quelli di un conflitto certamente di valenza internazionale fra gli ordinamenti che contemporaneamente vengono in rilievo.

Peraltro non può non osservarsi che in, un momento storico in cui il diritto internazionale multilaterale dell'economia si profila molto debole, perché alcuni Paesi si sentono estranei, ad esempio, o addirittura, attentano alla crescita dell'OMC (mettendo in dubbio istituti come il dumping, il regime dei sussidi o il ruolo dello Stato nell'economia), non

[8] V. infra, p. 5. Si veda proprio su questo punto una importante decisione della suprema Corte francese che distingue anche dal punto di vista della sua inderogabilità le norme di diritto internazionale privato dell'Unione da quelle degli Stati nazionali; sentenza della Cassazione del 26 maggio 2021, n. 426.

vi è dubbio sia molto più forte il rischio di misure difensive ed offensive degli altri Paesi rivolte alla riaffermazione della loro sovranità[9]. Come avviene quando vengono a determinarsi norme di polizia e di politica economica che veicolano precise scelte espressione della sovranità di singoli Stati o della stessa Unione che finiscono per confliggere e per rendere più difficile il coordinamento fra gli ordinamenti in vista della uniformità delle soluzioni. Ma se aumenta il ruolo difensivo o propulsivo degli Stati, è indubbio che, come osservavano Tesauro e Luzzatto nella occasione del seminario udinese, è anche molto improbabile che il diritto internazionale offra gli strumenti per svolgere il test di cui al presente e al punto precedente[10]. Per questo Tesauro opponeva la necessità di un'azione dell'Unione, della quale allora si immaginava un cambiamento, che (i) avrebbe accelerato l'adozione dei noti regolamenti con base giuridica art. 81, TFUE nella materia sui quali torneremo, ma assai di più (ii) ha messo il *focus*, proprio a decorrere da quegli anni, non tanto sui grandi temi dell'effetto diretto e della *primautè,* piuttosto "localizzati" negli anni "eroici" fra gli anni '60 e '80, ma sul *private enforcement* e cioè sugli effetti di segno privatistico del diritto europeo, siano essi sui contratti in essere ovvero sulle posizioni giuridiche dei concorrenti rispetto alle violazione delle norme in materia di concorrenza e di accesso al mercato.

3. Venendo alle tecniche nazionali, diciamo di diritto internazionale privato, iniziando dall'esperienza italiana, il superamento del diritto internazionale privato come strumento di mera produzione normativa,

[9] Guardando al diritto del commercio internazionale è utile un riferimento ad alcuni giuristi i cui lavori hanno costituito quasi più una premessa che una conseguenza della crescita del diritto comunitario. Non dimentichiamo, infatti, che l'integrazione europea origina proprio intorno all'attuazione del Gatt, di cui la Comunità avrebbe costituito una forma di integrazione regionale *ex* art. 24. A. Comba, *Il neoliberismo internazionale*, Milano, 1995; A. Santa Maria, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008; G. Sacerdoti, *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014.

[10] Nel corso della ricordata lezione udinese vi era la consapevolezza che il diritto internazionale stesse attraversando un momento storico di "riflusso", nella prospettiva della salute della comunità internazionale, che rendeva difficile nutrire – si era al tempo delle torri gemelle, della reazione in Iraq e della guerra del Kosovo – così tanta fiducia nelle regole che coordinano la comunità internazionale. Farlo significava in qualche misura correre il rischio di inquinare anche il modo di essere degli ordinamenti nazionali e limitare la competitività degli Stati che, ancora, poggiando le loro economia su basi formali, sono in grado di svolgere le loro politiche.

insensibile quindi al dato che emerge dal funzionamento fra criterio di collegamento e individuazione del diritto straniero, si consolida intorno agli anni '60. E quindi si attenua la visione della materia come strumento di individuazione della legge applicabile. Mentre si conferma il valore del diritto straniero come tale: da leggere alla luce dei suoi principi (e non alla luce dei principi del foro) suscettibile di entrare in funzione, inclusivo dei profili pubblicistici che lo compongono, anche quando questi profili servano ad obbiettivi di affermazione della sovranità dello Stato straniero. Non solo, si completa la teoria sul valore del diritto straniero precisandosi che il giudice lo deve applicare o riconoscere anche d'ufficio così come la Cassazione in quanto diritto (seppure straniero)[11]. Può ben dirsi che, contrariamente alle tesi del primo '900, pare importante che il diritto straniero (ii) venga in rilievo in quanto "voglia applicarsi" e (ii) unitamente all'ordinamento complessivo che lo ha generato alla stregua del quale oltretutto va interpretato. Il che conferma la *funzione internazionale* del diritto internazionale privato alla quale si è fatto cenno pur senza negare, evidentemente, che resta ad ogni effetto uno strumento voluto dall'ordinamento del foro e che funziona, ovviamente, sempre che detto ordinamento lo consenta.

Le teorie indicate paiono evolvere grazie ad alcune importanti scuole che hanno portato avanti l'analisi scientifica nel nostro Paese pur senza interrompere il disegno positivista che ancora impone, comunque, un preciso riferimento interno che consenta il riconoscimento del diritto straniero.

Come ricordavamo, l'elaborazione più precisa viene da Riccardo Luzzatto e dai suoi due volumi sulla giurisdizione e sul riconoscimento dei diritti assoluti. In un ambiente molto fertile di idee, che unificava le esperienze giuridiche di Milano, Torino, Genova e Pavia, di fatto si riconosce che il diritto internazionale privato serve per assicurare la collaborazione con gli Stati stranieri quantomeno nel caso di fattispecie riconducibili ai diritti assoluti e agli stati della persona, che vengono così riconosciuti senza necessità di un procedimento ad *hoc* proprio perché parte dell'ordinamento competente. Non si tratta affatto di una marcia indietro rispetto al ruolo del diritto internazionale privato ed al solido aggancio positivista ma si esalta, appunto, la funzione della ma-

[11] L'art. 14, l. 31 maggio 1995, n. 218 risolve alla radice i dibattiti sul tema prevedendo che la legge straniera sia applicata d'ufficio.

teria[12]. Mentre parallelamente si completa la ricerca sul diritto internazionale superando le tradizionali letture territoriali che oggi parrebbero anacronistiche. L'esperienza italiana si completa con la tesi dell'ordinamento competente, proposta da Paolo Picone[13] alcuni anni dopo che porta avanti le teorie di cui sopra quasi a sfiorare la tesi dell'autocollegamento. Anche secondo Picone, però, è necessaria una "investitura" del diritto straniero da parte del foro ancorché generica.

Più recente è la ricostruzione di Angelo Davi[14], che ancora non si discosta dal modello, ma che individua una serie di situazioni in cui la regola di conflitto non richiama il diritto straniero ma direttamente la situazione giuridica che viene in rilievo: una tesi che finisce per coincidere, però, con quella ricordata in precedenza che descrive gli effetti degli atti stranieri che implicano la sovranità, non in quanto tali, ma in quanto hanno esaurito i loro effetti dando luogo a situazioni giuridiche complete.

Un ragionamento sarebbe da compiere guardando alla evoluzione dello *ius mercatorium* che Sergio Carbone[15] ha dimostrato in anni di lavori scientifici e che nasce coeva allo sviluppo della scuola milanese. Da ricordare che fra *ius mercatorium* e principio dell'autonomia privata, pur con i limiti imposti, ad esempio, delle norme dell'Unione Europea, è del tutto possibile che valori espressione della sovranità straniera producano effetti come parte dell'ordinamento competente che le parti hanno richiamato o che la prassi abitualmente rispetta in quanto mutuati dalla comunità dei commercianti.

Da quanto sopra l'evolvere verso un sistema che si struttura in una pluralità di metodi in larga misura condivisi dalla esperienza internazionale e che hanno come obbiettivo proprio la collaborazione ed il coordinamento fra gli ordinamenti e l'uniformità delle decisioni[16]. Così

[12] R. Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti*, cit.; R. Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, cit., *passim*; G. Gaja, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 409.

[13] P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.

[14] A. Davì, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int.*, 2020, p. 319.

[15] S.M. Carbone, *Autonomia privata e commercio internazionale*, Milano, 2014.

[16] A. Davì, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 614 ss.; *Tendances et method en droit international privé*, in *Rec. des cours*, n. 2, 1977, p. 1 ss.; E. Jaime, K. Kohler, *Europaische kollisionsrecht 2001: Annerkennungsprinzips statt IPR?*, in *IPRax*, 2001, p. 501; R. Baratta,

come si profila diverso l'effetto che via via viene in esame: dalla vera e propria applicazione, alla presa in considerazione, al riconoscimento.

4. Dall'esperienza francese vengono molti contributi verso il riconoscimento della sovranità straniera. Da un lato, la teoria delle *lois des polices* certo serve per rafforzare le norme che in Italia avremmo definito autolimitate e/o di applicazione necessaria[17]. Ma proprio dall'esperienza francese vediamo per la prima volta il nitido testo di cui all'art. 7.3 della Convenzione di Roma del 1980 che offre uno spazio importante per il riconoscimento del diritto pubblico espressione della sovranità di stati stranieri. La Convenzione di Roma del 1980[18], più ancora delle norme successive in materia di diritto internazionale privato, costituisce un segno strategico dell'uso del diritto internazionale privato, sia per rafforzare l'applicazione della *lex fori* per proteggere, ad

P. Lagarde, *Le méthode de la reconaissance est-elle l'avenir du droit internatioinal privè?* in *Rec. des cours*, 2014, p. 40; P. Lagarde, *Development future du droit international privé dans une Europe en voi d'unification: quelque conjunctures*, in *Rabel Zeitschift fur auslandischer und int. Privatrecht*, 2004, p. 232; id, *Le phenomenon de la coordination des ordres juridiques etatiques en droit privè. Cours general*, in *Rec. des cours*, 2007, p. 360; id, *Le methode de la recconnaissance des situations*, Paris, 2013; P. Picone, *Les methodes de coordination entre ordres juridique en droit international privè*, in *Rec. des Cours*, 1999; id, *Le methode de la reconnaissance en droit international privè: esprit et methodes*, in *Melange en l'honneur del Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 550; A. Bucher, *Droit International Privè Suisse*, Basilea Francoforte, 1995, p. 130; H. Muir Watt, *Discours sur les méthodes du droit international privé* (des formes juridiques de l'inter-altérité), in *Rev.crit. dr.int. priv.*, 2019, p. 3 ss.; S. Bollee, *L'extension du domaine de la methode de le reconnaissance unilaterale*, in *Rev. Crit.*, 2007, p. 315; P. Pamboukis, *La reconnaissance-methamorphose de la methode de la reconnaissance unilaterale*, in *Rev. Crit.*, 2008, p. 519.

[17] Di qui le varie teorie sulle norme unilaterali o autolimitate, che sostanzialmente disciplinano il loro ambito di operatività attraverso criteri che derogano rispetto alle regole di conflitto. V. la tradizione del diritto internazionale privato di cui ad esempio a R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969; A. Pilenko, *Le drot spatial et le droit international privè dans le projet du noveau code civile francaise*, in *Rev. hell, dr. Int. privè*, 1953, p. 319 ss.; P. Gothot, *Le renoveau de la tendance unilateraliste en droit international privè*, in *Rev. Crit.*, 1971, p. 209; K.H. Neumayer, *Internationales Verwaltungsgericht*, Zurich, 1936, p. 120; P. Mayer, *Les lois de police etrangeres*, Clunet, 1981, p. 277. Di recente v. il lavoro di L. Brillmayer, *Conflict Of Laws: Foundations and Future Directions*, in *Revista Espanola de Derecho Internacional*, vol. 44, 1991. M. Panebianco, *Giurisdizione interna e immunità degli stati stranieri*, Napoli, 1967.

[18] T. Treves, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in T. Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 25 ss.; U. Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000.

esempio, gli interessi nazionali sia per riconoscere situazione create da norme straniere che hanno l'obbiettivo di estendere la sovranità[19-20].

Ma anche a prescindere dalle *lois des polices* proprio l'evoluzione commentata da Paul Lagarde e H. Batiffol[21] verso il criterio del collegamento più stretto da una parte e del *depecace* del contratto dall'altra consente ampia libertà al giudice di dare rilievo, attraverso gli strumenti di diritto internazionale privato, al diritto pubblico straniero[22]. Infatti, se la *loi de police* costituisce una manifestazione della sovranità dello stato per affermare la propria *jurisdiction* sul contratto, ad esempio, nel caso di relazioni transnazionali con imprese provenienti da Paesi che non rispettano le regole del commercio internazionale, il *depecage* consente esattamente il contrario e consente la possibilità di dare rilievo al diritto pubblico straniero del Paese con cui il rapporto presenta un legame intenso.

5. Molto interessante, ma difficilmente descrivibile questo contesto, è l'esperienza americana che si incrocia proprio fra diritto internazionale privato e diritto internazionale[23]. La selezione del diritto che regola la fattispecie si sviluppa ad opera del diritto interno: dalla giu-

[19] C. Schultz, *Les lois de police étrangères*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 1982-1984, pp. 39-62; B. Audit, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* (*sur la crise des conflits de lois*), Paris, 1984, p. 221; P. Gothot, *op. cit.*, p. 209; K.H. Neumayer, *op. cit.*, p. 120; P. Mayer, *op. cit.*, p. 277; D. Bureau, H. Muir Watt, A. D'ornano, *Sur les lois de police devant Conseil d'Etat*, in *Rev. crit.*, 2020, p. 378 ss.; P. Lalive, *Le droit public étranger et le droit international privé*, in *Travaux de comitè francais de droit international privé*, 1974, p. 242 ss.; G. Sperduti, *Les lois d'application necessaire en tante que lois d'ordre public*, in *Rev. crit.*, 1977, p. 258 ss.; G. Barile, *Appunti sul valore del diritto pubblico straniero nell'ordinamento nazionale*, Milano, 1948, p. 42.

[20] P. Mayer, *op. cit.*, p. 277.

[21] *Droit international privé*, tome II. 7 e édition, Paris, Libraire générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

[22] Questa forse e la vera sintesi del diritto internazionale privato europeo: rendere flessibile il rinvio all'ordinamento straniero, applicarlo nel suo complesso e specialmente spezzare eventualmente la disciplina applicabile allo scopo di rendere applicabili una pluralità di normative che presentano un collegamento stretto con il/i Paese/i interessato/i.

[23] F.A. Mann, *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 31; F.A. Mann, "*The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*", in *Rec. Cours La Haye*, vol. 186, 1984, p. 21. Importante il lavoro negli ultimi 20 anni di Lea Brillmaier a Yale per provare a coordinare, nella prospettiva del diritto internazionale privato, la collaborazione fra stati che rivendicano l'attuazione dei loro fini e delle loro politiche sovrane (*Conflict of Laws: Foundation and Future Directions*, 1995).

risprudenza e dai *restatement* che hanno inteso regolare gli aspetti di diritto internazionale privato. Il *restatement on foreign relation*s riformula la *comity* aprendo alla sovranità straniera e individuando una serie di criteri, in parte desumibili dal diritto internazionale, che sembrano proseguire l'esperienza dell'*Act of State* straniero ma ancorati alla realtà ed alla situazione ed in genere in grado di realizzare gli interessi americani (riprendendo le categorie di Currie)[24].

Il *restatement on conflict of law*[25] appare più modulato sulla legislazione europea perché, a ben vedere, sposa proprio i criteri del collegamento più stretti e della volontà delle parti che, per quanto abbiamo visto, offrono lo spazio più significativo al riconoscimento del diritto straniero.

6. Da ultimo il diritto europeo ha influenzato la materia modificando sostanzialmente il dibattito sotto due grandi profili. Ed è in questo campo, nel quale Giuseppe Tesauro ha offerto i suoi decisivi contributi, non solo scientifici, ma per la ricostruzione del sistema. E su questo tema che si è sviluppato il confronto fra i due Maestri nel corso del Seminario richiamato. Perché il tema del riconoscimento o della "presa in considerazione" del diritto pubblico straniero si declina con caratteristiche del tutto diverse quando una delle norme in conflitto ed oggetto di confronto sia offerta da norme dell'Unione produttive di effetti diretti[26]. L'effetto diretto delle norme europee e la loro *primaute* in molti casi pone il problema della loro applicazione per modificare relazioni di segno privatistico il cui presupposto sia, tuttavia, fissato da disposizioni di diritto pubblico straniere. Le norme europee produttrici di effetti diretti suscettibili di integrare la disciplina applicabile (contrattuale o meno) e che escludono in principio il sorgere di un problema di diritto internazionale privato, anche se condizionano e modi-

[24] Non è questa la sede per ragionare sulla *comity* su cui v. P.R. Joel, *Comity in International Law*, in *Harv. Int'l L.J. 1*, 1991. Certo la *comity* esprime un metodo di sintesi che va oltre la mera cortesia internazionale per individuare i casi in concreto in cui, in presenza di una condivisione dei valori fra il foro e l'ordinamento straniero che pretendono di attuare i propri fini sovrani può consentire l'astensione da parte del foro medesimo di una valutazione critica e finanche il riconoscimento dei suoi effetti. H.G. Maier, *The Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroad*: *An intersection between public and private international Law*, in *Am. Journ. Int. Law*, 1980, p. 280; E.H. Yntema, *The Comity doctrine*, in *Mich. Law*, 1966, p. 9.

[25] D.A. Zambrano, *Foreign Dictators in U.S. Court*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 89, n. 1, 2022.

[26] Rinviamo sul punto alle pagine del Manuale di Giuseppe Tesauro (2020).

ficano situazioni giuridiche rette dall'ordinamento di un Paese terzo e magari disciplinate a loro volta da norma dello stesso tipo adottate da tale ordinamento, pare logico debbano essere prese in considerazione anche dal Paese terzo dove siano invocate nel contesto di un rapporto commerciale e comunque privatistico. Giova ricordare, ad esempio, le disposizioni in tema di concorrenza, sulla formazione dei prezzi e sulle dinamiche del mercato, sul riciclaggio, e persino sulla formazione dei contratti pubblici, magari adottate per promuovere l'economia di un Paese o per difenderla da attacchi di altri Paesi. Si pensi, poi, alle disposizioni che si prefiggono di presidiare il buon funzionamento dei mercati imponendo una preventiva verifica del modo di essere degli investimenti stranieri con l'obbiettivo di fronteggiare il *dumping*, i sussidi o in genere politiche con effetti extraterritoriali di Paesi o multinazionali: ma si pensi anche alle disposizioni che promuovono la partecipazione del pubblico nell'economia per rafforzare la competitività delle imprese nazionali o addirittura che destinano importanti risorse per fronteggiare un mercato ormai globale ristretto a pochi soggetti[27].

Ma il diritto europeo viene in rilievo anche attraverso le convenzioni ed i regolamenti adottati a decorrere dal 1980 *ex* art. 81, TFUE ma divenuti così importanti anche dal punto di vista quantitativo nel corso degli ultimi venti anni. Siamo in presenza di regolamenti che definiscono rapporti fra gli Stati membri e fra gli Stati membri e gli Stati terzi e che si prefiggono, quindi, obbiettivi inequivocabilmente internazionalistici. Quando si fa riferimento al criterio del domicilio, ad esempio, nel regolamento successioni del 2012 (650), si precisa che lo statuto della successione riguarda anche il diritto pubblico e che la legge applicabile è anche quella di un Paese terzo: il che significa affrontare al massimo livello di cogenza un problema di diritto internazionale ed offrire una importante prospettiva anche ai Paesi terzi. D'altra parte, da tutti i regolamenti in materia di diritto internazionale privato si de-

[27] F. Pocar, *Remarques la coopération judiciaire en matière civile dans la communauté européenne*, in Aa.Vv., *Mélanges en honneur de B. Dutoit*, Genève, 2002, pp. 221-230; F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 2002; *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996; P. De Pasquale, M. Cartabia, C. Iannone, *Art. 4 TUE*, in A. Tizzano, (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 28; S. Bariatti, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in R. Baratta (a cura di), *Dizionari del diritto privato promossi da* N. Irti, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2011, p. 128 ss.; J. Basedow, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam,* in *Common Market Law Review*, 2000, p. 687 ss.

sume un obbiettivo di collaborazione ed uniformità delle decisioni che addirittura tende alla coincidenza fra *forum* e *jus*. Ed è quasi irrilevante il giudice competente se tale ordinamento si applica alla stregua dei principi del Paese di appartenenza. Inoltre, proprio l'obbiettivo della collaborazione costituisce un ponte verso i Paesi terzi e di fatto conferma la visione del diritto internazionale privato come strumento di collaborazione (questa volta esterna) consolidando l'idea che per l'Unione la collaborazione debba avvenire, piuttosto che attraverso i principi di diritto internazionale, attraverso il diritto internazionale privato. E ciò a prescindere che nessuno dubita che l'ordinamento applicabile individuato dai vari regolamenti, in genere il domicilio, comporti il riconoscimento pieno del diritto pubblico straniero.

IL PROFESSORE GIUSEPPE TESAURO: AVVOCATO GENERALE E GIUDICE COSTITUZIONALE

Gabriella Palmieri Sandulli[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giuseppe Tesauro Avvocato generale presso la Corte di giustizia delle comunità europee. – 3. Giuseppe Tesauro Giudice e Presidente della Corte costituzionale. – 4. Considerazioni finali.

1. Con mio enorme rammarico non ho potuto partecipare di persona al Convegno organizzato per il Professore Giuseppe Tesauro e, perciò, ringrazio vivamente gli Organizzatori per avermi dato la possibilità di far pervenire questo mio scritto che racchiude le considerazioni che sarebbero state espresse a voce nel mio intervento al Convegno.

Non desidero, però, sovrapporre le mie considerazioni a quelle che saranno svolte dagli autorevoli Relatori che approfondiranno lo spessore scientifico e culturale del Professore Tesauro, ma preferisco lasciarmi ispirare soprattutto dalle interazioni che ho avuto con il Professore durante il corso della mia vita professionale.

Devo precisare subito che mi è molto difficile parlare del Professore Giuseppe Tesauro al passato: continuo a vederlo vivido nella mia memoria, a sentire risuonare la Sua voce e persino le Sue battute.

Ho avuto la fortuna di conoscerlo dapprima per la Sua fama, quando studiavo giurisprudenza all'Università Federico II di Napoli, negli anni 1976-1980, una figura carismatica, che si imponeva nel panorama generale e, poi, di persona, all'incrociarsi dei nostri rispettivi percorsi professionali, ovviamente su piani istituzionali e di prestigio diversi e decisamente più modesti i miei, ma non per questo meno coinvolgenti e istruttivi (ovviamente per me).

Perché questa è la prima caratteristica del Professore Tesauro che desidero sottolineare: la Sua capacità di instaurare con il Suo interlocutore un dialogo efficace e affascinante, soprattutto per chi – come me – ne riconosceva la competenza e l'autorevolezza, ma senza mai dimostrare superbia o alterigia e senza mai far pesare quanto fosse sbi-

[*] Avvocato Generale dello Stato – Agente del Governo italiano innanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale dell'Unione europea – Agente del Governo italiano innanzi alla CEDU.

lanciato – a Suo favore *of course* – il rapporto di autorevolezza. Accomunati dall'ascendenza napoletana, posso affermare senz'altro che è una caratteristica – positiva – tutta partenopea.

Ho cominciato a conoscerlo meglio durante il Suo mandato di Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e ho avuto modo di apprezzarlo, in particolare, negli anni in cui da Avvocato dello Stato cominciavo a ricevere assegnazioni di cause più complesse e prestigiose quali sono – per tradizione del nostro Istituto – quelle relative alle Autorità indipendenti.

Lo ascoltavo attentamente anche ai Convegni, un eloquio chiaro che rendeva di facile e immediata comprensione anche i concetti più complessi.

Mi è rimasta impressa nella memoria, poi, una Sua relazione al Parlamento sull'attività della Autorità da Lui presieduta, nella quale, con la semplicità e con l'efficacia che contraddistingueva la Sua oratoria, aveva affrontato un profilo nodale relativo agli affidamenti delle forniture delle pubbliche Amministrazioni. In quel periodo ero il Segretario Generale dell'Avvocatura dello Stato e mi misuravo spesso con la difficoltà di coniugare il rispetto delle procedure di gara a evidenza pubblica con la qualità del servizio e del bene forniti dai partecipanti alle gare, facendo i conti con l'impossibilità di sottrarsi all'aggiudicazione – formalmente corretta – a un fornitore che, poi, in concreto, dimostrava di avere uno standard qualitativo decisamente basso.

Proprio ascoltando le Sue considerazioni sulla rilevanza della qualità del prodotto fornito, ho trovato l'ispirazione e, soprattutto, le argomentazioni per risolvere la questione che mi preoccupava e nel modo più idoneo a realizzare il pubblico interesse.

2. Dal 2009 sono l'Agente del Governo italiano innanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale dell'Unione europea. Ancora una volta un Suo prezioso consiglio mi ha indotto – all'epoca – ad accettare questo incarico. Il Professore Tesauro, infatti, mi aveva suggerito di svolgere la mia attività professionale di Avvocato dello Stato in una visione non solo "internista", come mi diceva con il Suo sorriso appena accennato e un po' divertito, ma ampliandola nell'ottica sovranazionale e, in particolare, comunitaria.

Per me era come una specie di "ritorno alle origini", visto che nel 1980 mi ero laureata con una tesi in diritto delle comunità europee (come si chiamava allora) sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti.

Ho seguito il Suo suggerimento, ho ripreso a studiare il diritto comunitario e quando ho cominciato a svolgere le mie funzioni di Agente del Governo non ho soltanto beneficiato di una preparazione approfondita nel tempo, ma ho potuto vedere "dal vivo", restandone profondamente colpita e ammirata, l'immenso prestigio e la elevatissima considerazione che ha sempre goduto il Professore Tesauro presso le Istituzioni europee[1].

Il Professore Tesauro è stato Avvocato generale dal 7 ottobre 1988 fino al 4 marzo 1998, quando è stato nominato Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il ruolo che ha svolto come Avvocato generale è stato decisivo e fondamentale per le decisioni della Corte di giustizia in molte questioni anche di principio, sostenendo le Sue tesi ispirate al concetto della responsabilità che gli Stati hanno nei confronti dei soggetti privati, nella tutela dei diritti in genere, in particolare, di quelli di derivazione comunitaria; e dell'efficacia diretta, del primato, della legittimazione ad agire in giudizio e della responsabilità risarcitoria degli Stati membri in caso di violazione grave e manifesta di una norma di diritto comunitario che attribuisce diritti ai singoli. L'introduzione di tale rimedio si attribuisce, come noto, al caso *Francovich*[2]. Dopo tale caso è stato proprio il Professore Tesauro come Avvocato generale a precisare, nelle sue conclusioni, nei casi *Factortame III*[3] e *Brasserie du Pêcheur*[4], a metà degli anni '90, i requisiti per la sussistenza di tale responsabilità e a proporre alla Corte di giustizia di "consacrare" tale rimedio come principio generale del diritto comunitario, estendendolo a tutti i casi di violazione (grave) da parte di uno Stato membro.

Anche il dialogo con la Corte di giustizia è stato un tema particolarmente caro al Professore Tesauro: il dialogo innesca una virtuosa circolazione di principi tra gli ordinamenti e consente ai giudici nazionali di

[1] Ne ho avuto una prova tangibile quando, durante il Semestre di Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea (1° luglio – 31 dicembre 2014), ho organizzato a Roma (4-5 dicembre 2014) la riunione degli Agenti di Governo innanzi alla Corte di giustizia. Vi hanno partecipato gli Agenti di tutti gli Stati membri grazie alla presenza del Professore Tesauro e, naturalmente, anche a quella del Professore Antonio Tizzano e del Professore Paolo Mengozzi, verso i quali tutti i miei omologhi nutrivano dichiaratamente grandissima stima e alta considerazione.

[2] Sentenza della Corte del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

[3] Sentenza della Corte del 19 giugno 1990, causa C-213/90, *Factortame III*.

[4] Sentenza della Corte del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*.

sentirsi parte di un sistema di tutela giurisdizionale unitario, cioè, come afferma la Corte di giustizia, "completo e coerente". A tale dialogo contribuiscono e partecipano sempre più intensamente anche le alte Corti, come la Corte costituzionale della quale anche il Professore Tesauro è stato Componente (dal 2005) e Presidente (2014).

Non è casuale, quindi, che il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in occasione di una questione posta in via incidentale (il caso riguardava la c.d. "tassa sul lusso" della Regione Sardegna, normativa questa che poteva porre ostacoli sia alla libera prestazione dei servizi che alla disciplina sugli aiuti di Stato) sia avvenuto durante il Suo mandato di Giudice costituzionale[5].

Un profilo che va pure sottolineato è quello di aver saputo conciliare la considerazione verso la centralità della persona e i suoi diritti con l'attenzione alle regole del mercato, sul presupposto che non vi fosse alcuna antinomia concettuale o contrapposizione ideologica, perché la tutela dei diritti della persona può contribuire a un migliore funzionamento del mercato, anche nell'ottica dell'Unione europea. Non a caso, il Professore Tesauro ricordava spessissimo[6] una delle sentenze più antiche, ma più significative, la sentenza *van Gend en Loos*[7] in tema di divieto dei dazi doganali e sulla possibilità che, l'allora art. 12 del Trat-

[5] Il rinvio pregiudiziale è stato per la prima volta proposto *ex* art. 234 del Trattato CE dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 103/2008 in data 3 febbraio 2008 e la questione è stata decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 17 novembre 2009, causa C-169/08. La Corte costituzionale si è, successivamente, pronunciata con la sentenza n. 216/2010, in data 17 giugno 2010, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge della Regione Sardegna 11 maggio 2006, n. 4 (*Disposizioni varie in materia di entrate, riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo*), nel testo sostituito dall'art. 3, comma 3, della legge della Regione Sardegna 29 maggio 2007, n. 2 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione – Legge finanziaria 2007*).

[6] Da ultimo, in una intervista del 20 giugno 2021 per la rivista *Lo Stato*.

Nella parte finale, "nel commiato", come testualmente è definito, il Professore Tesauro dà preziosi suggerimenti ai giovani studiosi, fra i quali, in particolare, quello di non "[…] sottovalutare e quindi trascurare l'approfondimento di una parte fondamentale del sapere giuridico, pena la rappresentazione di svarioni come verità e l'aumento della diffidenza nei confronti dell'Europa, che trova alimento nella scarsa memoria e nella altrettanto scarsa conoscenza del processo di integrazione".

Sono parole significative e dense di contenuto che, rilette alla luce degli avvenimenti successivi, anche soggettivi, come la morte prematura del Professore pochi giorni dopo (il 6 luglio 2021), assumono il carattere quasi profetico di un testamento individuale e istituzionale.

[7] Sentenza del 5 febbraio 1963, causa C-26/62.

tato istitutivo della CEE, conferisse all'importatore dei diritti soggettivi (il diritto di opporsi al pagamento del dazio in quanto titolare del diritto di importare liberamente le merci un altro Stato membro). La Corte aveva ritenuto l'art. 12 citato avesse valore precettivo e attribuisse ai singoli dei diritti che i giudici nazionali fossero tenuti a tutelare[8].

3. Ho svolto la mia attività di Avvocato dello Stato e ho discusso le mie cause più importanti in concomitanza con il novennio del mandato in Corte costituzionale del Professore Tesauro, prima come Giudice (dal 9 novembre 2005) e, poi, come Presidente della Corte costituzionale (nel 2014).

Numerose e importanti sono state le sentenze di cui il Professore è stato estensore in quegli anni.

Desidero ricordare, in particolare, per il suo assoluto rilievo ordinamentale la sentenza n. 349 del 2007 che, insieme con la coeva n. 348 (le c.d. sentenze gemelle) e la successiva n. 311/2009 (c.d. terza gemella), rappresenta, infatti, un fondamentale chiarimento e una definizione precisa di quale siano, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il rango e l'efficacia delle norme della CEDU ed il ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (punto 6. del *considerato in diritto*), anche alla luce del "nuovo" art. 117, primo comma, Costituzione.

La Corte, infatti, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e dei suoi orientamenti, ha affermato che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

[8] L'importanza della sentenza è testimoniata dalla circostanza che, il 13 maggio 2013, presso la sede della Corte di giustizia a Lussemburgo, si è tenuta una giornata di riflessione in commemorazione del 50° anniversario della sentenza "*van Gend en Loos*". Nel corso di tale giornata, la sentenza è stata esaminata quale fonte e matrice dei principi che hanno plasmato l'edificio costituzionale dell'Unione, nonché dal punto di vista delle sue potenzialità nello sviluppo futuro della costruzione europea.

La conferenza, organizzata da un Comitato presieduto dal Presidente Antonio Tizzano e composto dall'Avvocato generale Juliane Kokott e dal giudice Alexandra (Sacha) Prechal, si è rivolta alle varie professioni giuridiche e al mondo accademico dell'Unione europea.

Il punto nodale espresso con chiarezza dalla Corte, che va sottolineato e che consente di operare una fondamentale distinzione – quanto agli effetti nel nostro ordinamento – con il diritto eurounitario, è rappresentato dalla circostanza che, con l'art. 117, primo comma, Cost., non si può attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e, dunque, con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

Al giudice comune spetta, quindi, interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", deve sottoporre alla Corte la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.

Nella sentenza n. 349/2007 si affronta e si risolve un altro profilo essenziale e di rilievo.

La Corte sottolinea, infatti, la peculiarità della Convenzione EDU rispetto alla generalità degli accordi internazionali, che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza "si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla medesima

(art. 32, comma 1, della CEDU). Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale.

Si sofferma anche – con lungimiranza in considerazione all'intensificarsi del dialogo fra le Alte Corti che è ormai un tema ricorrente e acquisito nella sua portata applicativa – sui rapporti fra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo che hanno, in definitiva, ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. Alla Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta, invece, accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, come infondatamente preteso dalla difesa erariale nel caso di specie, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa. (punto 6.2 del *considerato in diritto)*.

In conclusione, in una chiave di lettura coerente con l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale in argomento, iniziato con le citate sentenze n. 348 e n. 349/2007, ribadito con la sentenza

n. 93/2010, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona con la sentenza n. 130/10 e confermato con le sentenze n. 80/2011 e n. 113/2011, le norme CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte EDU, integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

La Corte costituzionale non può sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte di Strasburgo, ma può verificare se la norma della Convenzione, come interpretata dalla Corte EDU, che si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale, si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione; solo in tal caso, la norma convenzionale non sarebbe idonea integrare il predetto parametro costituzionale.

Le Convenzioni internazionali, tuttavia, rilevano "*non in sé considerate, ma come prodotto dell'interpretazione datane, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*".

Come già osservato nella sentenza n. 311/2009, affinché la norma internazionale possa validamente costituire parametro interposto di costituzionalità delle leggi interne, essa deve essere a sua volta conforme a Costituzione.

Ciò esige da parte della Corte costituzionale una valutazione più complessa, e, cioè, un bilanciamento "*con altre norme costituzionali che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela*".

Le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 chiariscono la portata e gli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, previsto dall'art. 117, primo comma, Cost. quale limite per la potestà legislativa statale e regionale, con riferimento alle norme della CEDU. Preliminarmente la Corte chiarisce che il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa interna ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché "l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi". Ciò però "non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi

a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali". L'art. 117, primo comma, Cost., non consente di "attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU", ma determina "l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale". Le disposizioni della CEDU diventano, dunque, "norme interposte" nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall'art. 117, primo comma, Cost.

Molto significativa anche la sentenza n. 284 del 2007, depositata in data 4 luglio 2007, con la quale è stata effettuata una esaustiva ricognizione del quadro dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario (dell'Unione europea).

Non è stata certamente estranea l'esperienza in Corte di giustizia del Professore Tesauro per riuscire a coniugare, in una costruzione logico-giuridica coerente e sistematica, la visione sovranazionale e quella derivante dall'ordinamento interno.

Nel sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, quale risulta dalla giurisprudenza costituzionale, consolidatasi, in forza dell'art. 11 della Costituzione, soprattutto a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi – come si è verificato nella specie – in ordine all'esistenza del conflitto. La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente dalla Corte, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona (punto 3 del *considerato in diritto*).

L'asserita esistenza nell'ordinamento interno di un diritto vivente, formatosi, secondo il giudice rimettente, in conseguenza di un'erronea applicazione dei parametri di valutazione forniti dalla Corte di giustizia nella citata sentenza Gambelli, "non vale certo a trasformare in questione di costituzionalità una questione di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto" (*idem*).

"Le statuizioni della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985). Nel caso in cui, in ordine alla portata di dette statuizioni, i giudici nazionali chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE[9] quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri. Vale appena ribadire che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione" (*idem*).

Come riecheggia anche l'esperienza di Presidente dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nella sentenza n. 431 del 2007, depositata il 14 dicembre 2007, nella quale il concetto di tutela della concorrenza, richiamando quello accolto dalla Costituzione, all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è stato riportato in linea con la nozione comunitaria (punto 7 del *considerato in diritto*); sottolineando come, in base al precedente costituito dalla sentenza n. 401 del 2007, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione inerente agli appalti pubblici consta di due fasi, la prima delle quali, relativa alla scelta del contraente, si articola nella disciplina delle procedure di gara, riconducibile alla tutela della concorrenza; la seconda, che ha inizio con la stipulazione del contratto, corrisponde alla disciplina della esecuzione del contratto e deve essere ascritta all'àmbito materiale dell'ordinamento civile, e che, anche in riferimento al collaudo è ravvisabile una ulteriore funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato, funzione in corrispondenza della quale si delinea l'ulteriore competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (sentenza n. 401 del 2007; punto 8. del *considerato in diritto*).

[9] Vale la pena di sottolineare il dato temporale: la sentenza n. 284/2007 in questione è stata depositata il 4 luglio 2007, l'ordinanza n. 103/2008, richiamata alla precedente nota n. 4, è stata depositata il successivo 3 febbraio 2008. La prima decisione sembra quasi preannunciare il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di giustizia, prepararlo concettualmente in una visione generale di sistema.

4. In conclusione, ritengo che – come ho avuto modo di ricordare in occasione delle commemorazioni che si sono susseguite[10] e che sono state tutte connotate da grande emozione per la Sua prematura scomparsa e da affettuosa stima – il Professore Giuseppe Tesauro abbia rappresentato la più alta espressione di Accademico illustre, di Avvocato generale presso la Corte di giustizia, di Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di Presidente della Corte costituzionale, perché è riuscito a trasfondere mirabilmente la Sua poliedrica cultura giuridica nelle Sue molteplici esperienze professionali[11] – tutte svolte ai più alti livelli – in chiave di influenza e di arricchimento reciproci; senza dimenticare le Sue eccezionali doti umane[12].

Nel corso della Sua lunga e prestigiosissima carriera ha, pertanto, dato sempre lustro al nostro Paese anche innanzi alle Istituzioni dell'Unione europea, dove è sempre vivo il Suo ricordo, accompagnato da grandissima stima ed elevatissima considerazione.

[10] In particolare, mi riferisco sia a quella che ho fatto il 7 luglio 2021, giorno successivo alla Sua prematura scomparsa, per darne comunicazione agli Avvocati e Procuratori dello Stato; sia in occasione della tavola rotonda in memoria, organizzata dall'AIGE – Associazione Italiana Giuristi Europei in collaborazione con l'Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi, il 18 maggio 2022, presso la Sala Vanvitelli dell'Avvocatura Generale dello Stato, su "*Il caso "Randstad": quali conseguenze dopo la sentenza 21 dicembre 2021 della Corte di giustizia dell'Unione Europea"* (la nota causa C-497/20).

[11] Come dimostrano in modo evidente la stessa organizzazione e la scansione delle sessioni del Convegno in memoria del Professore Giuseppe Tesauro, del 2 luglio 2022.

[12] Che certamente hanno ispirato la Sua attenzione verso i temi attinenti alla bioetica e al biodiritto, come quello della fecondazione assistita eterologa, oggetto della sentenza n. 162 del 2014, con la quale le norme censurate sono state dichiarate costituzionalmente illegittime, poiché, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono "una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti", realizzando così una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali richiamati dal giudice *a quo*.

IN MEMORIA DI GIUSEPPE TESAURO

Filippo Patroni Griffi[*]

Immagino che Beppi Tesauro, da giovane studioso, ebbe a che fare con l'ingombrante appartenenza a una rilevante famiglia accademica napoletana e all'eredità che ne derivava. Eppure, di quella eredità Egli seppe farsi carico grazie a due concorrenti, inestricabili "classi" di virtù: acume, rigore scientifico, cultura giuridica e non solo, attenta considerazione delle relazioni istituzionali e accademiche, da una parte; dall'altra, intelligenza guizzante, bonomia, aria indulgente, attenta considerazione dei profili culinari della vita, per così dire, e una "sorridente ironia, aperta al mondo ma ben radicata nella sua terra" (A. Barbera).

Il mio primo contatto "indiretto" con lui risale a quando ero ancora un giovane magistrato ordinario. All'epoca Egli, nominato alla Corte di giustizia, mi chiese, o meglio mi fece chiedere dalla collaboratrice del mio Maestro Geppino Palma, quindi "per interposta persona, per farmi decidere liberamente e non mettermi a disagio", di seguirlo nel suo staff a Lussemburgo. Rimasi sorpreso e ovviamente lusingato – la fama a Napoli di Beppi Tesauro era già tanta – ma dovetti declinare l'invito avendo da poco vinto il concorso al Consiglio di Stato. E lui convenne. A Lussemburgo andai poi a trovarlo, in una di quelle occasioni di incontro dei giudici nazionali con la Corte di giustizia, e la sua accoglienza (anche nei confronti degli altri colleghi) fu pari alla sua fama di persona di grande cultura giuridica, nei momenti di studio, e di persona gioviale intelligentemente divertente nei momenti conviviali (ricordo un piatto a base di varie carni che distrusse quelli che, come me, lo seguirono nella scelta, ma non lui).

Dal suo rientro in Italia, le occasioni di incontro non sono mai mancate; per me erano sempre un'immersione in pillole di cultura giuridica propinate con indifferente saggezza e parole semplici. E così fu anche quando le sue condizioni di salute cominciarono a peggiorare, tanto da costringerlo all'inseparabile apparecchio, anche in un ritorno al *Poeta*, per una mitica pizza anche con l'altrettanto inseparabile Mario de Dominicis, suo amico "quotidiano".

Ma il ricordo più grato che ho nei confronti di Beppi Tesauro, già in condizioni di salute non buone, fu il suo voler essere presente al

[*] Presidente emerito del Consiglio di Stato, giudice della Corte costituzionale.

Consiglio di Stato in occasione del mio insediamento come presidente: lo ricordo mentre discuteva con un'addetta al cerimoniale cui faceva presente che non voleva essere collocato in adeguata posizione ma che aveva piuttosto bisogno di una sedia vicino a una presa elettrica, per potersi sistemare col suo apparecchio di supporto alla respirazione (la "cascettella", come lo definimmo). Volle davvero esserci. Come sarebbe sicuramente stato presente al mio ingresso in Corte costituzionale.

* * *

Giuseppe Tesauro, come uomo e come studioso, ha lasciato un indelebile ricordo nelle istituzioni in cui è stato e nelle persone che ha frequentato. La sua formazione di internazionalista, che coglie l'autonomia del diritto "comunitario" da quella branca del diritto per riversarlo nel diritto nazionale, anzi nei diritti nazionali, la ritroviamo concreta nell'esperienza di Avvocato generale presso la Corte di giustizia e come Presidente dell'Autorità garante per la concorrenza; al tempo stesso, viene teorizzata – e anche divulgata – in sede scientifica nei suoi scritti, ma soprattutto nel *Manuale*, in particolare nell'edizione uscita postuma.

Nella sua esperienza all'*Antitrust*, Egli affronta tematiche per l'epoca senz'altro nuove (l'Autorità aveva appena otto anni di vita), portando nella giurisprudenza dell'Autorità un ricco bagaglio teorico e pratico maturato a Lussemburgo.

Tesauro, come Avvocato generale, si occupa, tra i primi casi, della vicenda *Factortame,* sentenza della Corte del 19 giugno 1990 (C-213/89), concludendo per la ineludibilità della tutela cautelare per garantire effettività alla primazia del diritto (all'epoca) comunitario, mentre nel caso *Factortame 2*, sentenza della Corte del 5 marzo 1996 (C-48/93), concluse nel senso della responsabilità dello Stato membro per il mancato adeguamento della normativa nazionale a quella comunitaria avente (non solo effetti indiretti, ma anche) diretti. Conclusioni in ambedue i casi condivise poi dalla Corte.

I provvedimenti dell'Autorità sono – com'è noto – sindacabili in sede giurisdizionale amministrativa, anche per i profili di merito concernenti l'entità delle sanzioni. Tesauro presidente dell'Autorità, più volte in occasioni pubbliche e anche in colloqui privati, si è sempre mostrato favorevole a questo sindacato del giudice, anche nel doppio grado di giudizio, ritenendo che "quattro occhi vedono meglio di due", che anche l'Autorità dovesse sottoporsi al giudizio e che anche questa

previsione fosse per l'Autorità occasione di stimolo e di confronto in ordine ai provvedimenti che emanava. Il dibattito, anche scientifico, sulla natura paragiurisdizionale delle autorità indipendenti, particolarmente sviluppato con riferimento alla (invero differente) esperienza statunitense, non lo appassionava.

L'esperienza europea fa da scenario anche a Tesauro giudice e poi presidente della Corte costituzionale. Nel corso del suo mandato, Egli, direttamente o indirettamente, porta nella Corte la sua esperienza di studioso e di Avvocato generale presso la Corte di giustizia.

Penso, in primo luogo, al primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sollevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 102 e l'ordinanza n. 103 del 2008 (red. Gallo), in cui la presenza di Tesauro, all'interno di un organismo connotato da una severa collegialità, avrà certamente avuto la sua influenza.

Con la sentenza n. 430 del 2007, Tesauro, che ne è redattore, precisa il modo di operare della materia trasversale della concorrenza rispetto alla potestà legislativa concorrente o residuale delle regioni.

Ma è con la sentenza n. 349 del 2007, redatta dallo stesso Tesauro e che si accompagna alla gemella n. 348 (red. Silvestri), che si inaugura un nuovo capitolo nel dialogo tra Corti supreme, in particolare, questa volta, con la Corte europea dei diritti dell'uomo. La sentenza "apre" al sindacato delle norme interne per contrasto con la Convenzione europea, escludendo per contro l'effetto diretto delle norme convenzionali e conseguentemente la disapplicazione delle norme interne in contrasto con le prime; individua nell'articolo 117 della Costituzione il parametro interposto di riferimento; chiarisce che le disposizioni della Convenzione vanno interpretate alla luce dell'interpretazione fornita dalla stessa Corte europea; si riserva, infine, attraverso l'uso sapiente dei controlimiti, la valutazione della disposizione convenzionale come interpretata dalla Corte europea alla luce dei princìpi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale.

Questa impostazione rimarrà centrale nella successiva giurisprudenza della Corte.

Se si volessero individuare i caratteri salienti del pensiero di Giuseppe Tesauro, che hanno guidato la sua azione nelle istituzioni cui ha dato il suo apporto determinante, mi "limiterei" ai seguenti:

a) La fiducia nel processo di integrazione europea e la consapevolezza del ruolo della giurisprudenza in questo processo. In effetti, l'integrazione europea non può che compiersi, tra mille difficoltà, sul piano politico; ma l'apporto del diritto e del-

le Corti che tale diritto applicano è ineludibile, anche a livello nazionale, perché i cittadini e le imprese si rivolgono in primo luogo ai giudici nazionali per far valere i propri diritti e perché le Corti nazionali hanno il dovere di mantenere un confronto leale e costante con le Corti sovranazionali (dialogo, peraltro, che le due Corti europee devono, a loro volta, tenere con le Corti nazionali);

b) la consapevolezza che il processo di integrazione europea non può limitarsi agli scambi, ai commerci, alla libera circolazione. Per Tesauro la tutela dei diritti fondamentali, di ogni cittadino europeo, è un connotato imprescindibile dell'integrazione e fondativo dell'Unione. In effetti, credo, non può esservi un'Europa integrata senza un'Europa dei diritti, che crei una cittadinanza comune nei confronti dei poteri pubblici nazionali ed europei, ma che, al tempo stesso, abbia la consapevolezza diffusa che, senza l'assunzione di un dovere di solidarietà, non vi è comunità, nazionale o europea, che tenga.

Per Beppi Tesauro, l'integrazione europea è stato il *fil rouge* che lega il suo essere studioso e uomo delle istituzioni, il "tema della vita". Ma non un tema astratto, perché in lui nulla è astratto. Il diritto serve alle persone, non ai giuristi. E la sua onestà intellettuale, unita a uno spiccato senso di ironia e autoironia, lo troverebbe senz'altro d'accordo su questa "banale" considerazione.

MOMENTI DI VITA (ACCADEMICA) CON IL PROFESSORE GIUSEPPE TESAURO

Celeste Pesce[*]

In molti ricorderanno il Professore Giuseppe Tesauro come l'uomo delle istituzioni nazionali e sovranazionali che, lungo la sua camaleontica carriera, ha colto e difeso aspetti importanti e originali dell'integrazione comunitaria legati a quelle singolarità dell'Unione europea nel panorama del diritto internazionale che Lui stesso amava ricordare appena ne aveva l'opportunità.

Definizioni opportune e inconfutabili, ma che dal mio canto si sommano a tanto altro sul piano personale e più propriamente accademico. Lasciando cioè ad altre sedi e a chi di competenza la ricostruzione dei Suoi profili professionali, vorrei qui ripercorrere i momenti più significativi che i quattordici anni (circa) di conoscenza con il Professore Giuseppe Tesauro mi hanno regalato.

La maggiore parte di essi condivisi anche con la mia cara e stimata Prof.ssa Patrizia De Pasquale, ribattezzata "Pasquale" dal Prof. A Lei, che invero ha segnato l'avvio del mio percorso accademico sin dalla discussione della tesi di laurea sul rinvio pregiudiziale nel 2006, e che continua a sostenermi in momenti significativi e delicati, devo la conoscenza del Prof. e le preziose interazioni accademiche e non solo che ne sono derivate.

Senza peccare di egocentrismo ma, anzi, con la riconoscenza e l'emozione di una studiosa, pure sempre nelle vesti di allieva della Prof. ssa De Pasquale, intendo raccontare del "Prof.", come mi piace tuttora ricordarlo con tono reverenziale e intriso di affetto infinito. Se questo è lo scopo, selezionare e raccogliere gli episodi che hanno segnato un legame personale chiaramente indelebile non è affatto semplice sia per numerosità di eventi di cui sono grata e contenta, sia per l'emotività che provo ogni qual volta l'immensa persona del Prof. riaffiora nel mio parlare e nel mio sentire.

Ad ogni buon conto, tenendo per me i tuffi al cuore e i nodi alla gola paralizzanti e augurando al lettore di sorridere, inizierei con il tracciare il profilo di un Maestro rigoroso, severo ma anche molto affettuo-

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

so e premuroso; col ricordarne, quindi, i valori, l'amore per la vita, la gioia nel fare le cose dalle più semplici alle più complesse, la signorilità, la semplicità, il garbo, la sensibilità e, ancora, l'eleganza della Sua intelligenza. Peculiarità che il Prof. trasmetteva con naturalezza, costanza e coerenza.

Di tanto ho avuto contezza sin dal primo incontro avvenuto durante gli anni del mio dottorato di ricerca in "Disciplina del mercato e della concorrenza nella Unione europea" presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli. Precisamente, durante il primo anno di corso, quando ero alle prese con una quanto mai precaria bozza di lavoro di tesi dottorale sui nuovi poteri della Commissione europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in seguito alla modernizzazione *antitrust*, il Prof. prese parte alla consueta riunione tra Docenti e Dottorandi, incuriosito – appresi molto tempo dopo – dai giovani impegnati su temi di diritto europeo della concorrenza. Naturalmente, si premurò di non preannunciare la Sua presenza per non allarmare i dottori coinvolti. Alla notizia dell'inaspettata ma comunque gradita visita, chiunque, specialmente chi, come me, stava approfondendo le evoluzioni in divenire in tema di diritto *antitrust* europeo, avrebbe gioito della possibilità di conoscerLo e di interloquire con *Mr. Concorrenza*. Niente affatto. Mi pietrificai e, giunto il mio turno, entrando in stanza con passo debole e timoroso, proferii a stento un "Buon pomeriggio". La Sua estrema sensibilità colse e sciolse il mio imbarazzo. Così, salutandomi, mi indirizzò un "sei un'orsolina!?". Un sorriso generale tra il corpo docenti bastò a rilassare mente e cuore e a permettermi di godere del privilegiato confronto con un Luminare. Fu una vera e propria dialettica condotta dal Prof. con eleganza e senza mai darmi l'idea di sottovalutare l'interlocutore, pure avendone buone ragioni ed argomentazioni (riconosco le mie poche cartucce dell'epoca). Ricordo, anzi, che era molto entusiasta della scelta del tema e voleva capirne di più di quella orsolina di provincia! Rimasi sinceramente ammaliata dal Suo modo di fare e dal mostrarsi e sentirsi un Maestro con tutto quanto ne derivasse in termini di responsabilità e di impegno.

Quella frase "sei un'orsolina!?" che, ripensandoci, era una domanda cui non ho risposto, diede inizio a quella che continuerò a considerare una meravigliosa avventura personale e professionale e ad una serie infinita di scambi di vedute all'insegna del rispetto e della signorilità. Capitava, infatti, che il Prof. chiedesse il mio parere specialmente su temi a me vicini, riprendendomi pure amaramente quando cercavo di astenermi per timidezza o per timore di dissentire. Tra i Suoi grandi

insegnamenti c'era il costante monito a leggere le cose – dagli atti legislativi alle sentenze, dagli articoli di dottrina alla vita in generale – con tono critico personale e distaccato nonché a manifestare con fermezza ed eleganza le idee personali. Da uomo delle istituzioni e quindi libero, come amava definirsi, riconosceva l'importanza della dottrina emancipata, capace di fornire spunti argomentativi ai cultori della materia e a chi fosse gravato dall'onere di dirimere vicende giudiziarie particolarmente impattanti sulla vita delle persone coinvolte.

Alla luce di simili valori e princìpi si snodano i migliori ricordi scientifici e non. Avviandone la narrazione, un accento particolare meritano la premura e la dedizione che il Prof. ha riservato al mio primo lavoro monografico sugli strumenti di *public antitrust enforcement* disegnati dall'Unione con il "regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato" (oggi, rispettivamente, artt. 101 e 102 TFUE) e con la "Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese", nota come Comunicazione sui programmi di clemenza. In quella circostanza ho pienamente giovato della Sua esperienza maturata alla presidenza dell'Autorità italiana della concorrenza. Le Sue originali osservazioni mi giungevano direttamente o per il tramite della Prof.ssa De Pasquale, alla quale Lui stesso usava relazionare in merito. A me che mostravo una certa intransigenza nei confronti delle imprese che violassero i princìpi di libera concorrenza, il Prof. replicava con calorosità e novizia di particolari, raccontando le audizioni dell'Autorità ed il tempo speso con i responsabili – le imprese – di comportamenti anticompetitivi nell'intento di traferire loro i capisaldi della concorrenza sana. Ripeteva che gli operatori economici andavano sì sanzionati – e in maniera esemplare – ma anche "istruiti", guidati e responsabilizzati. Considerava, invero, gli incontri con "*i mascalzoni*" (le imprese responsabili di pratiche anticompetitive) un potente strumento per l'effettività della concorrenza e della tutela dei consumatori. Coglievo in quei racconti l'intento del Prof. di dare a quanto riportato sui manuali di settore profili pragmatici e critici al tempo stesso o comunque di spingermi su terreni all'epoca inesplorati. Le dinamiche reali di mercato, una volta apprese, mi avrebbero permesso di sviluppare una sensibilità argomentativa ed interpretativa non meramente didascalica. Così, ogni capitolo di quel lavoro cela racconti, aneddoti e confronti costruttivi. Custodisco, tuttora, gelosamente le bozze cartacee con le correzioni a penna del Prof., ricevute in uno degli incontri

finali sul lavoro. Le stesse sono raccolte in quel medesimo plico giallo che il Prof. aveva personalizzato con l'intestazione "Alla c.a. della Dott. ssa Celeste Pesce" e con la Sua sigla. Una vera poesia per me! In quelle annotazioni a margine, posso ancora sentire la Sua voce e la Sua eleganza nel dissentire fermamente dal mio pensiero e nel suggerire, senza costrizione alcuna, di cambiare rotta.

Ugualmente conservo il cartaceo riletto e annotato dal Prof. del secondo lavoro monografico sulla democrazia rappresentativa e partecipativa nell'Unione europea, tema che Lui reputava indispensabile per il processo di integrazione comunitaria caratterizzato da piccoli ma inarrestabili passi e che mi invitava ad approfondire, ritenendo gli studi sul punto non esaustivi. In quel periodo, il Prof., la Prof.ssa Patrizia De Pasquale ed io abbiamo spesso dibattuto della struttura dell'Unione europea e delle categorie tradizionali del diritto incapaci di definire il fenomeno dell'Unione europea. Eravamo pressoché d'accordo sul fatto che l'Unione non fosse uno Stato in senso classico bensì un'organizzazione internazionale di nuovo corso; concordavamo, quindi, sulla capacità dell'Unione di modificare modelli classici e di introdurre un sistema di equilibri in grado talvolta di sovrapporsi talvolta di affiancarsi a quello abituale dei suoi Stati membri. Ad analoghe soluzioni giungevamo, spesso, in tema di assetto democratico dell'Unione europea. Segnatamente, gli strumenti di democrazia rappresentativa e partecipativa, messi a punto dall'Unione, ci apparivano pienamente in grado di risolvere *gap* o *deficit* democratici in seno all'Unione stessa. Pertanto, il filo conduttore del testo, poi pubblicato, ruota sull'idea che il cammino dell'Unione vada letto esclusivamente alla luce del processo di integrazione comunitaria per definizione inarrestabile ed irreversibile.

In occasione, ancora, del lavoro scientifico "Divieto di discriminazioni geografiche: interazioni e prospettive", curato assieme al Prof. per la rivista *Studi sull'integrazione europea*, ho avuto l'onore di condividere con Lui idee, studi e dubbi sul mercato unico digitale e sul più generale programma di riforma del commercio elettronico avviato dalla Commissione qualche anno addietro. Il principio di non discriminazione occupava, per lo più, le nostre discussioni, portandoci a condividere l'apertura incondizionata dei nuovi mercati digitali, cioè, la libera circolazione di beni e servizi originata dal *web* e a bocciare i blocchi geografici (*geoblocking*) praticati da venditori *online* per limitare talune transazioni transfrontaliere digitali.

Al di là dei ricordi strettamente scientifici, pur sempre memorabili ed importanti, c'è altro, come preannunciavo in apertura. Come non

rendere omaggio al Suo rassicurante modo di parlare e di rivolgersi alle persone che in tanti, invero, avranno apprezzato. Tenero e indimenticabile per suono e per magia, il Suo "Pronti, pronti" quando rispondeva al cellulare, era un modo distensivo di iniziare la conversazione, in grado da solo di curare qualsiasi mio remoto e recondito animo avverso. Il Suo "ti richiamo" detto al telefono resta, poi, emblematico non tanto per la formalità dell'espressione quanto per il fatto che avrebbe richiamato davvero. Ancora più disarmanti le scuse che rivolgeva per avere riagganciato frettolosamente. In un mondo che corre verso qualcosa di indefinito, Lui sapeva fermarsi e dedicare tempo (la cosa più preziosa che ciascuno possa avere) anche a chi come me chiamava, confesso, talvolta anche solo per sentire parole confortanti ed incoraggianti, in momenti professionali non proprio rosei.

Proprio la tecnologia era diventata, negli ultimi tempi, la Sua croce e delizia. Se sul cellulare sperimentava chiamate e videochiamate *WhatsApp*, soprattutto in pandemia che credo lo abbia segnato molto, essendo Lui una Persona fortemente comunicativa, con il *computer* iniziavano i dolori. Lo considerava semplicemente una diavoleria "mangiapassword", il suo principale nemico o comunque un furbastro pronto a raggirarlo. Personalmente, ringrazio quegli incidenti tecnici al limite di una fantomatica diplomazia informatica, poiché mi hanno regalato diversi pomeriggi assieme, nell'intento di recuperare, ripristinare o inventare di sana pianta *password* di accesso al Suo *computer*, al Suo *account email*, al *router* di casa, alla casella di posta certificata e via discorrendo.

Andava più o meno così. Il Prof. mi chiamava, lamentando che il *computer* lo facesse impazzire e chiedendomi di fargli visita per decifrare l'accaduto. Concordavamo un incontro nelle successive 24/48 ore al massimo nel suo studio di casa. La scena era pressoché la seguente. Io nella veste di autodidatta che procede per tentativi ragionati o comunque tendenzialmente risolutivi, seduta alla Sua scrivania che smanetto sul Suo *personal computer*, cercando di sbrogliare misfatti informatici di ignota origine. Provando, infatti, a chiedere al Prof. cosa fosse successo, sentivo accampare cause simpaticamente misteriose, quali mani oscure ed estranee che si aggiravano intorno alle Sue cose informatiche. Inutile dire che per quanto provassi a risolvere, immancabilmente a distanza di una settimana o al massimo dieci giorni la scena si ripeteva. Momenti di irripetibile magia soprattutto per gli spazi comunicativi che ne derivavano e che anche Mafalda, l'affettuosa e intelligente cagnetta di casa Tesauro, amava seguire da sotto la scrivania o dalla sua comoda

poltrona. Glissando il tutto, il Prof. gironzolava per lo studio, chiedeva di me, dei miei studi, di come andasse in quella macchina farraginosa e burocratica in cui si era trasformata l'Università; più genericamente, discorreva dell'Unione europea, delle sfide poste alla Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti di nuova generazione o di come, suo e nostro malgrado, i meccanismi partecipativi e democratici dell'Unione fossero, sovente, travisati sul piano interno agli Stati. Tutto questo confrontarsi mi rendeva felice e mi forniva spunti di riflessione importanti per i miei studi. A fine pomeriggio, a *password* sopravvissute o generate *ex novo*, il Prof. mi sembrava di tono maggiormente disteso rispetto al mio arrivo. Tra i due, però, ero io la parte pienamente arricchita!

Non sono mancati, poi, momenti di pura convivialità cui partecipavo unitamente agli allievi Suoi più cari. Si arrivava sempre tutti con il sorriso, ben sapendo che il Prof., con singolare abilità e maestria, avrebbe reso l'incontro leggero, ma mai superficiale e che ne avrebbe saputo cogliere le migliori opportunità comunicative e divulgative. Così, a ridosso delle vacanze estive o in occasione di lieti e sperati traguardi accademici di qualcuno di noi allievi, capitava di fare visita a ristoratori partenopei che di certo avrebbero saputo deliziare il Prof. con una buona genovese o con una frittura di alici. O, più intimamente, di riunirci per gli auguri natalizi o pasquali nel Suo accogliente e sempre aperto studio di casa prospicente il golfo di Napoli. In quelle occasioni, al di là del luogo e pure nella informalità del caso, il Prof. si dilettava in brevi, ma meravigliose lezioni magistrali che spaziavano sul diritto dell'Unione e, durante la presidenza della Corte costituzionale, sui rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, sugli equilibri necessari nella tutela dei diritti dagli stessi contemplati. Personalmente, gli aneddoti inediti che davano avvio al tutto mi concedevano il privilegio di conoscere e meglio apprendere talune questioni giuridiche e/o dottrinarie che l'avevano interessato.

Ciò che intendo dire, accennando a taluni episodi scelti, è che i momenti assieme restano un miscuglio di umanità e di professionalità tatuati nella memoria del cuore e difficilmente replicabili, perché il Prof. era capace di dissertare di diritto dell'Unione europea a livelli eccelsi e lanciare messaggi di vita profondi. Sicché tra una critica costruttiva ad una sentenza della Corte di "ingiustizia" e un commento all'implementazione sul piano nazionale del regolamento "1, 2 e 3", come da Lui, simpaticamente, rinominati rispettivamente la Corte di giustizia dell'Unione europea ed il già menzionato regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, in tema di decentramento *antitrust*, il

Prof. mi ribadiva: "devi essere paziente!", "gli affetti sono importanti, la famiglia è importante"; "se (ab)usi (del) il potere, mostri debolezza ed insicurezza"; "non reagire alle provocazioni"; "ricordati sempre chi sei" e, negli ultimi tempi, "non mi rottamate", riferendosi alla Prof.ssa De Pasquale e a me ogni qualvolta gli facevamo visita.

Questa miscela unica di vita ed accademia caratterizzava anche le gite fuoriporta. Una ricorreva annualmente a metà giugno in occasione dello *stage* di Diritto dell'Unione europea "Andrea Cafiero" nella splendida cornice di S. Marco di Castellabate. Durante il viaggio in auto, soprattutto all'andata, il Prof., oltre a precisare quanto avrebbe detto e ricordato alla platea lì riunita e a sperare di mangiare bene a cena, mi raccontava delle Sue origini cilentane (paterne) e del desiderio di fare ritorno al "paesello".

Memorabile, credo anche per la Prof.ssa De Pasquale, resta la visita alla Corte costituzionale nel periodo in cui il Prof. ne deteneva la presidenza. Un'esperienza entusiasmante che, personalmente, ho vissuto da scolaretta euforica che la notte precedente non chiude occhio per l'eccitazione. La mattina della partenza, ci ritroviamo in un punto di incontro, vale a dire nei pressi di uno svincolo stradale da cui sarebbe stato poi facile allacciarsi all'autostrada. Il Prof. aveva, infatti, affettuosamente insistito per passarmi a prendere e, sembrandomi troppo, dopo un'estenuante lotta impari, avevamo concordato un luogo "comodo" per entrambe le parti. Una volta sul luogo, dopo i saluti signorili che il Prof. riservò anche al mio papà che si era prestato ad accompagnarmi sin lì, saliamo in auto e in un baleno, la Prof.ssa Patrizia De Pasquale ed io siamo spinte ed immobilizzate sul sedile posteriore dalla velocità raggiunta in una manciata di secondi dall'auto. Una risata generale diede avvio ad una splendida giornata. Assestata la crociera, iniziamo a parlare di posizioni discutibili della Corte costituzionale, ma anche ad avvertire il bisogno di un caffè che non fosse una *ciofeca* (lontani da Napoli può succedere diceva il Prof.). Un autogrill "fidato" fa al caso nostro e tra una fila alla cassa e una al bar e nella confusione naturale di un luogo del genere, il Prof. chiede dei miei scritti e dei miei studi e alla Prof.ssa Patrizia De Pasquale come andasse la vita da ordinario.

La vera meraviglia si palesa, però, all'arrivo alla Corte. Era sì il Presidente cui spettavano le onorificenze del caso, ma la Sua persona era motivo di giubilo per chiunque incontrassimo. Al momento di salire ai piani alti, mi colpì, particolarmente, il modo elegante e da gentiluomo con cui il Prof. cedette l'ascensore all'addetta delle pulizie che, vedendoci, ma soprattutto vedendo il Presidente, indietreggiò in tono

reverenziale. Giunti poi nel Suo ufficio presidenziale, il Prof. innanzitutto si premurò di assicurarci una visita guidata della Corte costituzionale, compreso il terrazzo con vista capitolina mozzafiato, che non ho mancato di fotografare! Poi che pranzassimo in compagnia Sua e del Suo *staff*, fra cui la preziosa Collaboratrice, la Prof.ssa Raffaella Niro, che ebbi così il piacere di conoscere. Riservammo al pomeriggio un momento di confronto sui rapporti tra le Corti nazionali e dell'Unione e sull'importanza di mantenere e nutrire il dialogo giurisdizionale mediante l'uso corretto ed appropriato del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, considerato dal Prof. il fiore all'occhiello dell'Unione. Ripartimmo nel tardo pomeriggio di quel giorno che per me vale, ancora oggi, anni!

La Sua eclettica personalità spiccò, altresì, in aeroporto a Milano, di ritorno dal Convegno "La riforma delle regole processuali del giudice dell'Unione europea", di metà dicembre 2016, presso l'Università degli Studi di Milano, di cui il Prof. aveva presieduto la sessione pomeridiana con la padronanza e il brio che lo contraddistinguevano. Il Prof., la Prof.ssa De Pasquale ed io scoprimmo una volta in aeroporto che il nostro precipitarci lì era stato vano, avendo accumulato il volo diretto a Napoli notevole ritardo. Eravamo ormai nei pressi del *gate* e quindi impossibilitati ad uscire. Il Prof., avvicinandosi ora di cena, parte alla ricerca di un *ristocaffè* adeguato al Suo palato. Esplorammo così l'intera area a noi accessibile. La ricerca, invero, non ebbe gli esiti sperati, finendo su asciutti panini al crudo. Eppure il Prof., cercando di sorvolare su quanto ingerito, si prestò molto simpaticamente a chiacchiere riempitive dell'attesa e a degli scatti fotografici dal cellulare da utilizzare come Sua foto profilo in rubrica telefonica. Conservo ancora quelle foto digitali nelle moderne nuvolette virtuali!

Anche la gita in barca nella Sua amata Scario, in una delle ultime estati che la famiglia Tesauro ha lì trascorso, fa parte dell'album dei ricordi felici, indimenticabili e memorabili. La Prof.ssa De Pasquale ed io partiamo al mattino presto da Napoli, percorriamo la famigerata Salerno-Reggio Calabria, augurandoci di non trovare traffico: il Prof. ci aveva raccomandato di partire "presto", ma davvero presto per vivere il più possibile il mare da Lui tanto amato. Riusciamo ad arrivare di buon mattino a Scario. Nella villa vista golfo e in un'atmosfera intima e familiare, ci accoglie l'affettuosissima e gentilissima Signora Paola che ci mette a nostro agio, mostrandoci la camera ove cambiarci, il bagno e la cucina per un bicchiere d'acqua. Completamente assorbite dal *mood* di casa Tesauro, ci raggiunge il Prof. con le braccia spalancate, la Sua

allegria e il Suo benaugurante e squillante "buongiorno!"; subito dopo, Alfonso che si sarebbe unito a noi in quella fantastica giornata. Muniti di costume, cappello e ciabatte da mare, andiamo verso il porto dove ci attende Nostromo, un giovane studente di medicina. La piacevole e soleggiata traversata in barca è ben presto allietata da un primo bagno al largo della splendida spiaggia dei francesi. Timidamente mi tuffo, non ambendo ad emulare il baldanzoso e festoso lancio di Alfonso. Il Prof. preferisce di no per via del respiratore, ma gioisce nel vederci sorridenti in un'acqua blu di ineguagliabile bellezza. Arriva il momento del pranzo e noi pensavamo a dei panini di fortuna e invece il Prof. aveva già preso accordi con il "Pirata" di Porto Infreschi, un ristorante galleggiante noto per il folklore e la buona cucina e dove il Prof. si recava con gli amici venuti a fargli visita. Con l'aiuto di Nostromo e dei collaboratori del Pirata che ci assistono a mo' di *star* internazionali (il Prof. lo era in effetti e aveva riservato anche a noi quei privilegi), passiamo da una barca all'altra. Salutato l'equipaggio e prima ancora il Signor Pirata (che tiene a precisare che di inverno si trasferisce nei pressi di Piazza Bovio a Napoli), prendiamo posto ad un tavolo che ondeggiava piacevolmente al fluttuare calmo e sereno del mare di quel giorno. A menu in parte deciso in parte à la carte, il Prof. inizia a parlare di Diritto dell'Unione europea tra una fritturina e un calice di vino bianco ghiacciato che avremmo dovuto omettere nel racconto a casa (alla Signora Paola). Dopo un bagno pomeridiano da sogno ad Infreschi, rientriamo al porto, pensando la Prof.ssa De Pasquale ed io di ripartire a breve. Ed, invece, appena ristorati, saliamo, quasi all'imbrunire, ad un punto panoramico davvero mozzafiato al momento del tramonto.

Dopo aver trascorso ore felici e rilassate durante le quali ciascuno di noi era stato semplicemente se stesso, ripartimmo in serata con un *book* fotografico emozionante e con il cuore pieno di gioia, quella che la famiglia Tesauro aveva voluto fortemente trasmetterci. In viaggio, ripercorrendo la giornata felice, la Prof.ssa De Pasquale ed io scoprimmo di essere state delle vacanziere pendolari senza pari ed invidiabili per i dettagli amorevoli del programma architettato ed organizzato dal Prof. con il supporto della famiglia intera. In quel cronoprogramma, a noi svelato attimo dopo attimo, si toccava tutta la Sua vivacità, l'amore per la vita, per il mare ma anche tutto il BENE che sapeva provare e che voleva alla Prof.ssa Patrizia De Pasquale e a me. Emozioni forti indelebili! Doni unici!

Pure potendo e sapendo proseguire con tanti altri episodi, il messaggio che mi piacerebbe lasciare qui è che nei miei confronti, il Prof.

si è sempre mostrato come il Maestro aperto al confronto, capace di ascoltare, incoraggiare e consigliare una studiosa in momenti importanti al fine di renderla consapevole, responsabile, competente e prima ancora pronta a cimentarsi. Senza piaggeria né timore di essere smentita, il Prof. mi ha aiutato a dissipare incertezze ed insicurezze più o meno contingenti più o meno personali. In definitiva, averlo conosciuto resta uno dei doni più belli che il destino potesse farmi.

COULD DIFFERENTIATED INTEGRATION PROVIDE A WAY FORWARD FOR THE PACT ON MIGRATION AND ASYLUM?

Emanuela Pistoia[*]

SUMMARY: 1. The case for differentiated integration. – 2. The unprecedented legal issue concerning enhanced cooperation. – 3. A tentative answer in general terms. – 4. A parallel treaty instead? – 5. Tailoring an answer for a reform of the "Dublin rules". – 6. Conclusion.

1. The long-standing political stalemate on a substantial reform of the current legislation on migration and asylum is well known. The EU rules on international protection, as well as those on returns, are a failure: the Dublin regulation is undoubtedly inadequate, but so are the rules on procedures, given the huge differences on success rates of applications for international protection. Yet, after the Commission put forward two subsequent proposals on changing the Dublin III Regulation and other acts pertaining to the Common European Asylum System (CEAS) (plus the "Return Directive") over the years[1], no consensus is on the horizon. Moreover, the effort to reach compromise on many antagonistic issues (situation of frontline states, effective protection of asylum seekers, effective return policy, prevention of secondary movements, etc.) could easily result in new rules with poor impact on some if not all of them. For instance, in the Commission proposal on a new Pact on migration and asylum, the objective of limiting abuses of the procedure for international protection results in worsening the pressure on frontline states and making it more difficult for those fall-

[*] Full Professor of European Union Law, University of Teramo, Italy.

[1] The first proposal was put forward by the Commission chaired by Mr Juncker: proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), COM (2016) 270final, of 4 May 2016. On 23 September 2021, the Commission chaired by Ms. von der Leyen unveiled the New Pact on migration and asylum, which consists of a Communication, three entirely new pieces of legislation, including repeal of the Dublin III regulation, two pieces of legislation which amend proposals put forward in 2016 and several soft-law tools.

ing within the scope of international protection to be successful in their application.

The case for differentiated integration also stems from the huge difficulties in obtaining compliance from reluctant states, which make it pointless to pass new legislation against their will, by means of a qualified majority in the Council: this is a lesson learnt from the poor compliance with the two September 2015 decisions[2]. Moreover, forcing reluctant states is undesirable because of the subject matter: international protection is about vulnerable individuals who need care and integration, which they could hardly find in a hostile environment, such as in states determined to keep them out of their territory and society. Those states could even cause structural disfunctions of new solidarity mechanisms, as the other states could be prevented from handing in third-country nationals to them, in compliance with those solidarity mechanisms, if they pose serious risks of mistreatments[3].

These difficulties call for passing new legislation with the agreement of all the Member States. Yet this is apparently impossible as states' political stands on the matter are quite far apart. Hence, differentiated integration becomes attractive.

2. Some of the acts included in the Pact on migration and asylum have been discussed in the European Parliament in the first reading. Major differences have emerged among parliamentary groups in the framework of the LIBE Commission. Shadow rapporteurs proposed amendments to the reports presented by rapporteurs, which contain proposals for major amendments to the Commission proposal of a New Pact on Asylum and Migration. Discussion in the Council has started informally (i.e. not in the framework of the ordinary legislative procedure, where the Council is called on to take a position on the European Parliament's first reading position). Hence, an entirely possible scenario is that the unfeasibility of a shared convincing text materializes, with a few Member States consequently taking the initiative of engaging in enhanced cooperation at least on some points and seeking Council authorization on the matter (Article 329 TFEU).

[2] Council Decision 2015/152/EU, establishing provisional measures in the international protection area for the benefit of Italy and Greece, of 14 September 2015; Council Decision 2015/1601/EU, establishing provisional measures in the international protection area for the benefit of Italy and Greece, of 22 September 2015.

[3] Judgment of the Court of 21 December 2011, joined cases C-411/10, C-493/10, *N.S.*

Such a scenario is unprecedented: unlike in previous cases, enhanced cooperation would be developed in matters that are already the subject of EU secondary law[4]. Since Article 327 TFEU sets out that enhanced cooperation should never affect competences, rights and obligations of non-participating states, the Member States that would not be participating in the new enhanced cooperation would remain bound by current rules. The question arises as to whether such a scenario is legally achievable. The underlying legal issue is as follows: do the EU treaties allow differentiated integration on rules that, in the relations amongst participating states, waive existing rules applicable to all of the Member States? More precisely, could enhanced cooperation be developed in an area where a substantial body of EU rules is already in force, in such a way as to establish important exceptions to those rules, which would obviously apply only to states participating in the enhanced cooperation?

3. I will start by making some general comments, i.e. I will be considering neither a specific area of shared competence, nor a specific piece of legislation to be adopted following authorization under Article 20 TEU.

In the case of enhanced cooperation, the Union – not the Member states – is exercising a certain (non-exclusive) competence, although in a manner temporarily limited to a group of Member States. Legislative acts adopted as enhanced cooperation are still fully-fledged acts of the Union. As obvious as it may be, this means that the limit established for *states'* exercise of competences that they share with the Union is not applicable. That limit is set out in Article 2 (2) TFEU, which lays down that Member States shall exercise their competence "to the extent that" the Union has not exercised its competence. Protocol 25 on the exer-

[4] Previous cases of enhanced cooperation, which led to the adoption of implementing secondary legislation, are as follows: Council Decision 2010/405/EU, of 12 July 2010, authorising enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation; Council Decision 2011/167/EU, of 10 March 2011, authorising enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection; Council Decision 2016/954, of 9 June 2016, authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships; the notifications made within the framework of Article 86, para. 2 TFEU, for the establishment of the the Office of the European Public Prosecutor (EPPO).

cise of shared competence provides details on the meaning of "to the extent that": the scope of this exercise of competence only covers those elements governed by the Union act in question and therefore does not cover the whole area. Therefore, no limits to starting enhanced cooperation in a certain area are deemed to arise from rules on the Union's competence in the said area.

Article 20, para. 1, second subparagraph TEU does lay down constraints applicable to pieces of legislation adopted in the framework of enhanced cooperation: "Enhanced cooperation shall aim to further the objectives of the Union, protect its interests and reinforce its integration process." Those limits could appear entirely superfluous, as adding nothing to the usual standards applicable to the adoption of *any* Union act, because in EU treaties legal bases are typically aimed at furthering one or more objectives of the Union policy they belong to, so that the adoption of any new act constitutes by itself a step forward in the integration process. However, in Article 20, para. 1, the *subject* of the sentence is "enhanced cooperation": what is required to "aim to further the objectives of the Union, protect its interests and reinforce its integration process" is specifically *enhanced cooperation*, *beyond* the piece of legislation in the process of being passed. Such doubling of effort in moving forward is usually difficult to notice. Yet it becomes decisive precisely when legal bases have already been activated, legislative acts are already in force in a certain area and enhanced cooperation should be established to change them in the relations among a limited group of Member States. In this context, a scrutiny of the added value of enhanced cooperation in making progress towards the achievement of the objectives *of the Union* is needed. It is believed that, when considering giving the green light to enhanced cooperation on new rules on international protection and immigration, the Commission, the European Parliament and the Council, in their respective roles laid down in Article 329, para. 1 TFEU (the Commission is to put forward a proposal on the request of the interested Member States, the European Parliament should express its consent, the Council should authorize), should make a careful assessement of those requirements.

On another tone, Article 326 TFEU raises a serious doubt on the possibility to amend or replace existing legislative acts with effects for a limited number of Member States, in the framework of enhanced cooperation. It reads as follows: "any enhanced cooperation shall comply with the Treaties and *Union law.*" Given that "Union law" is mentioned next to "the Treaties", and that the word "and" is in between

the two, the words "Union law" could make sense only if referred to EU secondary law, or at least to any other act different from the Treaties. Therefore, one may rely on the words "any enhanced cooperation shall comply with Union law" to conclude that the establishment of enhanced cooperation aimed at passing new acts of secondary law that lay down alternative rules for the participating Member States is incompatible with Article 326.

As an alternative, that provision could be read in combination with Article 20, para. 1, second subparagraph, with the result that exceptions to existing EU law are allowed insofar as they "further the objectives of the Union, protect its interests and reinforce the integration process." I lean towards this option. Several arguments are in support. One is that the requirement on compliance with EU law is the opening provision of a set of rules that cover different aspects. It establishes a general principle that is detailed thereafter. Hence, a restrictive interpretation based on the literal meaning of the words "comply with Union law" is inappropriate. Indeed, suffice it to mention that compliance is also called for regarding "the treaties": as compliance of secondary law with "the treaties" is an obvious feature of any piece of secondary law, with no need for reiteration with regard to enhanced cooperation, the value of Article 326, para. 1, is that of a general framework. Moreover, combination with Article 20, para. 1, second subparagraph provides an interpretation inspired by the purpose of enhanced cooperation, in that it would serve the integration process by allowing the Member States willing to push it forward to pass new Union law to that effect while remaining open to others.

Ultimately, the other option (no enhanced cooperation in topics that are already governed by EU law) would run counter to the said purpose. It is true that the building of enhanced cooperation on rules that constitute an amendment to existing rules and sometimes repeal them in the relations among the participating States could be a factor of disintegration of EU law. Yet in this case too disintegration as the bad face of differentiated integration is minimized, and hopefully neutralized, by specific treaty provisions: "differentiated rules" shall respect the competences, rights and obligations of those Member States which do not participate in the enhanced cooperation (Article 327 TFEU); the latter are entitled to join the enhanced cooperation at any time (Article 331 TFEU). Therefore, there is no reason to rule out the applicability of enhanced cooperation in situations where it could carry out the role envisaged for it in the treaties.

4. In principle, if not laid down in the EU treaties, beyond enhanced cooperation differentiated integration can be achieved through a parallel treaty among the Member States that share an interest in developing rules in a certain subject-matter. Those parallel treaties (also known as *inter se* treaties) would obvioulsy have effects only for the participating states, like all international treaties. In other words, in substance the legal limit to differentiated integration by means of a parallel treaty is exactly the same as that posed to enhanced cooperation by Article 327 TFEU, though the ground is different. Yet it meets the objective to be accomplished.

In the field of international protection and migration, the possibility of concluding a parallel treaty to achieve differentiated integration raises the same question as enhanced cooperation. As applied to parallel treaties, the question appears as follows: can a group of Member States agree on establishing rules out of the framework of the Union system that replace EU rules in their mutual relations, while those EU rules remain applicable amongst the other Member States and in the relations between the latter and the states that have adopted a parallel treaty? The negative answer clearly stems from the abovementioned Article 2 (2) TFEU and Protocol 25 on the exercise of shared competences. Indeed, *inter se* treaties are nothing but tools for collective exercise of States' powers in an area of shared competences. Therefore, they could never be used for "elements governed by EU law" already, such as rules on determination of the Member State(s) responsible for international protection, reception of asylum seekers and those entitled to international protection, etc.

The possibility to use parallel treaties should further be assessed against the availability of a tool for differentiated integration in EU law, i.e. enhanced cooperation. Since in the area of international protection and migration the EU institutions can in principle engage in enhanced cooperation, can the states willing to develop differentiated integration still opt for a parallel treaty instead?

In the *Pringle* judgment, the Court of Justice of the European Union did consider whether the Member States that decided to conclude the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM Treaty) legally had the possibility to opt for a parallel agreement as a tool for differentiated integration, even though enhanced cooperation was available: the Court refused to declare that the conclusion of the EMS Treaty was prevented by Article 20 TEU (i.e. by the availability of an institutional tool for differentiated integration)

on the ground that the Union did not have a specific competence on establishing a mechanism for financial stability[5]. Indeed, enhanced cooperation can only be established in the framework of the Union's (non-exclusive) competences. The availability of the flexibility clause (Article 352 TFEU) as a viable legal basis for such a mechanism was considered irrelevant to the purpose of ruling out a parallel treaty: the Court contented itself with ascertaining that the flexibility clause was not used[6]. Is this a conclusive argument in favour of enhanced cooperation against a parallel treaty in the area of international protection and immigration, where the Union does have a specific competence instead (which, what is more, it has exercised already)? Slavishly following on the recalled Court's statement, in such a way as to hold it an *obiter dictum*, the answer would certainly be in the positive, i.e. enhanced cooperation is the mandatory tool for differentated integration. This conclusion indirectly finds support in previous judgments where the Court has been open to treaties among the Member States in areas where they were exercising their competence by means of those treaties on the ground that they were free to do it collectively: indeed, those were not areas of shared competences[7]. Even in *Pringle*, while acknowledging Member States' competence to establish a mechanism of financial stability for the Eurozone Member States (and hence to conclude an *inter se* treaty on the matter), the Court argued that the new Article 136, para. 3 TFEU does not interfere with Union competences because the latter are merely about measures of coordination of the Member States' economic policies. The red line across the abovementioned Court's stands is the establishment of a clear distinction between exclusive and shared competences (referred to as "specific competences"), on the one hand, and other competences, such as coordination and the flexibility clause, on the other. Although no reason for such a distinction is provided, and despite doubts on the flexibility clause, the idea is clearly that the Union level is preferred insofar as it provides rules capable of being applied instead of domestic rules.

[5] Judgment of the Court of 27 November 2012, case C-370/12, *Pringle*, points 168-169.

[6] Judgment *Pringle*, cit., point 67.

[7] Judgment of the Court of 30 June 1993, joined cases C-181/91 and 248/91, *Parliament v. Council*; judgment of the Court of 2 March 1994, case C-316/91, *Parliament v. Council*; judgment of the Court of 20 May 2008, case C-91/05, *Commission v. Council*.

5. The New Pact on Migration and Asylum covers a variety of topics that require a case-by-case assessment of potentialities and/or issues regarding enhanced cooperation. I will focus on the criteria for establishing responsibility on asylum applications and granting international protection, relocations, migratory pressure and *force majeure*, which are dealt with in the Proposal for a regulation on asylum and migration management ("RAMM proposal")[8] and in the Proposal for a regulation addressing situations of crisis and *force majeure* ("Crisis and *Force majeure* proposal")[9]. In my understanding, they are the topics where agreement among the Member States proves most difficult and also those in connection with which relations with non-participating states would be most delicate for a number of reasons.

The content of the abovementioned proposals directly affects the principle of solidarity and fair sharing of responsibility (Article 80 TFEU). Indeed, the Commission describes those proposals as aiming at promoting mutual trust between the Member States in such a way as to foster solidarity. It follows that establishing enhanced cooperation on those two proposals would lead the Union to accomplish a dual-speed solidarity: one would be regulated in the new legislative acts and the other one in the current Dublin III Regulation[10]. This asymmetry in the implementation of the principle governing asylum and migration policies can in no way be deemed incompatible with the Treaties. If the internal market can be multi-speed, solidarity can also be such.

The fact remains that multi-speed solidarity is politically disturbing: solidarity is usually regarded as bringing no advantages to those states that are required to provide it, but as placing an extra burden on them. Therefore, the political case for enhanced cooperation on the RAMM and the Crisis and *Force majeure* proposals is very weak: the states that are more open to improving solidarity for a sense of loyalty towards

[8] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM (2020) 610final.

[9] Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, COM (2020) 613final.

[10] A discussion on solidarity *versus* differentiated integration is in F. Martines, *Solidarity in the EU. Beyond EU Treaties provisions on solidarity*, in L. Pasquali (ed.), *Solidarity in Unternational Law. Hallenges, Opportunities and the Role of Regional Organizations*, Turin, 2022, pp. 180-182.

their fellows, or because they want the Union integration project to be successful, feel differentiated integration on the matter as a political victory of the others[11]. In the political discourse, it has sometimes been suggested that a state's refusal to carry such an extra burden should be balanced with lowering the level of funding it receives from the Union budget. Is such a "solidarity conditionality" compatible with the Treaties, namely with the rules on enhanced cooperation? It seems to me that the limit to enhanced cooperation laid down in Article 326, second subparagraph, might apply to the extent that the funding that would be restricted is aimed at economic, social and territorial cohesion. Indeed, Article 326, second subparagraph, establishes that economic, social and territorial cohesion should not be undermined by enhanced cooperation. However, since "undermining" is much stronger than "affecting", such a "solidarity conditionality" would not automatically activate that limit. Either a considerable reduction of the amount of the quota of non-participating states in the Cohesion Fund (or even in the other European Structural & Investment Funds - ESIF), or the existence of some specific circumstances, might do that.

Enhanced cooperation on rules implementing solidarity in an area where solidarity is already in place requires a careful assessment of the aim of enhanced cooperation "to further the objectives of the Union, protect its interests and reinforce its integration process", discussed above. There is no doubt that Article 20, para. 1, second subparagraph TEU prevents lowering the level of solidarity in the framework of enhanced cooperation. I believe that that provision not only establishes a limit in this connection, but also lays down a positive requirement. In terms of solidarity, the latter should be understood as calling for an upgrade. This should be explained in the preamble of the authorization decision, which would otherwise be deemed invalid, and applied in the regulation(s) adopted in the framework of enhanced cooperation, which otherwise would equally be deemed invalid. The practice on authorizations of enhanced cooperations developed so far is about acts where the operative provisions are kept to a minimum while the preamble is relatively detailed. This means that the objective of enhanced cooperation is not binding on the institutions in charge of the legislative procedure, but merely represents a justification for its authoriza-

[11] A similar situation with regard to EPPO is discussed in J. Öberg, *"The Pitfalls of Enhanced Cooperation: The Case of the European Public Prosecutor"*, in *verfassungsblog.de*, 2022, www.verfassungsblog.de/thepitfalls-of-enhanced-cooperation.

tion described in the preamble. However, Article 20, para. 1, second subparagraph TEU applies to enhanced cooperation in its entirety, not merely to its authorization. The practice of mentioning the specific objective of enhanced cooperation in the preamble of the Council decision on authorization does not weaken the impact of the requirement established in Article 20 but gives flexibility to the two-step procedure (authorization of enhanced cooperation and subsequent adoption of the relevant legislative acts).

That being said, upgrading solidarity is surely vague, especially in the perspective of judicial review. A major uncertainty arises from the very concept of solidarity, which varies a great deal from act to act, even within international protection and immigration policies. In connection with the responsibility criteria laid down in the Dublin III regulation, the Court of Justice understands solidarity as the duty of each Member State to carry out one's responsibilities in accordance with the common rules[12]. Under a teleological and systematic method of interpretation, solidarity is meant to lighten the burden of those states which, for reasons independent of their action and intention, are naturally placed in such a position as to bear most of it. This is the meaning of solidarity acknowledged in the preamble of the two September 2015 Decisions, and? in the proposals for reform put forward by the Commission in 2016 and in 2020 respectively. This kind of solidarity can also be identified in the Dublin III regulation, i.e. in the process laid down in Article 33 and in the measures that could be deemed appropriate in that framework[13]. In principle, I have doubts on the feasibility of an interpretation of Article 20, para. 1, second subparagraph TEU as requiring a widespread switch to burden-sharing. However, at the same time I think that no enhanced cooperation in the matter could ever be deemed compliant to that provision if it ignores burden-sharing.

Should enhanced cooperation be authorized to overcome or amend the criteria for gaining responsibility on applicants for international protection currently laid down in the Dublin III regulation, changes could not affect the responsibilities of non-participating states. Article 327 TFEU precludes intereferences with *rights and obligations* of these Member States. Hence, the new rules should neither waive nor alleviate their responsibilities.

[12] Judgment of the Court of Justice of 26 July 2017, Grand Chamber, *Jafari*, C-646/16, point 88.

[13] Regulation 604/2013, Article 33, para. 4 and recital 22.

6. The European Union has been in need for a reform of its secondary law on international protection and immigration since 2015 at least. The much-blamed secondary movements, i.e. the journeys of actual and potential asylum seekers as well as beneficiaries of international protection throughout Europe in total disregard of the Dublin rules, is the very side-effect of the latter's inability to deal with issues. A few States bear the burden of the millions in search for protection and/or a better life, whether they are front-line States or much-sought States for third-country nationals. This imbalance leads to widespread breaches of human rights and to a general lack of efficiency in the Union's and the Member States' international protection and immigration policies. In order to succeed in passing new legislation, differentiated integration could be a better choice than use of qualified majority, which would also require lowering of objectives and legal tools. The present essay points out the unprecedented legal issue raised by enhanced cooperation in this area and puts forward arguments to sort it out; it rules out parallel treaties; it discusses differentiated integration in connection with solidarity.

Both the Union's institutions and the Member States have proved very shy in suggesting differentiated integration in this area. Yet it could provide a remedy to the current lack of cooperation and common vision for the Union's members and even act as a laboratory for pioneering States, for the sake of European integration.

LA DEFINIZIONE IN SENSO STRETTO DELLE "SITUAZIONI DI DIRITTO INTERNO" E LA PROMOZIONE DELLE LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE: IL CONTRIBUTO DELL'AVVOCATO GENERALE TESAURO NELL'AMBITO DELLA CAUSA "*SURINDER SINGH*"

Sara Poli[*]

SOMMARIO: 1. Il ricordo personale. – 2. Il contributo dell'AG Tesauro alla definizione in senso stretto delle "situazioni di diritto interno" e alla promozione delle libertà di circolazione nelle conclusioni relative alla causa C-370/90 *Surinder Singh*. – 3. I fatti all'origine della lite e le questioni di diritto sollevate dalla causa. – 4. Le conclusioni dell'AG Tesauro del 20 maggio 1992 e gli effetti dell'esercizio delle libertà di circolazione sul diritto di soggiorno di un cittadino di uno Stato terzo nel Paese di origine del coniuge, cittadino comunitario al rientro dal Paese di origine. – 5. La pronuncia della Corte di giustizia del 7 luglio 1992 e la giurisprudenza sull'"effetto dissuasione" delle libertà di circolazione. – 6. Gli sviluppi giurisprudenziali successivi alla sentenza "*Surinder Singh*" e la sentenza *Lounes*: il cittadino mobile naturalizzato gode di "benefici perpetui" per aver esercitato le libertà di circolazione.

1. Ho partecipato a molti convegni in cui Giuseppe Tesauro era stato invitato a presentare relazioni o a presiedere le sessioni degli incontri. Ogni volta era un piacere ascoltare le spiegazioni delle questioni anche più spinose e complicate del diritto dell'Unione europea. Il modo di affrontare i problemi giuridici risultava leggero per la sua *audience* ma mai banale. In una occasione ho partecipato ad un seminario in cui a Tesauro era stato affidato il compito di ricordare un professore con il quale aveva avuto rapporti di amicizia oltre che professionali. Si tratta della giornata di studio in ricordo di Francesco Caruso, organizzata a Roma dal Professor Luigi Daniele il 7 ottobre 2011. Ricordo in particolare l'intervento di Giuseppe Tesauro che aprì la prima sessione pronunciando un lungo e commosso discorso sull'amicizia pluriennale con il Professor Caruso. Fui molto toccata dalle parole espresse da Tesauro in quell'occasione nei confronti dell'amico. Qualche anno più tardi, il 15 settembre 2017, fui invitata a partecipare ad una tavola rotonda di diritto dell'Unione europea, organizzata dall'Università di Genova,

[*] Professoressa di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa.

in onore del Professor Sergio Maria Carbone, anch'egli molto legato a Giuseppe Tesauro. Il seminario era intitolato "Effettività e diritto dell'Unione europea" e prevedeva un mio intervento sul tema del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dopo la sentenza *Rosneft*. Giuseppe Tesauro presiedeva la sessione in cui presentavo la mia relazione; nel programma del seminario il mio intervento era previsto dopo quelli di Enzo Cannizzaro e Roberto Mastroianni. Dopo la fine della seconda presentazione, ricordo che aspettavo che il Presidente mi desse la parola con la tensione che molti relatori hanno prima di cominciare il loro discorso. La presentazione del Professor Tesauro, che mi introdusse chiamandomi "Donna Sara", mi fece sorridere e distendere. Fui anche molto contenta di ricevere le sue parole gentili e di apprezzamento con riguardo al mio intervento.

Non ci sono dubbi che Giuseppe Tesauro abbia favorito lo sviluppo del processo di integrazione europea, lavorando in una delle sedi privilegiate per farlo, cioè alla Corte di giustizia. Tuttavia, non meno importante è stato il servizio reso a tutti gli studiosi che, come me, avevano amato il diritto dell'Unione europea a partire dalla tesi di laurea. Infatti, contribuendo a rendere lo IUS/14 un settore concorsuale autonomo, ha consentito agli studiosi di questa disciplina di veder riconosciuto il lavoro svolto con passione in molti anni, di studio e lavoro, sia all'estero che in Italia, al fine di approfondire la conoscenza di una materia in perenne e rapida evoluzione. Come molti colleghi, ho avuto occasione di ringraziarlo personalmente e torno a farlo ora in questa sede.

Nel breve scritto che segue mi propongo di mettere in evidenza come Giuseppe Tesauro abbia favorito la realizzazione della libertà di circolazione grazie alle sue conclusioni relative alla causa "*Surinder Singh*" del 20 maggio 1992.

2. Nella causa in esame, l'Avvocato generale ha fornito un rilevante contributo alla definizione in senso restrittivo delle cosiddette "situazioni di diritto interno[1]" promuovendo al contempo l'esercizio

[1] Per i primi studi in materia v. D. PICKUP, *Reverse Discrimination and Freedom of Movement of Workers*, in *Common Market Law Review*, 1986, p. 135 ss.; S. AMADEO, G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1221 ss.; per approfondimenti successivi si veda B. NASCIMBENE, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, [Relazione presentata al seminario di studi tenuto presso la Corte costituzionale "Diritto comunitario e diritto interno", Roma, 20 aprile 2007], in *Il diritto dell'Unione europea*,

della libertà di circolazione dei lavoratori e del diritto di stabilimento, in particolare laddove il titolare di tali diritti abbia un coniuge cittadino di un Paese terzo. Tesauro si occupa dei menzionati problemi nelle conclusioni relative alla causa *Surinder Singh*, decisa con una sentenza della Corte di giustizia[2] del 7 luglio 1992. Si tratta di una pronuncia largamente ispirata alle conclusioni dell'Avvocato generale rese qualche mese prima[3]. In questo rinvio pregiudiziale, sollevato da un giudice inglese, Tesauro ha favorito l'applicazione del diritto comunitario a situazioni che, pur essendo apparentemente interne, presentavano un fattore di collegamento con le libertà di circolazione. Proprio in virtù di questo nesso, tali situazioni dovevano essere valutate alla luce delle disposizioni del Trattato CEE e delle norme di diritto secondario che vengono in rilievo nelle circostanze del caso. Si tratta di una delle prime sentenze relative alle libertà di circolazione delle persone fisiche[4] e al diritto di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi. La Corte di giustizia, basandosi su un'interpretazione teleologica del diritto primario e delle norme di diritto secondario, ha ampliato quanto più possibile i diritti collegati alla libertà di circolazione dei lavoratori e di stabilimento di cittadini attivi[5], riconoscendo che queste possono essere invocate anche nei confronti del proprio Stato membro e non solo di quello ospite[6], come l'interpretazione letterale delle disposizioni menzionate avrebbe potuto giustificare, tradendo, tuttavia, lo spirito dei Trattati.

2007, p. 717 ss. Si vedano anche i lavori di N. Shuibhne, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?*, in *Common Market Law Review*, vol. 39, n. 4, 2002, p. 731 ss.; E. Spaventa, *Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects*, in *Common Market Law Review*, vol. 45, n. 1, 2008, p. 13 ss e F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010. Per un esame completo e aggiornato del tema v. A. Arena, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

[2] Sentenza della Corte del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Singh*.

[3] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 20 maggio 1992, causa C-370/90, *Singh*.

[4] Si trattava delle libertà di circolazione dei lavoratori e di stabilimento di cui agli articoli 48 e 52 del Trattato CEE.

[5] I cittadini inattivi (studenti o pensionati) non sono coperti dalla giurisprudenza Singh. H. Toner, *New Regulations implementing Directive 2004/38*, in *Journal of Immigration and Asylum and Nationality law*, vol. 20, n. 3, 2006, p. 165.

[6] I diritti collegati alla libera circolazione potevano essere fatti valere nei confronti dello Stato ospite. Invece, non c'era alcun riferimento né nell'art. 48 e neppure nell'articolo 52 del Trattato CEE allo Stato di origine del beneficiario delle libertà di circolazione. Infatti, quest'ultimo non poteva, in virtù di norme di diritto internazionale consuetudinario, limitare i diritti di ingresso e di soggiorno dei propri cittadini.

Peraltro, il caso del ritorno del cittadino comunitario nel Paese di origine non è disciplinato dalla direttiva 2004/38[7].

3. Nel rinvio pregiudiziale che stiamo esaminando il giudice dell'Unione si trovava ad interpretare l'art. 52 del Trattato CEE e la direttiva 73/148 che disciplinava la soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi ma anche l'art. 48 del medesimo Trattato. La lite riguardava il sig. Singh, cittadino indiano, coniuge di una signora inglese (da cui aveva poi divorziato) e le competenti autorità in materia di immigrazione del Regno Unito. Queste ultime avevano adottato un decreto di espulsione nei confronti del cittadino straniero, prima che fosse emanata la sentenza definitiva in materia di divorzio. Il ricorrente aveva impugnato il provvedimento e il giudice del rinvio aveva chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se le norme del Trattato e il diritto secondario consentissero di escludere l'espulsione. Ciò in quanto, al tempo in cui i due coniugi erano legati dal vincolo del matrimonio, si erano trasferiti in Germania e avevano svolto per due anni un'attività di lavoro subordinato in tale Paese, sulla base del diritto alla circolazione dei lavoratori (*ex* art. 48 del Trattato CEE). Il Sig. Singh, in quanto coniuge di una cittadina di un Paese membro, aveva potuto stabilirsi in Germania, beneficiando dei diritti stabiliti dal Trattato a favore dei lavoratori (in questo caso la moglie) e dall'art. 10 del regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612. Poi, la coppia aveva deciso di rientrare nel Regno Unito per avviare un'attività commerciale; la cittadina inglese diventava così una "migrante comunitaria circolare". Il cittadino indiano aveva ottenuto inizialmente un permesso di soggiorno temporaneo ma, in vista del divorzio, come già accennato, le competenti autorità inglesi non glielo avevano prolungato.

Per il giudice dell'Unione si trattava di stabilire se esistevano i presupposti per sottoporre la fattispecie al diritto comunitario anziché a quello nazionale in materia di immigrazione. L'ostacolo principale era costituito dal fatto che la libertà di stabilimento, come disciplinata dalle disposizioni della direttiva n. 73/148, fino ad allora era stata invocata da cittadini dei Paesi membri al fine di trasferirsi, insieme ai loro coniugi (a prescindere dalla nazionalità) in un altro Stato membro. Viceversa,

[7] Sentenza della Corte del 10 maggio 2017, C-133/15, *H.C. Chavez-Vilchez*, punto 55.

non si era mai presentato un caso che mettesse in concorrenza, per così dire, le disposizioni nazionali in materia di ingresso[8] e soggiorno di cittadini di Paesi terzi con quelle del diritto comunitario relative al diritto di stabilimento.

La Commissione sosteneva che la situazione alla base della lite, che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale, rientrasse nel campo di applicazione del Trattato CEE in quanto la sig.ra Singh, al rientro nel suo Stato di origine, era nella stessa posizione del cittadino di un altro Stato membro che si stabiliva nel Regno Unito e desiderava farsi accompagnare dal coniuge, cittadino di un Paese terzo. Sulla base del principio di non discriminazione di cui all'art. 7 del Trattato CEE, le due situazioni dovevano essere trattate nello stesso modo.

Al contrario, il Regno Unito, che presentava osservazioni nella causa in esame, faceva valere che alla fattispecie dovesse applicarsi il diritto nazionale. La moglie del Sig. Singh, cittadina britannica, non si trovava in una situazione analoga a quella di un cittadino di un Paese delle Comunità che esercita la libertà di circolazione poiché era soggetta alle norme del Paese di origine al rientro dalla Germania.

4. Nelle sue conclusioni l'AG Tesauro ripercorreva la giurisprudenza della Corte di giustizia in cui erano state individuate "situazioni puramente interne". Poi, metteva in evidenza che le circostanze della causa in esame sono diverse da quelle venute in rilievo nella giurisprudenza relativa al diritto alla libera circolazione dei lavoratori in cui questi ultimi non avevano svolto attività professionale o lavorativa in altri Paese membri. Infatti, i coniugi *Singh* avevano esercitato la libertà di circolazione dopo il matrimonio, usufruendo dei diritti derivanti dalla normativa comunitaria relativa alla libera circolazione dei lavoratori (il reg. 1612/68). Successivamente, avevano cercato di avvalersi di tali diritti nei confronti del Paese di origine del beneficiario di tale libertà in cui avrebbero svolto un'attività commerciale. Dunque, alla fattispecie in esame era applicabile il diritto comunitario; in particolare rilevavano l'art. 52 del Trattato CEE e la direttiva n. 73/148/CEE. Tesauro mette in evidenza che la Corte di giustizia aveva già chiarito che le norme sulla libertà di stabilimento in determinate circostanze potevano essere invocate dai cittadini di uno Stato membro nel proprio Paese d'origine[9]. In un successivo passaggio ricorda come il giudice comunitario avesse

[8] Si trattava dell'*Immigration Act* del 1971.

[9] Sentenza della Corte del 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoors*.

stabilito che la sopra menzionata disposizione ostava ad una normativa che avesse l'effetto di porre in condizione di "svantaggio" l'esercizio di attività lavorative in un altro Stato membro[10]. L'espressione virgolettata sarà poi ripresa e rielaborata al punto 19 della pronuncia della Corte di giustizia in cui quest'ultima conia l'"effetto dissuasione" delle libertà di circolazione.

L'AG riconosceva che l'applicazione della normativa britannica sull'immigrazione non aveva avuto l'effetto di sfavorire l'esercizio di un'attività lavorativa in un altro Stato membro; infatti, i due coniugi si erano recati in Germania e pur avendo esercitato il proprio diritto di libera circolazione, non si trovavano in una posizione meno favorevole di una "coppia statica". Tuttavia, Tesauro rilevava che il Sig. Singh avrebbe potuto maturare il diritto ad ottenere un permesso di soggiorno nel Regno Unito se la coppia fosse rimasta in questo Paese. Pertanto, l'applicazione delle norme interne penalizzava il diritto di circolazione. Seguiva poi un esame dei diritti discendenti dalla libertà di stabilimento che portava l'AG a concludere che il tenore letterale della direttiva 73/148/CEE non escludeva che ai familiari di un lavoratore stabilito in altro Stato membro fosse precluso di invocare i diritti che la direttiva accordava loro. Secondo Tesauro, i casi come quelli della coppia Singh erano marginali; inoltre, gli Stati membri non si potevano opporre al soggiorno dei familiari dei propri cittadini, a meno non vi fossero fondati dubbi sull'aggiramento della normativa in materia di immigrazione. Veniva così messo in rilievo il rischio che si potesse utilizzare le norme sulle libertà di circolazione in maniera strumentale, cioè per ottenere vantaggi, non collegati al diritto di trasferirsi in altro Stato membro. La conclusione cui giungeva Tesauro era che l'esclusione dal beneficio del diritto di soggiorno dei familiari di un cittadino che rientrava nel proprio Paese, dopo aver lavorato in altro Stato membro, costituiva un ingiustificato ostacolo alla libera circolazione e una discriminazione rispetto ad un lavoratore che si trovava nella stessa situazione ma che aveva una nazionalità diversa. Qui Tesauro si riferisce al cittadino di un Paese membro che lavora nel Regno Unito (Stato ospite) e, in virtù del diritto comunitario, può soggiornare nel Paese con un coniuge proveniente da uno Stato terzo.

L'AG esaminava poi i rilievi del Regno Unito che sosteneva che la sig.ra Singh al suo rientro avesse esercitato i diritti che derivano

[10] Sentenza della Corte del 7 luglio 1988, causa 143/87, *Stanton*; sentenza della Corte del 27 settembre 1988, causa 81/87, *The Queen c. Treasury*.

dall'*Immigration Act* del 1971 in quanto cittadina britannica e non quelli di derivazione comunitaria. Il governo inglese aggiungeva che di solito le norme interne accordavano ai cittadini nazionali diritti di ingresso e soggiorno più ampi di quelli previsti da norme comunitarie. Ebbene, Tesauro, pur concedendo che ciò fosse vero, rilevava che poteva accadere anche il contrario: la normativa comunitaria era suscettibile di attribuire alle persone che esercitavano le libertà di circolazione e, eventualmente ai loro congiunti, diritti di ingresso e soggiorno più ampi di quelli riconosciuti dalla legislazione nazionale. Su queste considerazioni si ritornerà nel paragrafo 5.

L'ultimo problema affrontato dal governo inglese riguardava l'abuso delle libertà di circolazione; la tesi era che esisteva un legittimo interesse da parte delle autorità nazionali a voler impedire ai propri cittadini e ai loro coniugi di eludere le condizioni poste dalla normativa interna. Ebbene, queste preoccupazioni erano considerate meritevoli della massima attenzione dall'AG. Proprio per evitare i rischi di abuso la Corte di giustizia ha precisato, molti anni dopo la sentenza Singh, che il soggiorno del cittadino del Paese terzo che è un familiare del cittadino europeo mobile deve essere "effettivo" nello Stato ospite. Altrimenti, l'"effetto dissuasione" non opera[11].

Tesauro perveniva alla seguente conclusione: se le norme del Trattato CEE attribuiscono diritti più ampi di quelle nazionali non si vede perché il coniuge di un lavoratore comunitario, che rientri nel Paese di origine, debba vedersi privato di tali diritti. Ciò non toglie che se fossero venuti meno i presupposti dell'applicazione delle norme comunitarie, la persona in questione, sarebbe stata costretta a partire, se priva di altro titolo per rimanere nel territorio dello Stato ospite. Qui il riferimento è alla situazione del cittadino di un Paese terzo che divorzia dal partner comunitario. Infatti, nella fase del processo di integrazione europea che veniva in rilievo nelle circostanze della causa Singh, la cessazione del matrimonio con cittadini degli Stati membri comportava la perdita dei benefici di cui i coniugi, provenienti da Stati terzi, godevano per effetto del legame familiare. La loro posizione era fragile: ciò in quanto godevano dei loro diritti a titolo derivato. Tale vulnerabilità è stata attenuata con l'adozione della direttiva n. 38/2004[12], poiché essa

[11] Sentenza della Corte del 12 marzo 2004, cause riunite C-456/12 e C-258/12, *O e B*, punto 56.

[12] *Ibidem*, punti 37-43.

individua una serie di circostanze in cui il divorzio non osta al diritto di soggiorno.

All'epoca in cui Tesauro rendeva le sue conclusioni non era facile adottare un'interpretazione integrazionista delle disposizioni del Trattato CEE; ciò anche perché le norme nazionali che venivano in rilievo nella causa in esame (l'*Immigration act* del 1971 del Regno Unito) erano relative al settore dell'immigrazione, ambito che è diventato di comune interesse per gli Stati membri solo a partire dal 1993.

Pur avendo favorito con la sua analisi giuridica, le libertà di circolazione, allo stesso tempo, Tesauro evidenziava l'interesse legittimo degli Stati membri a contrastare i tentativi di sottarsi all'imperio delle leggi da parte di taluni dei loro cittadini[13]. La possibilità di prendere tutte le misure necessarie per evitare l'abuso del diritto dei diritti di circolazione sarà poi riconosciuta anche dalla direttiva n. 38/2004[14].

5. La Corte di giustizia accoglieva nella sua sentenza la soluzione proposta dall'AG sia con riguardo all'applicabilità del diritto comunitario alla fattispecie in esame, sia in relazione all'obbligo per lo Stato membro di riconoscere il diritto di soggiorno[15], fatta salva la possibilità di escludere tale diritto laddove ci siano abusi del diritto di circolazione.

In un passaggio diventato celebre[16] il giudice comunitario riteneva che il cittadino di uno Stato membro potesse essere *dissuaso* dal lasciare il suo Paese allorché ritornava nello Stato d'origine per esercitare un'attività commerciale senza poter fruire di agevolazioni in fatto di ingresso e soggiorno almeno equivalenti a quelle di cui disponeva, in forza del Trattato CEE, nel territorio di altro Paese membro. In particolare, l'"effetto dissuasione" operava se il coniuge e i figli non poteva entrare e soggiornare nel territorio del Paese di origine del coniuge alle condizioni che si applicavano al cittadino che si spostava in altro Stato membro. Veniva fatto valere che i diritti di circolazione e di soggiorno

[13] *Ibidem*, punto 14.

[14] V. art. 35 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

[15] Peraltro, tale diritto non sarà codificato all'interno della direttiva n. 38/2004 che vede come beneficiari i cittadini di Paesi membri diversi da quello di origine e attribuisce loro (e ai loro familiari) diritti di ingresso e soggiorno nello Stato ospite ma non nello stato di origine del beneficiario a titolo originale dei diritti menzionati.

[16] Punto 19.

stabiliti dal Trattato non avrebbero potuto produrre appieno i loro effetti se il beneficiario degli stessi fosse stato dissuaso dal lasciare il suo Paese a causa degli ostacoli frapposti al rientro quanto all'ingresso e al soggiorno del coniuge.

C'è una stretta correlazione tra il concetto di "effetto di dissuasione" a cui di fa riferimento nella sentenza in esame e quello dell'"effetto utile" delle norme relative alla circolazione delle persone. Possiamo dire che le due nozioni costituiscano, per così dire, due facce della stessa medaglia. Sulla base della tecnica dell'interpretazione teleologica, la Corte di giustizia ha fatto spesso ricorso alla seconda per favorire la realizzazione delle libertà di circolazione, in assenza nel testo del Trattato CEE di riferimenti utili a risolvere i dubbi interpretativi del giudice nazionale. Nella sentenza in esame ha interpretato le disposizioni del diritto primario alla luce degli obiettivi che l'art. 3 lett. c) del Trattato si poneva: tale disposizione prevedeva che l'azione della Comunità importasse l'eliminazione tra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone[17]. È in virtù di questa considerazione che la Corte concludeva che le norme applicabili alla fattispecie dovessero essere interpretate nel senso che obbligavano uno Stato membro ad autorizzare l'entrata e il soggiorno del coniuge di un cittadino comunitario all'interno del suo territorio – indipendentemente dalla sua cittadinanza – che si fosse recato, con detto coniuge, nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi un'attività subordinata, ai sensi dell'art. 48 del Trattato CEE, e che ritornasse a stabilirsi, ai sensi dell'art. 52 del Trattato CEE, nel territorio dello Stato di cui ha la cittadinanza. Il coniuge doveva godere quantomeno degli stessi diritti che gli sarebbero spettati, in forza del diritto comunitario, se suo marito (o sua moglie) fosse entrato e avesse soggiornato nel territorio di un altro Stato membro.

Infine, il giudice dell'Unione accoglieva i rilievi dell'AG Tesauro anche con riguardo al profilo dell'abuso dei diritti circolazione. Sottolineava che le disposizioni sopra citate non consentivano ai cittadini dei Paesi membri di sottrarsi abusivamente all'applicazione delle norme nazionali e viceversa non privavano gli Stati membri della possibilità di adottare le misure necessarie per evitare tali abusi. Dunque, rimaneva il rischio di frode collegato alla pratica dei matrimoni fittizi tra il cittadino di uno Stato terzo e un cittadino delle Comunità all'unico scopo

[17] Punto 15.

di far ottenere al primo il diritto di ingresso e soggiorno[18]. Va detto, tuttavia, che il giudice comunitario avrà nel corso degli anni una scarsa propensione ad individuare situazioni di abuso nel settore della libera circolazione delle persone[19].

6. La sentenza in esame costituisce una delle tappe che ha portato a rafforzare le libertà di circolazione; in dottrina la posizione espressa in "Surinder Singh" è stata criticata poiché, secondo un'autrice, non c'erano "elementi transnazionali specifici nelle circostanze del caso"[20]. In particolare, quest'ultima rilevava che l'esercizio del diritto di trasferirsi dal Regno Unito alla Germania non desse origine a minori diritti per i *Singhs* rispetto a quelli di cui essi avrebbero goduto se fossero rimasti nel Regno Unito. Questa osservazione non è tuttavia convincente; infatti, come rilevato dall'AG Tesauro se la coppia fosse rimasta nel Regno Unito il sig. Singh avrebbe potuto maturare le condizioni per soggiornare nel territorio e anche necessarie per la naturalizzazione. Pertanto, se la Corte di giustizia avesse deciso che alla situazione che veniva in rilievo nelle circostanze della causa *Singh* fosse stato applicabile il diritto nazionale, le coppie statiche sarebbero state scoraggiate dall'esercitare le libertà di circolazione.

Veniamo agli sviluppi giurisprudenziali successivi alla sentenza *Singh*. In Carpenter viene inaugurato un filone giurisprudenziale che si basa sul "principio personalista"[21], cioè quel principio che valorizza

[18] V. in materia le linee guida fornite dalla Commissione europea per individuare gli indizi di abuso delle libertà di circolazione. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Aiutare le autorità nazionali a combattere gli abusi del diritto di libera circolazione: Manuale sul modo di affrontare la questione dei presunti matrimoni fittizi tra cittadini dell'UE e cittadini di Paesi terzi nel quadro della normativa dell'Unione in materia di libera circolazione dei cittadini dell'UE, COM (2014) 604. Per approfondimenti si rimanda a M. Di Filippo, *Can EU free movement rights be abused? Critical remarks on the "marriages of convenience clause"*, in A.M. Calamia (a cura di), *L'abuso del diritto*, Torino, 2017, p. 53 ss.

[19] Per un esame della giurisprudenza mi si permetta di rinviare a S. Poli, *Le preoccupazioni degli Stati membri per l'abuso delle libertà di circolazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2017, pp. 567-604.

[20] A. Tryfonidou, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Cambridge, 2018, p. 105.

[21] P. Mengozzi, *Principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010; R. Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo: tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, 2012.

i diritti umani, in particolare la tutela della vita familiare[22], per riconoscere il diritto di soggiorno al cittadino di un Paese terzo sposato con un cittadino di uno Stato membro. In un primo tempo, la Corte dà rilievo al diritto di cui all'art. 8 della Convenzione europea sul rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali in funzione del collegamento esistente tra il diritto di soggiorno di un cittadino di Paese terzo e i diritti di circolazione dei cittadini comunitari. Tuttavia, dopo l'introduzione nel diritto primario delle norme sulla cittadinanza europea, lo status di cittadino europeo[23] di un figlio in tenera età sarà sufficiente ad attribuire il diritto di soggiorno anche al genitore cittadino di uno Stato terzo[24], se le norme interne applicabili abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status suddetto[25]. Infatti, "la cittadinanza dell'Unione scandisce l'avvenuta "mutazione genetica" della costruzione europea, dalla originaria connotazione essenzialmente economica […], ad un'entità di più vasto respiro […]"[26].

Vale la pena sottolineare che il giudice comunitario attingerà alla giurisprudenza sull'effetto dissuasione di cui alla sentenza in esame, unitamente alle disposizioni sulla cittadinanza europea, per decidere a favore del diritto di soggiorno di familiari stranieri di cittadini comu-

[22] Sentenza della Corte dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter*.

[23] Sulla diretta invocabilità del diritto di soggiorno *ex* art. 18 comma 1 del Trattato CE v. sentenza della Corte del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*. Sullo status di cittadino europeo quale status fondamentale dei cittadini degli Stati membri, v. sentenza della Corte del 20 settembre 2011, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31. La Corte di giustizia ha poi considerato sindacabile anche la revoca della naturalizzazione in caso di frode, laddove il cittadino sia europeo. V. sentenza della Corte di Giustizia del 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, punto 48. Sul tema v. S. Marinai, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali*, Milano, 2017, pp. 156-166.

[24] Sentenza *Baumbast*, cit.; sentenza della Corte del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*; del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*.

[25] Sentenza della Corte dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, punto 42. Viceversa, laddove un cittadino dell'Unione non abbia esercitato le libertà di circolazione e non subisca alcuna menomazione dei diritti associati alla cittadinanza europea, la Corte di giustizia non ritiene applicabile il diritto dell'Unione. V. sentenze della Corte del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*; del 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*, punto 22.

[26] U. Villani, *Cittadinanza dell'Unione europea, libertà di circolazione e di soggiorno e diritti fondamentali*, in *L'integrazione europea sessant'anni dopo i Trattati di Roma*, Milano, 2017, p. 51. V. anche M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2004; M. Orlandi, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Napoli, 1996.

nitari *non attivi*[27] che al rientro nel Paese di origine, dopo aver esercitato le libertà di circolazione ed aver soggiornato nello Stato ospite, desiderano ottenere un permesso di soggiorno per il loro familiare. La Corte di giustizia ha avuto occasione di chiarire in *Jia*[28] che il diritto dell'Unione non impone agli Stati membri di rilasciare un permesso di soggiorno al cittadino del Paese terzo, membro della famiglia di un cittadino comunitario, che si è avvalso della sua libertà di circolazione, solo se il primo, in precedenza, abbia soggiornato *legalmente* (il corsivo è di chi scrive) in un altro Stato membro. Il soggiorno illegale del familiare straniero in tale ultimo Paese non inficia il diritto di soggiorno nello Stato di origine del cittadino comunitario, dopo aver esercitato le libertà di circolazione.

In controtendenza con i precedenti filoni giurisprudenziali favorevoli a riconoscere il diritto di soggiorno al cittadino di un Paese terzo, il giudice dell'Unione ha stabilito che il diritto dell'Unione non lo contempla, laddove ciò non sia necessario per garantire ai familiari, cittadini europei, uno dei diritti collegati al loro status[29]. Inoltre, il giudice comunitario ha precisato che il *ressortissant de Pays tiers* non può utilizzare né le norme di diritto derivato e neppure l'art. 21 comma 1 del TUE, per ottenere un diritto di soggiorno derivato quando il coniuge, cittadino dell'Unione interessato ritorni nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza[30], se la coppia non aveva contratto il vincolo del matrimonio prima del soggiorno nello Stato ospite.

Occorre a questo punto svolgere qualche considerazione sul diritto di soggiorno dei familiari di cittadini dell'Unione provenienti da Stati terzi. Nel corso del tempo si osserva nella giurisprudenza della Corte una progressiva attenuazione dell'importanza dell'esercizio delle libertà di circolazione del cittadino europeo per il diritto di soggiorno di un familiare, cittadino di un Paese terzo. In tempi più recenti, tuttavia, si è assistito ad un'interessante evoluzione giurisprudenziale grazie alla sentenza *Lounes*: sulla base di questa pronuncia del 2017, l'esercizio delle

[27] Sentenza della Corte dell'11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*. Per un commento v. E. Spaventa, *Family Rights for Circular Migrants and Frontier workers: O and B, and S and G*, in *Common Market Law Review*, vol. 52, n. 3, 2015, p. 753 ss.

[28] Sentenza della Corte del 9 gennaio 2007, causa C-1/05, *Yunying Jia*.

[29] Sentenza della Corte del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Murat Dereci*.

[30] *Ibidem*, punto 63. V. anche sentenze della Corte dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, punto 66; nonché dell'8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku*, punto 35.

libertà di circolazione anche se storico, cioè risalente nel tempo, consente al cittadino mobile, anche se naturalizzato, di godere di "benefici perpetui". In questa sentenza, dunque, a venticinque anni dalla pubblicazione delle conclusioni dell'AG Tesauro e della sentenza *Singh*, la Corte di giustizia si è spinta ad espandere le situazioni in cui si applica il diritto dell'UE (anziché quello interno in materia di immigrazione) per effetto delle libertà di circolazione fino al caso estremo del cittadino naturalizzato. Nelle conclusioni dell'AG Bot relative alla causa *Lounes*[31] del 2017 sono richiamate le conclusioni dell'AG Tesauro nella causa *Surinder Singh* e la relativa pronuncia della Corte. Accogliendo la soluzione proposta dall'AG, quest'ultima ha riconosciuto che una cittadina spagnola, poteva avvalersi del suo *status* di cittadina europea, pur essendo cittadina britannica da oltre 20 anni (avendo conservato la cittadinanza spagnola), al fine di far ottenere al marito, di origini algerine, un permesso di soggiorno. Il giudice dell'UE ha ritenuto che l'art. 21 comma 1 del TUE potesse essere invocato nelle circostanze del caso poiché c'era un legame sufficiente al diritto dell'Unione. In sostanza, l'esercizio delle libertà di circolazione lascia un marchio perenne sulla posizione giuridica del cittadino europeo che vale a porlo in una posizione privilegiata rispetto a quella di cui gode il cittadino statico, il quale risulterà così vittima di una discriminazione alla rovescia. Ma questa non era forse l'idea di Tesauro quando affermava che le norme dell'Unione possono attribuire ai beneficiari delle libertà di circolazione diritti più ampi di quelli previsti dalle norme interne? Probabilmente sì.

Certamente, la soluzione cui perviene la Corte di giustizia in *Lounes* può far discutere. Si può sostenere che la sentenza comporta una violazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità che è contraria al diritto primario. Infatti, la cittadina spagnola che si è avvalsa della libertà di circolazione viene a trovarsi in una posizione di "non giustificato vantaggio" rispetto ai cittadini inglesi statici, anche dopo essersi naturalizzata nello Stato ospite. Ciò anche se ha completato il processo di integrazione in tale ultimo Paese e si trova dunque, in linea di principio, in una posizione simile a quella dei suoi concittadini stanziali, cioè di quelle persone che non hanno mai dovuto affrontare gli ostacoli legati all'adattamento in un Paese ospite. Tuttavia, come è

[31] Sentenza della Corte del 14 novembre 2017, causa C-165/16, *Toifik Lounes*. V. G. Davies, *Lounes, naturalization and Brexit*, in www.europeanlawblog.eu/2018/03/05/lounes-naturalisation-and-brexit.

noto, il diritto dell'Unione "niente può fare", cioè è indifferente, rispetto alle discriminazioni alla rovescia. Sta al legislatore nazionale prendere provvedimenti interni se vuole eliminare la discriminazione[32].

Infine, considerato che il rinvio pregiudiziale nella sentenza *Singh* viene sollevato da un giudice inglese, occorre concludere brevemente con una nota sull'accordo che disciplina il recesso del Regno Unito e sulla posizione dei cittadini di Stati terzi, coniugi di cittadini inglesi che hanno esercitano la libertà di circolazione e si sono recati in altri Paesi europei, prima della notifica *ex* art. 50 del TUE da parte del Regno Unito. Anche se l'accordo protegge "per tutta la vita i cittadini europei"[33], va precisato che esso riconosce il diritto di soggiorno a cittadini di Paesi terzi nella situazione descritta, se essi si siano trasferiti in altro Stato membro insieme al coniuge inglese per i fini sopra citati ma rientrino nel Regno Unito prima del 22 marzo 2022 (entro i 5 anni dalla notifica della volontà di recedere di cui all'art. 50 TUE). Un'ulteriore condizione è che il vincolo matrimoniale fosse in essere prima dell'entrata in vigore dell'accordo di recesso (31 gennaio 2020)[34]. Si tratta di una soluzione che riprende la sentenza *Singh* e i principi giurisprudenziali della Corte di Giustizia ad essa collegati ma limita nel tempo il diritto al rientro sulla base del *withdrawal agreement.*

[32] Questa alternativa veniva sottolineata anche da chi aveva commentato la sentenza Surinder Singh poco dopo la sua pubblicazione. R. C. A., White, *A Fresh Look at Reverse Discrimination?*, in *European Law Review*, vol. 18, n. 6, 1993, p. 532.

[33] Sull'accordo di recesso del Regno Unito mi si permetta di rinviare al capitolo 14 del volume E. Bartoloni, S. Poli, *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

[34] E. Spaventa, *The Rights of Citizens under the Withdrawal Agreement: a Critical Analysis*, in *European Law Review*, vol. 45, n. 2, 2020, p. 204 ss.

UN RICORDO PERSONALE DEL PROFESSOR TESAURO

Angela Maria Romito[*]

Difficile in poche pagine ricordare la figura del Prof. Giuseppe Tesauro e riflettere sui Suoi insegnamenti. Di Lui si è scritto tanto, la Sua intensa attività accademica e professionale è nota, il Suo Manuale è una pietra miliare nello studio del diritto dell'UE, i Suoi innumerevoli lavori scientifici sono sempre attuali ed esemplari di un pensiero arguto, chiaro, coerente e lineare. Nulla di quel che si poteva scrivere non è già stato scritto e le Sue riflessioni in veste di docente universitario, di Avvocato generale della Corte di giustizia, di Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di giudice, prima, e di Presidente, poi, della nostra Corte costituzionale e non ultimo di Presidente della Associazione Italiana di studiosi del diritto dell'Unione Europea sono state scandagliate, commentate, riprese e divulgate in Italia e all'estero.

Per queste ragioni nello spazio di questa raccolta di scritti a Lui dedicati, credo che da parte mia il contributo più originale e, senz'altro più intimo, sia rendere testimonianza di un incontro che è esperienza di vita per me, ancora oggi, straordinaria.

Andando a ritroso nella memoria, ricordo che, prima ancora di conoscerlo personalmente, L'ho conosciuto tramite i Suoi scritti, avendo come tanti, studiato sul suo Manuale[1]. In quei tempi di studio "matto e disperato", nell'approcciarmi per la prima volta ad un volume "corposo", mi colpì innanzi tutto la dedica ai suoi figli "*pensando anche, con profondo rammarico, a quello che non ho dato. E chiedendo loro un sorriso, libero e gioioso, sempre*". Dettagli importanti.

Ho incontrato personalmente il Prof. Tesauro per la prima volta poco dopo la mia laurea, in occasione di una sua lezione presso l'Università di Bari organizzata dal Prof. Ennio Triggiani. Eravamo stati a pranzo insieme e con grande entusiasmo raccontava della Sua avventura presso la Corte di giustizia[2], un mondo per me allora lontano.

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] G. Tesauro, *Diritto Comunitario*, Padova, 1995.

[2] Anni dopo raccolti in un saggio. G. tesauro, *Riflessioni sull'esperienza di un Avvocato generale presso la Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 1 ss.

L'ho rincontrato anni dopo a Capri in occasione del convegno organizzato dalla Società italiana degli studiosi del diritto civile dal titolo "*Diritto Comunitario e sistemi nazionali*"[3] allorquando, insieme al Prof. Tizzano, portò la Sua testimonianza circa la centralità dell'ordinamento europeo nel sistema delle fonti.

In quell'occasione, per molti memorabile, constatai quanto chiusa e avviluppata in sé stessa ancora fosse parte della nostra, anche molto autorevole, dottrina civilistica e quanto ancora difficile potesse essere il dialogo tra ordinamenti, o meglio, tra studiosi di discipline di diversi ordinamenti.

Egli, in qualità di Presidente di sessione, ascoltò con attenzione e pazienza tutte le relazioni sulla pluralità delle fonti, sulle tecniche di integrazione e di armonizzazione, sulle scelte legislative della Commissione, sul ruolo della Corte di giustizia puntualizzando di volta in volta, con il garbo di chi è invitato e senza voler far ombra ai relatori, l'apporto del diritto all'epoca detto comunitario alla crescita e arricchimento del diritto statale, la specificità dell'ordinamento sovranazionale secondo la nota pronuncia *van Gend and Loos*[4], la necessità di intessere un dialogo permanente tra giuristi. Dinanzi al protrarsi delle relazioni che trattavano di temi importanti quali i diritti fondamentali, l'interpretazione uniforme ed il principio di effettività sempre e unicamente secondo gli schemi del diritto privato statale, Egli intervenne in modo netto e deciso, dapprima con autorevolezza, poi con autorità, unitamente ad una ironia tranchant, invitando ad abbandonare definitivamente l'approccio nazionale a tali temi per sposare, senza paura, un approccio comunitario al diritto.

Con l'onestà intellettuale che lo contraddistingueva, soprattutto avendo a cuore la affollata platea di giovanissimi studiosi, sentì l'urgenza di chiarire a tutti che il ritornello negativo sull'Europa dei mercanti, deficitaria di una base democratica, noncurante della tutela dei singoli, poteva al più giustificarsi nei primi anni Sessanta e che invece negli anni Duemila tali affermazioni potevano essere solo il frutto di una "*retorica anticomunitaria fortemente disinformata sul reale modo di essere e di funzionare dell'Unione*"[5].

[3] *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, 16-17-18 aprile 2009, Capri.

[4] Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*.

[5] Così nella sua relazione negli Atti del 4° Convegno nazionale, 16-17-18 aprile 2009, Grand Hotel Quisisana, Capri, *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010.

I due giorni di lavoro si conclusero con un invito rivolto agli astanti (autorevoli e non) ad un dialogo più fruttuoso, teso al confronto con un mondo giuridico non esotico o lontano o esterno o straniero, ma che era già da oltre 50 anni una realtà viva ed integrata nei sistemi statali, una realtà fatta di giovani, donne, lavoratori (occupati e non), disabili che muovendosi oltre i confini nazionali scoprivano la "*ricchezza del vivere insieme*". Parafrasando ed edulcorando il Suo pensiero, era passato il tempo dei film muti, ma anche quello dei film in bianco e nero e la vita vera proiettava già da tempo film a colori!

Ho avuto la fortuna, il privilegio e l'onore di confrontarmi da vicino con Lui solo nel 2014. Avevo concluso il primo lavoro monografico sul principio di effettività e la tutela giurisdizionale dei singoli e, tramite il Prof. Triggiani, avevo chiesto di avere una Sua supervisione prima della pubblicazione.

La risposta a quella mia titubante richiesta è stata sorprendente, superando di gran lunga ogni più ottimistica aspettativa.

Ricordo la Sua prima telefonata, nella quale esordì scusandosi per non avermi dato un riscontro più tempestivo. Era il giugno del 2014 e, alla vigilia delle votazioni per la carica di Presidente della Corte costituzionale, il Prof. Tesauro aveva avuto l'attenzione di dedicarsi alla lettura delle mie pagine. Dettagli importanti.

Il Suo coinvolgimento non si limitò alla complessiva valutazione della "struttura" della ricerca, ad un fugace controllo dell'indice e delle parti più salienti: Egli lesse con attenzione tutto il mio lavoro inviandomi con cadenza settimanale i capitoli con a margine le Sue annotazioni. Si soffermò in particolare sulle note, giacché – mi disse – l'avevo costretto a rileggere tutte le conclusioni da Lui rassegnate alla Corte[6] e rispolverare i Suoi scritti (anche quelli più risalenti nel tempo)[7] per essere sicuro che avessi riportato correttamente il Suo pensiero. Dettagli importanti.

[6] Tra le quasi 300 Conclusioni da Lui presentate nel periodo lussemburghese, discutemmo a lungo sulle conclusioni del 28 novembre 1995, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur SA e Factortame Ltd*.

[7] Tra tanti saggi si ricordano, a titolo esemplificativo, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Union Law*, 1993, p. 1 ss.; *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale come fattore insostituibile di crescita del sistema giuridico comunitario*, in *Scritti in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1363 ss.; *L'effettività della tutela giurisdizionale tra giudice comunitario e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Caianello*, Napoli, 2008, p. 715 ss.; *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 483 ss.

Seguirono telefonate frequenti nel tentativo di fissare un appuntamento in un periodo di certo per lui impegnativo, eppure neanche allora trascurò di cercare del tempo per discutere con una anonima ricercatrice della sua ricerca su un tema che lo appassionava. Giunse un caloroso invito a raggiungerlo nella sua casa al mare, i primi di agosto, a pochi giorni dalla nomina di Presidente della Corte costituzionale. Era lì in vacanza con tutta la sua famiglia, in un clima rilassato e gioioso. Sono stata accolta (e travolta) da semplicità, cordialità, oserei dire affetto.

Una giornata indimenticabile: tutte le ansie, la soggezione, il timore del confronto con un Maestro così autorevole sono svanite immediatamente dinanzi al Professore che, in "tenuta vacanziera", con un sorriso disarmante, allargava le braccia, mi dava un festoso benvenuto (in quello che solo dopo capii essere il luogo del Suo cuore) e mi invitava a rinfrescarmi. Si era raccomandato di portare il costume da bagno: scettica avevo obbedito, per poi trovarmi, in modo surreale, a parlare dei massimi sistemi del diritto nazionale e sovranazionale nelle limpide acque del Tirreno.

Doveva essere un giorno in cui il Professore era particolarmente gioviale perché, oltre ad includermi senza filtri nella sua sfera intima di affetti (condividendo insieme alla moglie e al figlio Alfonso i gesti semplici e famigliari del riunirsi intorno alla tavola), non mancava di interessarsi a me, alla mia vita personale, ai miei figli (di cui uno coetaneo di Suo nipote), alla difficoltà di conciliare famiglia e lavoro.

Discorremmo di tutto: dai procedimenti in Corte costituzionale, agli "amatoriali" del diritto dell'Unione europea, dal nome Beppi (rigorosamente con due p), al nipotino tifoso della Roma. Venuto a conoscenza di un mio imminente viaggio in Lettonia non tralasciò di raccontarmi della sua famiglia materna, della bellezza di Riga e delle vicissitudini di una zia alla quale per molti anni aveva inviato "beni". Raccontava del diritto dell'Unione europea (e nello specifico libera circolazione delle merci e delle persone) attraverso la vita delle persone a lui care in un modo così tanto "*romantico*" da risultare al tempo stesso avvincente e spiazzante.

In quanto madre, chiese un mio parere "*spassionato*" sulla fecondazione eterologa, tema che lo aveva impegnato pochi mesi prima, quale giudice relatore in una sentenza che ha fatto molto discutere[8]. Confidò

[8] Sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa in Italia.

del Suo travaglio e della urgenza di tutelare, oltre che le coppie sterili o infertili (che dovevano pur sempre esser libere di poter formare una famiglia arricchita dalla presenza dei figli), anche i medici che le assistevano, esonerandoli da azioni di responsabilità civile e penale. L'argomento era molto delicato, eppure con semplicità e grande rigore spiegò le ragioni che avevano portato al Suo convincimento: non potei non ammirare, ancora una volta, la capacità di saper ben guardare al "nocciolo della questione", senza essere fuorviato da polemiche e critiche strumentali che trascendevano il diritto e occupavano, invece, la politica.

In un allegro clima domestico (dopo essere stati raggiunti dal resto della famiglia per il caffè), nel pomeriggio ci confrontammo a lungo e piacevolmente sul tema del mio studio e con curiosità ed interesse mi chiese delucidazioni su passaggi che Gli apparivano poco chiari, ponendo attenzione al mio punto di vista, pronto a ribattere e sollecitare ulteriori riflessioni, in particolare sul *ricorso per amparo*[9].

Ero emozionata, ma non in soggezione, sicuramente lusingata di tanta considerazione. Il Professore non mi risparmiò il Suo tempo, né il Suo prezioso consiglio. Congedandosi mi confidò che, tra tanti riconoscimenti e successi, il Suo orgoglio più grande era la sua piccola tribù e l'unità famigliare che aveva costruito in quasi mezzo secolo di matrimonio con la signora Paola, conosciuta già ai tempi della scuola. Mi augurava pari felicità, implicitamente indicandomi delle priorità ed il giusto peso da dare ad ogni cosa.

Da allora sono ormai trascorsi più di sette anni, eppure il ricordo è talmente vivido da poter ancor oggi avvertire le stesse emozioni. Aver avuto l'occasione di trascorrere del tempo con Lui in un giorno d'estate mi ha permesso di scorgere lati della personalità che difficilmente si possono intuire in ordinari incontri di lavoro: in particolare la semplicità disarmante (tratto comune di coloro che pur consapevoli del proprio status non fanno sentire alcuno in difetto), la sua bonomia indulgente resa palese da un sorriso sornione (proprio di chi ha conosciuto il "genere umano"), lo sguardo ironico e curioso sul prossimo (indice di un

[9] Discorrendo sui possibili rimedi elaborati in seno all'ordinamento dell'Unione per ovviare alla violazione dell'obbligo di rinvio *ex* art. 267 TFUE, sostenevo che non mi sembravano essere del tutto soddisfacenti per la specifica tutela dei ricorrenti individuali. Con "leggiadria" il Professore mi portò ad esempio l'esperienza di altri ordinamenti, tra cui appunto quello spagnolo dove è ammesso il ricorso diretto individuale al Tribunale costituzionale in caso di violazione del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, mirabilmente comparandola con quella italiana.

atteggiamento aperto e fiducioso verso gli altri e verso il futuro – non solo il suo, ma soprattutto quello dei più giovani), la generosità d'animo nel prestare ascolto e attenzione ai suoi interlocutori (chiunque essi fossero, anche a chi, come me, conosceva poco).

Quel giorno per me è stato luminoso ed illuminante. Ho avuto la certezza di avere incontrato una persona fuori dal comune, non solo per cultura e competenza, ma soprattutto per umanità.

Una copia del libro gli fu recapitata con una lettera di accompagnamento "*di cuore*", talmente tanto sincera da indurlo a richiamarmi per dirmi, con ritrosia, di averlo confuso. Dettagli importanti.

Nei mesi e negli anni successivi gli incontri in ambito accademico sono stati frequenti e sempre segnati da una cordialità ed una attenzione al prossimo non comune. Solo per ricordarne alcuni: a Bari, nel 2017, in occasione della cerimonia di consegna e presentazione di studi in onore del Prof. Villani[10], con particolare affetto partecipò ad un momento di vita importante di un collega e amico di lunga data, ricordando, soprattutto ai più giovani, i rilevanti studi svolti dal destinatario degli Scritti ed elogiandone la profondità scientifica.

A Roma, presso la Corte costituzionale, allorquando la rivista *Studi sull'integrazione europea* fu insignita di un premio per la stampa storico-giuridica, con particolare delicatezza non trascurò di menzionare gli scritti di alcuni (giovani) studiosi che avevano animato il dibattito sull'Europa, plaudendo all'impegno dei direttori scientifici e condividendo con sincero convincimento lo spirito di una rivista che: "svincolata da ogni condizionamento ideologico e restando nei confini della neutralità accademica, ha proposto, un messaggio di sincera convinzione della necessità che il cammino verso l'integrazione continui il suo corso, nonostante le periodiche e inevitabili criticità"[11]. Ed ancora a Roma, in occasione del primo incontro della AISDUE, allorquando nominato Presidente della neonata Associazione, pur lusingato del riconoscimento plebiscitario da parte di tutti gli iscritti, si mostrò titubante nell'accettare l'incarico, temendo, per un gran senso di responsabilità, di non avere la forza fisica necessaria per adempiere al Suo ruolo.

[10] E. Triggiani et al., (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017.

[11] La relazione presentata il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, in occasione del conferimento a Studi sull'integrazione europea del XXV Premi "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica è stata pubblicata in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2019, p. 1.

In tempo di Covid, sono certa abbia sofferto molto della limitata socialità, eppure il Suo impegno non è scemato, sempre partecipe tra seminari online e riflessioni su una nuova straordinaria stagione dell'Unione europea[12]. Previo accordo con il Prof. Triggiani, Lo chiamai per chiedergli se potessi ancora una volta approfittare della Sua disponibilità per confrontarmi su un tema di nicchia di diritto della concorrenza[13]. Esordii azzardando sfacciatamente: "Professore, squadra che vince non si cambia! Vorrei…" Non mi fece neanche formulare compiutamente la mia istanza che mi interruppe dicendo: "Mi mandi pure tutto, sono ansioso di leggerla!".

Anche la corrispondenza intrattenuta in quell'occasione è stata frequente ed affettuosa, indulgente su alcune lacune della ricerca (necessariamente dettate dalla contingenza del momento) e alla fine (anche) il suo incoraggiamento a presentare domanda di abilitazione è stato un toccasana in un lungo periodo di assoluto e forzato isolamento. Con Lui, e grazie a Lui, sono certa, anche qualcuno dei suoi allievi più stretti si era dedicato alle mie pagine, suggerendomi, Suo tramite, come migliorare. In poco tempo avevo una ristretta cerchia di interlocutori con cui confrontarmi, nonostante la pandemia. Un dono prezioso.

Ogni qualvolta c'è stata occasione di sentirci (telefonicamente o tramite e-mail) non mancava di chiedere notizie di me, dei miei progressi, dei miei successi (e anche insuccessi), sempre pronto a incoraggiarmi. Di tanta attenzione sono sempre stata lusingata.

Per descrivere e ricordare il Professore, molti sono gli aggettivi: arguto, studioso, scrupoloso, gioviale, brillante, carismatico, disponibile, autorevole… A questi, personalmente, aggiungerei autentico: di quella autenticità che è propria delle persone di straordinaria umanità, di coloro che sono liberi, di coloro che – nonostante le difficili prove – amano la vita e non si stancano mai di confrontarsi senza pregiudizio con il prossimo e di misurarsi con entusiasmo in nuove esperienze.

Prova ne è la straordinaria carriera e la copiosissima produzione scientifica. Non vi è campo nel quale, essendosi cimentato, non abbia lasciato una traccia indelebile.

[12] Basti ricordare il Suo Post, *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, o il contributo al dibattito su Covid e diritto dell'Unione europea, *Senza Europa nessun Paese andrà lontano*, reperibili sul sito aisdue.eu.

[13] Ebbe modo di spiegarmi che era stato Lui stesso tra i primi promotori della Rete tra le autorità garanti della concorrenza (ICN) organizzando una prima riunione all'Hotel Flora di Roma, la seconda addirittura a Napoli.

Quali insegnamenti ha lasciato il Prof. Tesauro? Personalmente, direi non solo insegnamenti di scienza, ma anche, e forse soprattutto, insegnamenti di vita.

Sotto il primo profilo mi pare di cogliere un tratto comune a tutta la Sua attività scientifica – specchio riflesso della sua personalità: l'attenzione alla persona e, dunque, una lettura e interpretazione delle norme (siano esse comunitarie o nazionali, siano riferite alla tutela giurisdizionale o alla concorrenza) volta in ultima istanza alla tutela dei diritti del singolo[14]. Era affascinante ascoltarlo mentre, con l'inconfondibile stile della Sua analisi giuridica, spiegava i rapporti tra ordinamenti passando dal "livello teorico-letterario" di funzionare dei sistemi giuridici, al modo concreto ed effettivo di operatività della norma, dai temi più astratti e complessi, alla giustizia "spiccia".

Ma più di tutto, personalmente direi che il Professore ha lasciato una eredità fatta di esempio, di serietà e rigore, di onestà intellettuale, di indipendenza, di grande senso delle istituzioni e responsabilità, di rapporti umani leali e schietti, di disponibilità e generosità di cuore. Tali valori, che senza dubbio saranno stati inculcati nei Suoi figli, sono anche il segno distintivo dei Suoi allievi più stretti – per i quali nutriva un affetto filiale – i quali con lo stesso impegno e la stessa competenza, ma anche con pari cordialità, continuano oggi a rendere onore alla Sua figura nella Accademia. Ed è solo Suo tramite che posso godere della loro simpatia. Anche di questo Gliene sono grata.

Il Suo ricordo è ancora vivo ed avvolgente, mi dà coraggio nei momenti di sconforto professionale e mi tiene compagnia anche in un piovoso pomeriggio di novembre, allorché, con dispiacere mi accorgo di non poterlo più chiamare per augurarGli buon compleanno e non poter più sentire dall'alto capo del filo il suo inconfondibile: "Pronti! Pronti!".

[14] Solo a titolo di esempio valgano ricordare le conclusioni presentate per alcuni tra i più procedimenti: del 9 febbraio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, sui servizi di interesse economico generale; del 17 ottobre 1995, causa C-450/93 *Kalank*e, sulla parità tra uomini e donne: del 26 ottobre 1995, causa C-272/94, *Webb*, sulla tutela delle lavoratrici gestanti; del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. e S.*, sul transessualismo; la battaglia contro il cartello delle RC Auto, quando era presidente della AGCM; le sentenze della Corte costituzionale n. 162/2014, cit., e n. 238/2014, sulle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi dal Terzo Reich; ed ancora le riflessioni svolte, in piena pandemia, circa forme di maggiore tutela della salute dei cittadini e la limitata competenza dell'Unione europea in materia sanitaria (v. *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, cit.).

RICORDO DEL PROFESSOR GIUSEPPE TESAURO*

*Lucia Serena Rossi***

Il 6 luglio 2021, all'età di 79 anni, è morto il Professor Giuseppe (Beppi, come voleva essere chiamato) Tesauro, uno dei più insigni studiosi italiani del diritto dell'Unione europea. La sua scomparsa lascia tanto un grande vuoto nel panorama scientifico italiano, quanto una profonda tristezza in tutti quelli che hanno avuto il privilegio di conoscerlo.

Al di là dei suoi indubbi meriti scientifici e professionali, su cui tornerò fra breve, voglio subito ricordare che Giuseppe Tesauro aveva qualità umane straordinarie. Napoletano di madre lettone, aveva, forse anche a causa di questo connubio, una personalità fuori dal comune, che lo portava a cercare il contatto con le persone, con un interesse genuino e mai arrogante, e si distingueva per la sua amabilità, signorilità ed un'ironia, tanto garbata e affettuosa, quanto acuta.

Il suo *cursus honorum* è impressionante e possiamo dire che ha lasciato tracce profonde in ogni incarico che ha rivestito. Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea dal 1988 al 1998, era poi stato nominato Presidente dell'autorità antitrust italiana e, in seguito, prima giudice della Corte costituzionale ed infine, nell'anno 2014, Presidente di quest'ultima. Cessato tale mandato, dal 2015 al 2018 era stato presidente della Banca Carige. Negli ultimi anni, nonostante difficili condizioni di salute, si era attivamente dedicato alla creazione della Associazione Italiana degli Studiosi del Diritto dell'Unione europea, di cui era stato il primo Presidente.

Giuseppe Tesauro è stato un costruttore d'Europa. Vorrei ricordalo sotto tre profili, seguendo una sorta di filo cronologico: quello del professore, quello dell'Avvocato generale e infine quello di giudice – e presidente – della Corte Costituzionale italiana.

Sul piano accademico, in primo luogo, era stato allievo di Rolando Quadri, che aveva dato vita ad una eccellente e prolifica scuola di internazionalisti. Anche Tesauro aveva cominciato la sua carriera come

* Discorso pronunciato alla Corte di giustizia dell'Unione europea il 6 ottobre 2022.

** Giudice alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Tutte le opinioni sono personali e non vincolano in alcun modo l'istituzione.

professore di diritto internazionale, era stato direttore dell'Istituto di diritto internazionale della facoltà di economia e commercio dell'Università "La Sapienza" di Roma, diventando poi dal 1984 direttore della scuola di specializzazione sulle Comunità europee.

Ma l'ambito scientifico a cui si è prevalentemente dedicato in tutta la sua vita è stato il Diritto delle Comunità europee (anche dopo la creazione dell'UE continuava a chiamarlo così, spiegando che il concetto di Comunità gli sembrava fondamentale). E alla fine, ironia della sorte, era stato proprio uno dei più attivi promotori della separazione degli insegnamenti del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea nelle Università italiane, e da ultimo anche delle rispettive associazioni scientifiche.

Tesauro ha scritto moltissimi contributi scientifici, sempre con un ragionamento lucidissimo ed uno stile chiaro e vivace, ma soprattutto ha prodotto molte edizioni di un manuale di diritto europeo, che pur non essendo né il primo né tantomeno l'ultimo in lingua italiana, era a mio avviso il migliore. Un manuale che coniugava un solidissimo impianto teorico con la capacità di far vivere le sentenze della Corte di giustizia, spiegandone il filo conduttore. Io stessa l'ho utilizzato all'Università di Bologna sino al momento del mio trasferimento qui alla Corte. Tesauro aveva una straordinaria abilità comunicativa anche nelle lezioni. Nonostante i suoi numerosi impegni ha sempre continuato a tenere lezioni per gli studenti anche nelle piccole Università (ricordo un suo intervento quando all'inizio della mia carriera insegnavo nel piccolo ateneo di Urbino, e per me fu un enorme regalo), ed interveniva regolarmente nelle scuole di formazione della magistratura.

In secondo luogo, quanto alle sue conclusioni come Avvocato generale presso la Corte di giustizia, sebbene a titolo non esaustivo, merita qui ricordarne alcune, che hanno avuto un impatto notevole sullo sviluppo del diritto dell'Unione. Tesauro era un sostanzialista, profondamente attento agli esiti concreti della causa e, soprattutto, ai diritti individuali.

Sugli aspetti più sistemici del diritto dell'Unione europea, posso, innanzitutto, ricordare le sue conclusioni nella causa *Factortame*[1], nelle quali aveva sostenuto la tesi che, pur in assenza di specifiche disposizioni nazionali in tal senso, l'obbligo per il giudice nazionale di garanti-

[1] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 17 maggio 1990, causa C-213/89, *Factortame e a*.

re un'effettiva tutela giurisdizionale include anche la tutela cautelare e d'urgenza, in attesa dell'accertamento definitivo e dell'eventuale interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia.

Beppi Tesauro aveva poi esaminato diversi profili della responsabilità degli Stati membri per mancata o non corretta attuazione del diritto dell'Unione, con particolare riferimento alle direttive. Sue, infatti, le conclusioni nei casi *Brasserie du pêcheur*[2], in cui forniva alla Corte i primi elementi di quella che quest'ultima avrebbe poi definito come "una violazione sufficientemente caratterizzata", *Dillenkofer*[3], in cui opportunamente chiariva che l'eventuale assenza di colpa non esentava lo Stato dall'obbligo di risarcire il danno causato dalla mancata attuazione della direttiva e *British Telecomunications*[4]. In quest'ultima causa, precisava che, da un lato, "la discrezionalità lasciata agli Stati membri, nel trasporre una direttiva nell'ordinamento nazionale, non può comunque essere utilizzata in modo tale da compromettere lo scopo perseguito dalla direttiva di cui si tratta", e, dall'altro, che "ciò che conta è appunto un tale scopo"[5].

Inoltre, ben prima dell'introduzione del concetto di cittadinanza dell'Unione, nella causa *Micheletti*[6], Egli perveniva ad un'interpretazione autonoma, svincolata dal diritto internazionale, della cittadinanza di uno Stato membro, come status prevalente rispetto a quello di un'altra cittadinanza extraeuropea in capo allo stesso soggetto. Sempre in tema di diritti individuali, non possono dimenticarsi le bellissime conclusioni nella causa *P/S e Cornwall*[7], in cui suggeriva alla Corte, con considerazioni quanto mai attuali, di dichiarare che il licenziamento di un transessuale, in ragione del mutamento di sesso, era contrario al divieto di discriminazione fra uomo e donna.

Le sue conclusioni avevano, infine, fornito anche un contribuito importante alla giurisprudenza della Corte in materia di monopoli pub-

[2] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 28 novembre 1995, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*.

[3] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 28 novembre 1995, cause riunite C-178/94, C-179/94 e C-188/94-C-190/94, *Dillenkofer e a*.

[4] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 28 novembre 1995, causa C-392/93, *British Telecommunications*.

[5] *Ibidem*, p. 13.

[6] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 30 gennaio 1992, causa C-369/90, *Micheletti e a.*

[7] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 14 dicembre 1995, causa C-13/94, *P/S*.

blici: ad esempio nella causa *Corbeau*[8] aveva riscontrato come il monopolio legale conferito dallo Stato per un servizio pubblico, nel caso al servizio postale belga, poteva violare il diritto della concorrenza, in particolare per quanto riguarda le prestazioni che possono generare profitto.

In terzo luogo, nella sua permanenza alla Corte costituzionale italiana, Tesauro aveva impresso a quest'ultima una spinta profondamente europeista. Particolarmente rilevante fu la lettura che fece, con le due cc.dd. "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007) della riforma del titolo V della Costituzione italiana, chiarendo che in quest'ultima il diritto dell'Unione, a differenza del diritto internazionale, trova un doppio ancoraggio: non solo, nell'allora recente art. 117 (che prevede un limite alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni), ma anche – e ancora – nell'art. 11, che stabilisce che l'Italia accetta limitazioni di sovranità.

È proprio in conseguenza di questo doppio ancoraggio, ragiona Tesauro, che i giudici italiani possono disapplicare la legislazione nazionale contrastante con il diritto dell'Unione, ma non quella contraria al diritto internazionale, per la quale devono ogni volta necessariamente rivolgersi alla Corte costituzionale stessa. Ancora oggi in Italia vige questa differenza fra gli effetti del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, ivi compresa la CEDU.

Chiudo, se me lo permettete, citando un ricordo personale del mio primo incontro con Tesauro, che si svolse proprio qui alla Corte. Nel 1990 stavo terminando il dottorato e avevo pubblicato il mio primo libro. Così, come si usava una volta nell'Accademia italiana, venni a portarglielo di persona. Pur avendolo visto a molti convegni non lo conoscevo personalmente ed ero alquanto intimidita da quest'uomo gigantesco, che parlava con voce roboante e che, soprattutto, consideravo uno dei massimi esperti del diritto comunitario.

Come entrai nella sua stanza, lui mi disse: "Ah, Rossi, tu sei quella che in una nota del suo libro[9] ha scritto che se avessi visto la sentenza *Cassis de Dijon* avrei probabilmente cambiato idea rispetto a quanto ho scritto". Si trattava di un suo articolo sulla circolazione dei capitali. Io non mi aspettavo certo un simile inizio della nostra conversazione, an-

[8] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 9 febbraio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*.

[9] L.S. Rossi, *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, Milano, 1990, p. 101, nota 22.

che perché non immaginavo che avesse già letto il mio libro…e persino le note, dunque precipitai in un grande imbarazzo.

Ma l'imbarazzo durò poco perché, dopo una studiata pausa, Tesauro fece un sorriso e mi disse: "e in effetti hai ragione".

Come tanti studiosi che sono stati da lui incoraggiati, sin dall'inizio della loro carriera, in modo sincero e caloroso, sono anch'io personalmente grata al Professor Giuseppe Tesauro.

GIUSEPPE TESAURO TRA RICORDI PERSONALI, PRINCIPALI INSEGNAMENTI E L'ATTUALITÀ DEI "VALORI DEL PASSATO"

Cristina Schepisi[*]

SOMMARIO: 1. Il ricordo personale di Giuseppe Tesauro: l'attenzione per i giovani, l'umanità e la semplicità. – 2. Alcuni concetti a lui cari: il "diritto comunitario", i "Signori dei Trattati", il "giudice comune". – 3. I valori del passato e la loro attualità: mercato e persona, solidarietà e interesse comune.

1. I miei primi ricordi del Prof. Tesauro risalgono alla seconda parte degli anni '90, quando ero dottoranda di ricerca. Lo avevo già ascoltato e visto in varie occasioni e convegni ma la prima volta che lo incontrai personalmente e più a lungo fu quando lo andai a trovare nel suo Cabinet alla Corte di giustizia. Mi trovavo a Lussemburgo per alcune ricerche bibliografiche per la mia tesi di dottorato. Il tema era l'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudizi di ultima istanza e al tempo le violazioni di tale obbligo da parte dei giudici italiani (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato) erano ripetute e macroscopiche. Ma non erano ancora note ai più.

L'argomento era certamente di suo interesse e mi diede degli ottimi consigli. Quello che però mi colpì particolarmente era il tempo e l'attenzione dedicatami nonostante fossi una giovane dottoranda a lui praticamente sconosciuta. Del resto ai giovani teneva sicuramente molto e questo ebbi modo di constatarlo più volte. Ricordo sempre in quel lontano periodo che nel corso di un convegno non si dimenticò di portare a me, ed altri giovanissimi studiosi e cultori della materia, alcune sentenze della Corte di giustizia e conclusioni degli Avvocati generali appena pubblicate, che ci aveva promesso diverso tempo prima quando ci incontrò in altra occasione. All'epoca questi erano tutti documenti cartacei, e reperibili nelle biblioteche o nei centri di documentazione, solo dopo un certo lasso di tempo dalla loro adozione. Fu un piccolo gesto ma un grande regalo per noi.

Con i giovani, che ascoltava sempre volentieri, non si poneva mai al di sopra ed aveva spesso e invece interessanti scambi di opinioni. Quello

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

che dunque traspariva era una sicura voglia di imparare più che (o non solo) di insegnare. A loro volta i più giovani lo apprezzavano moltissimo e lo ascoltavano con enorme interesse. Il che era estremamente facile, perché tutti i suoi pensieri li illustrava e trasmetteva con immensa leggerezza e semplicità. Riusciva a tradurre dei concetti complessi o sentiti come lontani dal giurista "interno", con espressioni di una semplicità quasi disarmante. L'ironia (e l'autoironia) era una delle sue tante qualità, unitamente alla simpatia e all'umiltà che solo grandi giuristi e uomini sanno avere. Spesso nei convegni, in veste di presidente di sessione, ci teneva a precisare che lui avrebbe "diretto solo il traffico". Aveva invece sempre ottimi spunti da offrire. I suoi interventi – tutti connotati da grande vivacità – erano spesso estemporanei ed arricchiti da aneddoti e battute. Ribadiva (con orgoglio) che era uomo del Sud e ironizzava spesso sul suo accento "tipicamente di Pordenone o di Bolzano" per sottolineare invece la sua origine napoletana a cui teneva molto.

Come moltissimi altri colleghi, continuai ad incontrarlo in svariate occasioni in giro per l'Italia; ma una collaborazione più stretta la instaurai negli anni successivi alla mia chiamata (nel 2005) come professore associato all'Università Parthenope di Napoli. Giuseppe Tesauro aveva allora già assunto il ruolo di giudice della Corte costituzionale. Passando gran parte del tempo tra Roma e Napoli si moltiplicarono le occasioni di incontro. All'epoca assunse anche il ruolo di Presidente dell'AIGE e collaborai con lui su alcuni progetti (ricordo con piacere un progetto della linea Jean Monnet dal titolo *Competition and Effective Judicial Protection*, dal quale scaturì un Volume collettaneo a sua cura, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale,* per la pubblicazione del quale mi chiese personalmente di dargli una mano). Anche a Napoli lo vidi molto. Lo invitai per alcune *lectio* e per presiedere svariati Convegni. Quello che sempre mi colpiva è che in questi convegni accorrevano ad ascoltarlo colleghi e studiosi non solo del diritto dell'Unione europea ma anche di materie o settori diversi. E ciascuno aveva anche motivi personali ed affettivi per venire anche solo a salutarlo. Era infatti conosciuto e benvoluto da tutti nella città di Napoli.

Risalendo a periodi più recenti ricordo con molto piacere invece alcune chiacchierate "giuridiche" al telefono. Mi chiamò una sera all'ora di cena (era più o meno la fine di gennaio del 2018) perché aveva appena letto un mio commento a caldo (e apertamente critico) sulla sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, pubblicato qualche giorno prima sulla rivista *Il diritto dell'Unione europea*. Mi disse che il giorno dopo avrebbe partecipato ad un convegno a Firenze proprio su quei

temi e voleva pertanto avere uno scambio di opinioni. Quel che ancora una volta mi colpì non fu solo il generoso giudizio sullo scritto, quanto il voler lui avere conferma da me (ma sarebbe stato logico il contrario!) delle sue non piccole perplessità sui contenuti di tale sentenza. Il che dava ancora una volta evidenza della sua grande apertura ed umiltà.

L'ultima chiacchierata in ordine di tempo fu invece sul caso *Randstad,* allora ancora pendente. Discutemmo sui possibili esiti dei quesiti sottoposti alla Corte ma il nodo centrale verteva sul dibattito, in corso tra studiosi di diritto dell'Unione e di diritto nazionale, sull'eventuale diversa prospettiva con la quale la questione sarebbe stata affrontata dalla Corte: la verifica circa l'(in)esistenza di rimedi nazionali per riparare una violazione dell'obbligo di rinvio, o l'analisi dei principi processuali che ostacolassero il rinvio pregiudiziale. Seguendo la prima (e cioè se la Corte di cassazione, anche alla luce della sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, potesse essere adita per far valere un difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato, per aver quest'ultimo statuito omettendo di rinviare alla Corte di giustizia una questione interpretativa) era abbastanza chiaro che la questione sulla giurisdizione sarebbe stata riguardata come "interna". Ponendo invece l'attenzione sul meccanismo di rinvio pregiudiziale (e dunque sulla violazione dell'obbligo da parte del Consiglio di Stato e sul potere della Corte di Cassazione di sollevare a sua volta un rinvio pregiudiziale), veniva subito in evidenza come l'art. 111 Cost e la sentenza n. 6/2018, potessero costituire un ostacolo per il giudice di ultima istanza (nella specie la Cassazione) a rivolgersi alla Corte di giustizia e per l'effetto potessero essere disapplicate. La Corte adott*ò, come noto,* una soluzione molto prudente, ma quella chiacchierata fu comunque molto proficua.

2. L'insegnamento che resta di Giuseppe Tesauro è enorme e spazia a 360 gradi su tutti gli aspetti, sia istituzionali che materiali, del diritto dell'Unione europea. Nell'ambito della sua eredità giuridica, e volendo menzionare sinteticamente solo alcuni profili, quel che particolarmente mi rimane – e sicuramente non solo a me – sono, tra i mille altri, alcuni concetti e termini chiave, particolarmente semplici, che spesso mi ritrovo a ricordare durante le lezioni dei corsi universitari di diritto dell'Unione europea.

Giuseppe Tesauro – che ha contribuito in maniera determinante, come accademico e come uomo delle istituzioni, alla crescita e affermazione del diritto dell'Unione europea – preferiva ad esempio continuare a riferirsi al "diritto comunitario".

Benché l'Unione europea e il diritto dell'Unione europea costituiscono una forma estremamente più avanzata della Comunità europea, il termine "*comune*" e "*comunitario*" hanno sempre suscitato nel suo pensiero l'idea di una comunanza di valori, il voler mettere "in comune", condividere libertà e diritti, avanzare insieme. Una comunione di popoli, di persone, di regole. In questo senso l'accezione "diritto comunitario" doveva continuare a restare viva, come un concetto più sostanziale che meramente giuridico-formale. Come è noto, il Prof. Tesauro, come altri giuristi della sua generazione, proveniva dagli studi del diritto internazionale e la allora Comunità europea, come ora l'Unione europea, era fondata su un Trattato internazionale. Lui ha sempre ricordato questo aspetto pur sottolineando con forza, come del resto la Corte di giustizia ha fatto sin da tempi antichi, l'originalità dell'ordinamento "comunitario" in quanto ordinamento che guarda non solo agli Stati ma anche ai soggetti privati e alle persone fisiche, creando diritti e obblighi direttamente in capo ad essi.

Da un lato quindi i soggetti privati e i loro diritti. L'ho spesso sentito porgere questa provocatoria domanda: "*cos'è un diritto se non può essere fatto (effettivamente) valere dinanzi ai giudici nazionali?*" È una riflessione se vogliamo scontata ma allo stesso tempo illuminante se la si legge attraverso la lente del diritto comunitario, quanto meno nelle fasi iniziali della sua evoluzione. Il riconoscimento dei diritti ai singoli e l'efficacia (orizzontale e verticale) delle norme dei Trattati, ma anche dei regolamenti e – a certe condizioni – delle direttive ha costituito una "rivoluzione" per un ordinamento che trae origine da un trattato internazionale. Ma non basta. Come a tutti noto, occorre infatti che tali diritti, una volta riconosciuti, siano anche *enforceable*, trovino cioè pienezza nell'attivazione di efficaci rimedi processuali dinanzi ai giudici nazionali, anche attraverso la disapplicazione di previsioni nazionali che possano ostacolare una tutela "equivalente" tra situazioni di derivazione interna e "comunitaria" o che più in generale non garantiscano l'effettività della tutela giurisdizionale.

Dall'altro lato gli Stati, che rimangono i *Signori dei Trattati*, altra espressione che lui utilizzava spesso. Con tale accezione, tuttavia, non voleva affatto sottolineare la contrapposizione tra una sovranità statale e una "sovranità" dell'Unione europea, bensì il ruolo che gli Stati hanno da sempre avuto in positivo nella costruzione dell'integrazione europea, in una collaborazione costante (o quanto meno è l'auspicio) con le istituzioni europee. Gli Stati, dunque, anche come garanti dei diritti dei privati. Di qui la loro responsabilità (anche risarcitoria) nel caso di gra-

ve e manifesta violazione di tali diritti. L'introduzione di tale rimedio è stata, come noto, vista come rivoluzionaria e vede la sua origine dal caso *Francovich* del 1991. Dopo tale caso è stato proprio il Prof. Tesauro in veste di Avvocato generale, a precisare nelle sue conclusioni ai casi *Factortame III* e *Brasserie du pêcheur*, a metà degli anni '90), i requisiti per il sorgere di tale responsabilità e a consentire alla Corte di "consacrare" tale rimedio come principio generale del diritto comunitario, estendendolo a tutti i casi di violazione (grave) da parte di uno Stato membro.

Il garante dei diritti dei soggetti privati in sede nazionale è ovviamente il giudice o, come Giuseppe Tesauro preferiva chiamarlo, il "*giudice comune*", cioé il giudice comunemente (e diffusamente) deputato alla tutela dei singoli in giudizio. L'accezione era usata non per sminuirne il ruolo ma, esattamente al contrario, per enfatizzarne l'importanza Anche il giudice di un paesino sperduto (molti ricordano l'ipotetico riferimento ad un fantomatico "giudice di Roccacannuccia"), chiamato a dirimere una questione di poche lire, avrebbe potuto contribuire all'evoluzione del diritto comunitario (chi ad esempio non ricorda, tra i tanti, il caso Faccini Dori).

Egli riponeva dunque un'enorme fiducia nell'operato dei giudici, e soprattutto aveva cieca fiducia nella chiave di volta del sistema giurisdizionale comunitario: il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Il dialogo con la Corte di giustizia dà infatti vita ad una virtuosa circolazione di principi tra gli ordinamenti e consente ai giudici nazionali di sentirsi parte di un sistema di tutela giurisdizionale unitario, anzi, per dirlo con le parole della Corte di giustizia, "completo e coerente". E se a tale dialogo contribuisce anche la Corte costituzionale italiana lo si deve certamente anche a Giuseppe Tesauro. Fu proprio durante la sua permanenza che la Consulta effettuò il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in occasione di una questione posta in via incidentale (il caso riguardava la "tassa sul lusso" della Regione Sardegna, con potenziali ostacoli sia alla libera prestazione dei servizi che alla disciplina sugli aiuti di Stato).

3. Riguardo, infine, ad alcuni suoi pensieri e ragionamenti che certamente conservo quello che ho sempre trovato di interesse è la frequente rievocazione da parte sua dei valori del passato, sottolineandone la continua attualità.

Giuseppe Tesauro menzionava ad esempio spessissimo una delle sentenze a lui particolarmente care, la sentenza *van Gend en Loos* (di antichissima data, era il 1963), vertente sul divieto dei dazi doganali e

sulla possibilità che l'(allora) art. 12 del Trattato conferisse all'importatore dei diritti soggettivi (il diritto di opporsi al pagamento del dazio in quanto titolare del diritto di importare liberamente le merci in un altro Stato membro). Molto linearmente la Corte rispondeva che, con l'instaurazione del *mercato comune*, il Trattato *incide direttamente sui soggetti* della Comunità, dunque "implica che esso va al di là di un accordo che si limiti a creare degli obblighi reciproci tra gli Stati contraenti".

Il riferimento a tale sentenza è contenuto proprio nell'ultimo e recentissimo articolo da lui scritto, datato 18 giugno 2021 (www.aisdue.eu/web/wp-content/uploads/2021/06/Post-Giuseppe-Tesauro) e che sintetizza molto bene il suo pensiero. Egli, parlando sia dell'evoluzione del mercato che della tutela dei diritti ha, in particolare, ricordato che: "In origine, al centro del sistema c'era il mercato comune con la quattro libertà ed in particolare fu privilegiata la libera circolazione delle merci. Ciò non giovò all'idea di Europa, da molti considerata e qualificata Europa dei mercanti, termine assolutamente improprio e ingiusto almeno per chi ne ha una conoscenza adeguata. La Comunità fu realizzata per la pace: e pace è stata, per un tempo mai così lungo. Ma non c'è solo questo successo. Soprattutto per merito della Corte il baricentro del sistema si è spostato verso la libertà di circolazione delle persone che ha prodotto effetti di grandissimo rilievo".

Il riferimento continuo (e contestuale) al mercato e ai diritti della persona è peraltro anche il riflesso delle sue molteplici esperienze istituzionali (Avvocato generale alla Corte di giustizia, Presidente dell'AGCM, Presidente della Corte costituzionale). Ben può l'attenzione rivolta alla centralità della persona e dei suoi diritti essere coniugata con quella riposta sulle regole del mercato. Mercato e persona erano e restano obiettivi fondamentali nel processo di costruzione dell'Unione europea e non sono affatto concetti antitetici o necessariamente contrapposti. La tutela dei diritti dei singoli può infatti contribuire ad un migliore funzionamento del mercato.

Sulla base delle ultime riflessioni contenute in quello stesso contributo, Giuseppe Tesauro ha inoltre indicato sinteticamente come anche le più recenti evoluzioni del sistema dell'Unione debbano molto a tali iniziali principi incardinandosi su di essi, seppur con saltuarie ma fisiologiche incertezze, presenti in ogni processo di evoluzione. Egli infatti scrive: "I valori sui quali si è fondato il processo di integrazione sono anche a prima lettura rimasti quelli delle origini: si sono semmai consolidati ma sicuramente non indeboliti, nonostante qualche criticità in gran parte senza conseguenze negative irreversibili".

D'altra parte, continua il Prof. Tesauro, "È pur vero, come notava Schuman, che "L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme". Lo scritto termina con un auspicio: "È necessario soprattutto che sia fatto un altro piccolo passo verso un'Europa che realizzi "anzitutto una solidarietà di fatto" (Dichiarazione Schuman); una *solidarietà* che si concretizzi in azioni concordate, caratterizzate da una sostanziale convergenza o da identità di interessi".

Dell'emersione di un vero e proprio principio di solidarietà, dei suoi contenuti e degli effetti si è discusso molto negli ultimi tempi e molte sono le pubblicazioni scientifiche e monografie che hanno riguardato tale tema. Benché la parola "solidarietà" ricorra moltissimo nelle nuove versioni dei Trattati, questo era un termine inizialmente poco conosciuto.

Non è stato tuttavia assente nei ragionamenti anche iniziali della Corte di giustizia. E si salda perfettamente con il concetto di *interesse comune*, da sempre invece presente nei Trattati e che – per tornare al punto da cui eravamo partiti – evoca quello spirito *comunitario*, tanto caro a Giuseppe Tesauro.

Cercando molto umilmente di immedesimarmi nel suo pensiero, mi piace infatti ricordare, che è proprio in epoca antichissima, nella sentenza *Commissione c. Francia*, del 1969 (in una questione collegata alla materia degli aiuti di Stati e agli squilibri della bilancia dei pagamenti) che troviamo uno dei primissimi riferimenti sia al principio di solidarietà che all'interesse comune.

Nella fattispecie la Commissione aveva ritenuto che "un tasso di risconto preferenziale all'esportazione, concesso da uno Stato a favore dei soli prodotti nazionali esportati, onde renderli concorrenziali negli altri Stati membri nei confronti dei corrispondenti prodotti interni, costituisce un aiuto ai sensi dell'articolo 92 [ora art. 107]".

Ritenendo che la concessione di un aiuto di Stato costituisse una "misura unilaterale" contraria agli obblighi imposti agli Stati dal Trattato, la Corte di giustizia aveva precisato che "Benché, a norma dell'art. 104 del trattato, gli Stati membri debbano garantire l'equilibrio "della loro bilancia globale dei pagamenti" e la costante fiducia nella rispettiva moneta, tuttavia gli artt. 105 e 107 impongono loro l'obbligo di coordinare a tale scopo le loro politiche economiche e di considerare le loro politiche dei cambi come un problema *d'interesse comune*. Gli artt. 108, n. 3, e 109, n. 3, conferiscono alle istituzioni comunitarie poteri di autorizzazione e d'intervento che non avrebbero senso se gli Stati membri, col pretesto che la loro azione rientra unicamente nella politica moneta-

ria, potessero derogare unilateralmente, e al di fuori del controllo di dette istituzioni, agli obblighi loro derivanti dalle disposizioni del trattato".

Gli obblighi a cui si vincolano solidarmente gli Stati sono tuttavia strettamente funzionali, come ricorda la Corte, ai vantaggi. Infatti "La solidarietà, che sta alla base di questi obblighi come pure del sistema comunitario nel suo complesso [...] trova un corollario, a vantaggio degli Stati, nella procedura di mutua assistenza di cui all'articolo 108, prevista per il caso di grave minaccia di squilibri nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro. L'esercizio dei poteri che gli Stati si sono riservati non può quindi giustificare l'adozione unilaterale di misure vietate dal trattato"[10].

L'attualità di tali espressioni è indubbia. In chiave più moderna, e cioè nell'ottica del *Next Generation EU* e del *Recovery Plan* il principio di solidarietà e il comune interesse consentono ad esempio agli Stati di trarre vantaggio dall'ingente iniezione di finanziamenti e concessione di prestiti agevolandoli in una rapida ripresa economica, ma esigono al contempo la condivisione di oneri e soprattutto il rispetto delle norme del Trattato a tutela del mercato interno, evitando fughe unilaterali.

L'articolo menzionato si intitola: *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, pubblicato sul sito dell'AISDUE. Ecco, credo che un suo contributo di indiscussa attualità – che è anche un metodo di studio – sia in conclusione proprio quello di aver sempre guardato all'Europa come a un sistema in continua evoluzione, minimizzando peraltro i momenti di crisi in quanto fisiologici (alla *Brexit* non dava infatti particolare enfasi, posto che, come teneva lucidamente a precisare, il Regno Unito non solo non era un Paese fondatore ma aveva sempre tenuto "*il piede in due scarpe*") e ritenendo certamente opportune delle revisioni ai Trattati, purché nel rispetto dei principi fondanti della costruzione europea, cioé i "valori del passato", da lui considerati sempre attuali.

[10] Punti 18 e 19. V. anche sentenza della Corte del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, punto 24 e 25. Sul principio di solidarietà, v. anche sentenza della Corte del 7 febbraio 1979, causa 128/78, *Commissione c. Regno Unito*, punto 12, secondo cui "nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto [dell'Unione] e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini [...]; questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico [dell'Unione]".

MONETA UNICA, DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E RESTRIZIONI ALL'UTILIZZO DEL CONTANTE

Lorenzo Schiano di Pepe[*]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Introduzione dell'euro e progressiva adozione da parte degli Stati membri (e non). – 3. Corso legale dell'euro e adempimento delle obbligazioni di pagamento. – 4. Misure restrittive all'utilizzo del contante nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. L'esperienza italiana: restrizioni all'utilizzo del contante e regime sanzionatorio. – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il 21 marzo 2000 il Prof. Giuseppe Tesauro, nella sua qualità (all'epoca) di Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, fu audito dalla V Commissione permanente della Camera dei Deputati "Bilancio, Tesoro e Programmazione", allora presieduta dall'On. Augusto Fantozzi, nel quadro di un'indagine conoscitiva "sulla competitività del sistema Paese di fronte alle sfide della moneta unica e della globalizzazione dei mercati". Il suo intervento, di cui è disponibile online il resoconto stenografico[1], si focalizzò principalmente su "alcuni profili di particolare interesse per l'antitrust"; in esso non mancarono, tuttavia, alcune considerazioni di carattere più generale e sistematico relative all'importanza per l'Italia della partecipazione all'unione monetaria definita "un potente strumento di convergenza, consentendo a tutti, una volta a regime, agevoli confronti sui prezzi e sulla qualità di beni e servizi tradizionalmente caratterizzati da un mercato locale o nazionale" strumentale rispetto a "una maggiore accettazione anche sociale delle politiche di liberalizzazione che potrebbero essere adottate tramite un processo politico impostato dal basso e non più, come oggi troppo spesso avviene, imposte dal centro a Stati membri riluttanti".

Questo contributo, nel ricordo dei molteplici ruoli ricoperti dal Prof. Tesauro nel suo percorso professionale quale accademico, Avvocato generale, Giudice costituzionale e più in generale alto funzionario pubblico (che lo ha visto, tra l'altro, protagonista dell'audi-

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Genova.

[1] Documento disponibile all'indirizzo www.agcm.it/dotcmsDOC/audizioni-parlamentari/old/TESAURO%2021-3-2000.pdf.

zione parlamentare appena evocata), ambisce ad esplorare un tema direttamente collegato alla disciplina giuridica dell'euro, che è stato oggetto di crescente attenzione nel nostro Paese in ragione di alcuni recenti provvedimenti normativi cui si farà riferimento più avanti e che qui ci si limiterà a trattare nella stretta prospettiva del diritto dell'Unione europea: le restrizioni all'utilizzo del denaro contante in favore di forme di pagamento alternative, in particolare di tipo elettronico.

Il punto di partenza dell'analisi non potrà che essere rappresentato dal contributo offerto, in materia, dal diritto primario e derivato dell'Unione (oltre che da altre fonti in senso lato di *soft law*)[2]. A ciò seguiranno un esame delle prime pronunce giurisprudenziali che constano in materia e, infine, alcune considerazioni in ordine alla compatibilità dell'ordinamento italiano con il diritto dell'Unione europea sotto questo specifico profilo.

2. Molta acqua, come si dice in questi casi, è passata sotto i ponti dall'audizione del Prof. Tesauro ad oggi: l'euro, introdotto come moneta esclusivamente scritturale il 1° gennaio 1999, è entrato in circolazione il 1° gennaio 2002 e ha definitivamente sostituito le valute nazionali il 1° marzo dello stesso anno[3].

Oggi, a più di vent'anni da tale storico momento di passaggio, le banconote e le monete in euro hanno corso legale in 20 dei 27 Stati membri: agli 11 Stati originariamente partecipanti[4], se ne sono progressivamente aggiunti altri nove, già membri dell'Unione europea all'epoca dell'introduzione dell'euro, ma privi dei necessari requisiti[5], ovvero che hanno acquisito lo status di membro solo negli anni successivi[6].

[2] Sull'Unione economica e monetaria si vedano R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 687 ss.; S. Cafaro, *Unione economica e monetaria*, in G. Strozzi, R. Mastroianni (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, 2021, p. 581 ss.; G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. de Pasquale e F. Ferraro, Napoli, 2020, p. 122 ss.

[3] In tema, anche per ulteriori riferimenti, si veda L.F. Pace, *Il regime giuridico dell'euro*, Bari, 2018.

[4] Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi bassi, Portogallo e Spagna.

[5] Grecia.

[6] Slovenia, Cipro, Malta, Slovacchia, Estonia, Lettonia, Lituania e da ultimo – a partire dal 1° gennaio 2023 – Croazia.

L'area dell'euro comprende invero anche alcuni territori legati a vario titolo alla Francia[7], alla Spagna[8] e al Portogallo[9] e una serie di microstati quali il Principato di Andorra, il Principato di Monaco, la Repubblica di San Marino e lo Stato della Città del Vaticano sulla scorta di appositi accordi monetari da essi conclusi con l'Unione europea[10]. Alcuni Stati terzi, infine, utilizzano l'euro anche in assenza di alcun accordo formale[11].

Come noto, l'adesione all'unione monetaria e all'euro richiede il rispetto da parte degli Stati membri dei c.d. "criteri di convergenza" o "criteri di Maastricht" che corrispondono a precise condizioni economiche e giuridiche fissate dal Trattato di Maastricht e oggi contenute nell'art. 140 TFUE e nel Protocollo (n. 13) "sui criteri di convergenza" e che riguardano: (i) la stabilità dei prezzi, (ii) la sostenibilità della situazione della finanza pubblica, (iii) il rispetto dei margini normali di fluttuazione previsti dal meccanismo di cambio del Sistema monetario europeo (c.d. ERM 2) per almeno due anni e, infine, (iv) i livelli dei tassi di interesse a lungo termine.

Se, da un lato, la decisione relativa all'adesione di uno Stato membro alla zona euro è presa dal Consiglio (su proposta della Commissione e previa consultazione con il Parlamento europeo e discussione della proposta nell'ambito del Consiglio europeo), dall'altro lato, non sembra esservi dubbio in merito alla circostanza che – fatta salva l'esistenza di una "clausola di non partecipazione" – tutti gli Stati membri dell'Unione europea che soddisfano i criteri di convergenza debbano procedere all'adozione dell'euro. Tale clausola di non partecipazione esiste, come noto, solo per la Danimarca, il che pone la questione della posizione della Svezia, Stato membro che, sotto il profilo giuridico in senso stretto, non soddisfa uno dei requisiti di cui all'art. 140 TFUE, in ragione della sua non partecipazione (per propria, volontaria decisione) al meccanismo di cambio del Sistema monetario europeo che deve necessariamente protrarsi per due anni quale prerequisito per l'adesione all'euro. Ciò va messo peraltro in relazione, sul piano politico,

[7] Mayotte, La Réunion, Saint-Pierre et Miquelon, Guyana francese, Antille francesi.

[8] Isole Canarie, Ceuta e Melilla.

[9] Azzorre e Madeira.

[10] A questi paesi è inoltre consentito emettere un volume limitato di monete metalliche con disegni propri.

[11] Si tratta del Kosovo e del Montenegro dove l'euro non ha corso legale ma è di fatto utilizzato come se lo avesse.

alla circostanza che, in data 14 settembre 2003, si svolse in Svezia un referendum avente ad oggetto l'adozione dell'euro il cui esito negativo ha pertanto impedito l'altrimenti prevista adozione dell'euro a partire dal 1° gennaio 2006.

Al di là dell'appena menzionata criticità, il successo della moneta unica (anche sotto il profilo della sua espansione al di là dei confini dell'Unione europea) e l'importante, innegabile ruolo da esso svolto nel processo di integrazione europea (si stima che la valuta sia utilizzata oggi da poco meno di 350 milioni di persone) impone di monitorare con attenzione la piena applicazione della disciplina giuridica che lo riguarda.

3. Le disposizioni dedicate alla moneta unica all'interno dei Trattati non sono particolarmente numerose. In base all'art. 3, par. 4, TUE, l'Unione "istituisce un'unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro". In forza dell'art. 128, par. 1, TFUE, "[l]e banconote emesse dalla Banca centrale europea e dalle banche nazionali costituiscono le uniche banconote aventi corso legale nell'Unione".

A livello di diritto derivato, il regolamento (CE) n. 974/98 del Consiglio del 3 maggio 1998 relativo all'introduzione dell'euro (modificato da ultimo nel 2022 con l'adozione dell'euro da parte della Croazia) stabilisce, all'art. 11, che le "monete metalliche denominate in euro o in cent, conformi alle specificazioni tecniche" sono "le uniche aventi corso legale negli Stati membri partecipanti". Il considerando n. 19 del regolamento, peraltro, precisa che "le eventuali limitazioni di pagamento in banconote o monete metalliche, decise dagli Stati membri per motivi d'interesse pubblico, non sono incompatibili con il corso legale delle banconote e delle monete metalliche in euro, a condizione che esistano altri mezzi legali di estinzione dei debiti pecuniari".

Le disposizioni che precedono sono state oggetto di alcuni chiarimenti in occasione della pubblicazione della raccomandazione della Commissione, del 22 marzo 2010, relativa alla portata e agli effetti del corso legale delle banconote e delle monete in euro[12]. Tali chiarimenti sono particolarmente importanti ai nostri fini in quanto essi (pur essendo privi di valore giuridicamente vincolante) precisano, tra l'altro, che laddove esista un obbligo di pagamento: (a) il corso legale delle banco-

[12] Raccomandazione della Commissione, del 22 marzo 2010, relativa alla portata e agli effetti del corso legale delle banconote e delle monete in euro, documento 2010/191/UE.

note e delle monete in euro comporta un obbligo di accettazione ovverosia "il creditore di un'obbligazione di pagamento non può rifiutare le banconote e le monete in euro, eccettuato il caso in cui le parti abbiano convenuto mezzi di pagamento diversi"; (b) "un debitore può liberarsi dall'obbligazione di pagamento proponendo al creditore banconote e monete in euro".

Viene, inoltre, affermato che "l'accettazione delle banconote e monete in euro come mezzo di pagamento deve costituire la norma nelle operazioni al dettaglio". Un rifiuto "è possibile solo se motivato dal principio di buona fede (per esempio il dettagliante non è in grado di dare il resto)".

È ragionevole sostenere che il quadro normativo sopra sinteticamente riassunto, in uno con il contributo di chiarificazione apportato dalla Commissione, assume rilievo non solo con riferimento all'utilizzo dell'euro come moneta avente corso legale, ma anche rispetto all'utilizzo di banconote e monete in euro come modalità di estinzione dei debiti.

Infatti, emerge da quanto appena esposto che i creditori hanno l'obbligo di accettare in pagamento banconote e monete in euro e che i debitori hanno diritto di proporre in pagamento banconote e monete in euro. Risulta però anche che deroghe a tale impostazione di principio sono ammissibili e ciò, in particolare, quando sono giustificate da un criterio di buona fede.

La raccomandazione del 2010 risulta focalizzata sull'utilizzo del contante come eventuale diritto del debitore e obbligo del creditore anziché sull'utilizzo del contante come diritto del creditore e obbligo del debitore. Tuttavia, va anche detto che, più in generale, né da essa né tantomeno dalle altre disposizioni che sono state ricordate poco sopra si possa ricavare un obbligo per il creditore di accettare forme di pagamento diverse dalle banconote e dalle monete in euro ovvero un diritto del debitore di proporre forme di pagamento diverse dalle banconote e dalle monete in euro[13].

[13] È interessante osservare che il sito internet della Banca Centrale Europea include una pagina dedicata a "Il ruolo del contante" che, oltre a richiamare in parte i contenuti della raccomandazione della Commissione, contiene le seguenti considerazioni eventualmente attribuibili alla stessa BCE: "Una certa quantità di contante in circolazione è necessaria per il corretto funzionamento dell'economia. Il contante è lo strumento di pagamento dominante nell'area dell'euro: la netta maggioranza dei nostri pagamenti quotidiani è effettuata utilizzando banconote o monete. Il contante è inoltre essenziale per l'inclusione dei cittadini socialmente vulnerabili, come gli anziani o le

Pare invece che, al contrario, il diritto dell'Unione europea ribadisca la rilevanza anche in questo settore, da un lato, di una regola di carattere generale e applicazione trasversale in ambito contrattuale quale è quella della libertà della scelta delle parti e, dall'altro lato, di un criterio di ragionevolezza secondo cui non si può pretendere di imporre specifici metodi di pagamento quando questi sono assurdi tenuto conto delle caratteristiche della transazione di cui si tratta. È inoltre possibile sostenere che tale regola e detto criterio costituiscono principi applicabili non solo ai rapporti tra privati, ma anche agli Stati membri nel momento in cui disciplinano a livello nazionale le modalità di pagamento.

A latere del quadro normativo in senso stretto cui si è fatto sin qui riferimento è opportuno collocare alcuni ulteriori spunti di riflessione, particolarmente utili in questo contesto, ricavabili da un recente studio condotto dal Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC) e pubblicato il 25 settembre 2019 con il titolo "Cash v. cashless: Consumers need a right to use cash"[14]. In tale documento vengono avanzate alcune raccomandazioni, in parte rilevanti ai nostri fini. Si auspica, ad esempio, che l'Unione europea agisca affinché "[a]ll physical traders are obliged to accept payments in cash and make it the EU legal tender" poiché "[c]ash is the only means of payment protecting privacy and ensuring social inclusion". Si osserva infine che "[t]his general rule should be adapted to the various situations, for example, when the value of the banknote is disproportionate to the value of the purchase"[15].

fasce della popolazione a più basso reddito" (www.ecb.europa.eu/euro/cash_strategy/cash_role/html/index.it.html). A ciò segue poi un (lungo) elenco di "importanti benefici e funzioni" attribuiti al contante.

[14] Disponibile all'indirizzo www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-052_cash_versus_cashless.pdf.

[15] Dallo studio del BEUC emergono anche altri dati interessanti: (a) in diversi Paesi dell'UE i commercianti possono decidere di non accettare il contante; (b) in alcuni Paesi dell'UE esiste un diritto del consumatore di pagare in contante; (c) in alcuni Paesi dell'UE esiste un diritto del consumatore di pagare in contante a determinate condizioni (se nell'esercizio commerciale c'è una presenza fisica, in determinate fasce orarie, ecc.); (d) in alcuni Paesi dell'UE esiste una pratica in base alla quale il pagamento in contanti è soggetto a un sovrapprezzo. Lo studio del BEUC mette inoltre in evidenza una serie di altre prese di posizione da parte di svariate istituzioni: (a) in un discorso pronunciato il 14 febbraio 2018, Yves Mersch, componente del Comitato esecutivo della Banca centrale europea, ha osservato che "[m]etodi alternativi di pagamento non possono sostituire gli euro in contanti, possono solo fungere da complemento"; (b) la Banca Centrale di Lituania ha affermato in un proprio "position paper" del 5 febbraio 2019 che "gli Stati membri dell'Unione europea non hanno raggiunto un ac-

4. Negli ultimi anni, non sono mancate le occasioni per la Corte di giustizia di occuparsi, seppure talvolta solo tangenzialmente, del problema della restrizione, in determinati contesti, all'utilizzo del denaro contante.

Si pensi, innanzitutto, al caso *Dietrich e Häring*[16], in cui a venire in rilievo era il tentativo da parte di due cittadini tedeschi di pagare in contanti il canone radiotelevisivo dovuto, per il secondo trimestre del 2015 e il primo trimestre del 2016, all'emittente radiotelevisiva pubblica del Land dell'Assia, richiesta respinta dall'emittente sulla scorta del fatto che la normativa applicabile (in particolare, il regolamento dell'emittente radiotelevisiva pubblica del Land dell'Assia sulla procedura di pagamento dei canoni radiotelevisivi adottato sul fondamento della convenzione statale sul canone radiotelevisivo, approvata dal Land dell'Assia con legge del 23 agosto 2011) prevede che detto canone non possa essere pagato in contanti e debba invece essere versato mediante prelievo automatico, bonifico bancario individuale o bonifico bancario permanente.

Il contenzioso intorno alla legittimità degli avvisi di pagamento che ne sono conseguiti si è sviluppato prima davanti al Tribunale amministrativo di Francoforte sul Meno, poi al Tribunale amministrativo superiore del Land dell'Assia e infine alla Corte amministrativa federale, la quale si è rivolta alla Corte di giustizia per ottenere la corretta interpretazione sia dell'art. 2, par. 1, TFUE sia dell'art. 128, par. 1, TFUE, dell'art. 16, comma 1, terza frase, del Protocollo (n. 4) sullo statuto del sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea e dell'art. 10, seconda frase, del regolamento (CE) n. 974/98 del Consiglio, del 3 maggio 1998.

cordo sull'armonizzazione del corso legale a livello dell'Unione europea" e che pertanto "mantengono un margine di discrezionalità sulla regolamentazione delle questioni relative all'euro"; (c) viene altresì in tale medesimo contesto sostenuto che il rifiuto di accettare contante è "accettabile se le parti hanno concordato un diverso metodo di pagamento"; (d) in risposta a una interrogazione del Parlamento europeo, l'allora Vicepresidente della Commissione europea Valdis Dombrovskis ha dato atto il 20 giugno 2019 per conto della Commissione "della circostanza che il contante resta il metodo più popolare di pagamento nell'Unione europea" confermando "il proprio impegno al diritto di utilizzare il contante come strumento avente corso legale".

[16] Sentenza della Corte del 26 gennaio 2021, cause riunite C-422/19 e C-423/19, *Dietrich e Häring c. Hessischer Rundfunk*. Si veda il commento di G.L. Greco, V. Santoro, *Limiti all'uso del contante e regime giuridico del corso legale delle banconote in euro*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2022, p. 61.

La Corte, da un lato, ha chiarito che la prima disposizione citata, letta in combinato disposto con l'art. 3, par. 1, lettera c), l'art. 128, par. 1 e l'art. 133 TFUE nonché con l'art. 16, comma 1, terza frase, del Protocollo (n. 4) sullo statuto del sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, osta a che uno Stato membro adotti una disposizione che – tenuto conto del suo obiettivo e del suo contenuto – stabilisca il regime giuridico del corso legale delle banconote in euro ma non a che uno Stato membro adotti una disposizione che obblighi la sua pubblica amministrazione ad accettare il pagamento in contanti delle obbligazioni di pagamento da essa imposte.

Dall'altro lato, e per quanto concerne il secondo quesito, essa ha concluso che il diritto dell'Unione europea non osta a una normativa nazionale che esclude la possibilità di liberarsi da un'obbligazione di pagamento imposta da un'autorità pubblica mediante banconote in euro, a condizione che la normativa di cui si tratta: (i) non abbia per oggetto né per effetto di stabilire il regime giuridico del corso legale di tali banconote; (ii) non comporti, *de jure* o *de facto*, un'abolizione di tali banconote, segnatamente rimettendo in causa la possibilità di liberarsi, in generale, da un'obbligazione di pagamento mediante tale contante; (iii) sia stata adottata tenendo conto di motivi d'interesse pubblico; (iv) comporti una limitazione ai pagamenti in contanti idonea a realizzare l'obiettivo di interesse pubblico perseguito e (v) non ecceda i limiti di quanto è necessario per la realizzazione dello stesso, nel senso che esistano altri mezzi legali per liberarsi dall'obbligazione di pagamento.

In un caso ancora più specifico[17], la Corte si è trovata ad interpretare l'art. 12 della direttiva 2008/118/CE del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al regime generale delle accise in ragione della valutazione della compatibilità con essa di una normativa nazionale che fissa condizioni e limiti all'applicazione dell'esenzione dall'accisa su prodotti utilizzati nell'ambito delle relazioni diplomatiche e consolari subordinandola alla circostanza che il prezzo di acquisto dei prodotti di cui si tratta sia stato pagato con mezzi di pagamento diversi dai contanti.

La vertenza traeva origine da una partita di alcol e sigarette che una società britannica aveva venduto a una società lettone e da questa dichiarate all'amministrazione doganale lettone "in regime di sospensione dall'accisa e ai fini della loro immissione in libera pratica presso

[17] Sentenza della Corte del 13 gennaio 2022, causa C-326/20, *"MONO" SIA c. Valsts ieņēmumu dienests*.

ambasciate e servizi consolari di vari Stati nonché presso la rappresentanza della NATO in Lettonia".

A ciò faceva seguito una decisione dell'Amministrazione tributaria lettone che imponeva alla società lettone di pagare le accise per l'immissione in libera pratica di tali prodotti maggiorate di ammende e interessi di mora "poiché le rappresentanze diplomatiche non avevano pagato i prodotti sottoposti ad accisa utilizzando mezzi di pagamento diversi dai contanti" al contrario di quanto richiesto dall'art. 20, par. 5, punto 2, della legge sulle accise lettone.

La Corte, dopo avere preso atto delle osservazioni del governo lettone che tale requisito "è riconducibile alla volontà di garantire che l'esenzione sia effettivamente concessa ai soli titolari del diritto all'esenzione e, pertanto, a combattere le frodi e gli abusi" e qualificato come legittimo tale scopo, conclude nel senso del mancato rispetto, in questa particolare circostanza, del principio di proporzionalità. Ciò soprattutto per il fatto che è la stessa direttiva a prevedere che i prodotti sottoposti ad accisa che circolano in regime di sospensione dell'accisa devono essere accompagnati da un certificato di esenzione dall'accisa il quale (come da allegato II al regolamento di esecuzione n. 282/2011 del Consiglio del 15 marzo 2011) incorpora una serie di dati che, in uno con le note esplicative che descrivono "con precisione le tappe da seguire e le regole da rispettare da parte dei vari soggetti coinvolti nella procedura di esenzione", fanno sì che detto certificato sia "di per sé, atto a consentire una verifica effettiva del rispetto delle condizioni di esenzioni definite dall'articolo 12 della direttiva 2008/118".

In una linea di tendenza solo apparentemente diversa si posiziona la pronuncia resa dalla Corte il 6 ottobre 2021 nel caso "*ECOTEX BULGARIA*"[18], a fronte di una normativa nazionale che, al fine di contrastare l'elusione e l'evasione fiscali, vieta alle persone fisiche e giuridiche di ricorrere a contanti e impone di effettuare un bonifico bancario o un versamento su un conto di pagamento e che per reagire a una violazione di tale divieto istituisce un regime sanzionatorio che prevede un'ammenda calcolata sulla base di una percentuale fissa applicabile all'importo totale del pagamento senza possibilità per modulare tale ammenda in ragione delle circostanze concrete del caso di specie.

La vicenda portata all'attenzione della Corte si caratterizzava, da un lato, per il fatto che oggetto delle sanzioni comminate erano numerose

[18] Sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-544/19, *"ECOTEX BULGARIA" EOOD c. Teritorialna direktsia na Natsionalnata agentsia za prihodite – Sofia.*

(nove) separate violazioni di lieve entità, nel senso che il limite massimo per i pagamenti a mezzo contante era stato superato di un importo oggettivamente irrisorio (vale a dire circa € 0,005).

Inoltre, si trattava di un caso in cui il pagamento era stato utilizzato per la distribuzione di dividendi a un cittadino greco residente in Grecia, socio unico di una società commerciale di diritto bulgaro.

La Corte non nega che la normativa in oggetto costituisca una restrizione alla libera circolazione dei capitali in quanto "la limitazione dei mezzi di pagamento legali mediante i quali una società stabilita in uno Stato membro può versare dividendi giunti a scadenza ai suoi azionisti è idonea a dissuadere investitori non residenti dall'acquistare una partecipazione nel capitale di una società stabilita in detto Stato membro" per via dell'esclusione del pagamento in contanti in Bulgaria "dai mezzi di pagamento legali … qualora quest'ultimo sia pari o superiore a un importo prestabilito".

Tuttavia, la restrizione di cui sopra viene nondimeno giustificata dall'obiettivo di contrastare l'elusione e l'evasione fiscali, se idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non sproporzionata, requisiti che la Corte ritiene soddisfatti alla luce, da un lato, della coerenza e sistematicità della normativa oggetto di esame e, dall'altro lato, della proporzionalità del regime sanzionatorio che, configurando una sanzione amministrativa a carattere penale, ne quantifica l'importo in un quota percentuale prefissata dell'importo totale del pagamento effettuato[19].

5. Il diritto italiano ha conosciuto, negli anni, diverse misure volte a disincentivare l'utilizzo del contante[20]. Limitandoci alle principali, si possono ricordare, da un lato, la fissazione di importi massimi per trasferimenti di denaro contante a partire dal D.Lgs. n. 231 del

[19] È opportuno segnalare la posizione parzialmente diversa espressa, su quest'ultimo punto, dall'Avvocato generale Jean Richard de la Tour, il quale ha ritenuto almeno potenzialmente sproporzionata una sanzione calcolata sulla base di una percentuale fissa applicabile all'importo totale del pagamento effettuato in violazione della pertinente normativa con l'esclusione di qualsiasi modulazione del valore dell'ammenda in funzione delle circostanze concrete del caso di specie (punto 129 delle conclusioni del 18 novembre 2020).

[20] Per una rassegna, di taglio giornalistico, sulle linee di tendenza in altri Paesi si veda l'articolo di F. Carducci, *Stop al contante: dall'Europa al Giappone, come funziona negli altri Paesi*, pubblicato su www.ilsole24ore.com/art/guerra-contante-come-ha-funzionato-altri-paesi-ACITpYp.

21 novembre 2007 adottato in "attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione". L'importo di riferimento nel corso degli anni è fluttuato, anche in ragione delle diverse sensibilità politiche dei governi che si sono succeduti, tra € 12.500 e € 1.000 e risulta oggi fissato in € 5.000 ai sensi della legge di stabilità per il 2023, n. 197 del 29 dicembre 2022 (e, in particolare, del suo art. 1, c. 384, lettera b), con una deroga individuata nel limite a € 15.000 per le "persone fisiche di cittadinanza diversa da quella italiana e che abbiano residenza fuori dallo Stato italiano".

Vale la pena di notare incidentalmente che né le sopra citate direttive del 2005 e del 2006 né la più recente normativa di diritto dell'Unione europea, di cui alla direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, impongono limiti all'utilizzo del contante del tipo introdotto nell'ordinamento italiano. Si osservi, a titolo di esempio, come la direttiva del 2015 faccia esplicitamente riferimento alla situazione di "soggetti che negoziano beni, quando il pagamento è effettuato o ricevuto in contanti per un importo pari o superiore a 10.000 EUR" (così l'art. 2, par. 1, n. 3, lettera e)[21].

Dall'altro lato, com'è noto, con l'art. 15 del D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito in legge n. 221 del 17 dicembre 2012, il legislatore nazionale ha per la prima volta stabilito l'obbligo per "i soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, anche professionali" di "accettare anche pagamenti effettuati attraverso carte di debito" a partire dal 1° gennaio 2014, con rinvio a successivi decreti dell'allora Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, per la disciplina degli "eventuali importi minimi", delle modalità e dei termini "anche in relazione ai soggetti interessati" di attuazione di detto obbligo[22].

[21] Va segnalato che una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento e abrogativa della sopra menzionata direttiva del 2015 prefigura un "divieto di operazioni in contanti di importo superiore a 10 000 EUR" (documento COM/2021/423 final, del 20 luglio 2021, pag. 8).

[22] Negli Stati Uniti esiste una tendenza contraria, ben analizzata nelle sue implicazioni giuridiche da A. Kretovic, *Prohibiting Cashless Retailers and Protecting the*

In seguito alle modifiche nel frattempo intervenute, l'art. 15, commi 4 e 5, recita come segue:

> "4. A decorrere dal 30 giugno 2014, i soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, anche professionali, sono tenuti ad accettare anche pagamenti effettuati attraverso carte di pagamento, relativamente ad almeno una carta di debito e una carta di credito e alle carte prepagate; tale obbligo non trova applicazione nei casi di oggettiva impossibilità tecnica.
> Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231.
> 4-bis. A decorrere dal 30 giugno 2022, nei casi di mancata accettazione di un pagamento, di qualsiasi importo, effettuato con una carta di pagamento di cui al comma 4, da parte di un soggetto obbligato ai sensi del citato comma 4, si applica nei confronti del medesimo soggetto la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma pari a 30 euro, aumentata del 4 per cento del valore della transazione per la quale sia stata rifiutata l'accettazione del pagamento. Per le sanzioni relative alle violazioni di cui al presente comma si applicano le procedure e i termini previsti dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, a eccezione dell'articolo 16 in materia di pagamento in misura ridotta. L'autorità competente a ricevere il rapporto di cui all'articolo 17 della medesima legge n. 689 del 1981 è il prefetto della provincia nella quale è stata commessa la violazione. All'accertamento si provvede ai sensi dell'articolo 13, commi primo e quarto, della citata legge n. 689 del 1981."

6. Alcune riflessioni conclusive s'impongono dal confronto tra le linee evolutive della giurisprudenza della Corte di giustizia di cui sopra e alcuni recenti interventi del legislatore italiano.

Se è vero che le sentenze prese in esame non forniscono un riferimento sicuro rispetto a possibili profili di incompatibilità tra il diritto interno e il diritto dell'Unione europea, nondimeno da esse si possono trarre alcuni importanti elementi meritevoli di considerazione.

Emerge innanzitutto con chiarezza che, in linea di principio, il potere degli Stati membri di limitare l'utilizzo del contante può non essere incondizionato. Su un piano generale, ad esempio, esso non deve comportare, di diritto o di fatto, un'abolizione di banconote e monete

Impoverished, in *Georgia State University Law Review*, 2021, p. 1045.

in euro. Più specificamente, laddove tale limitazione configuri la compressione di una libertà fondamentale garantita dal diritto dell'Unione europea, essa potrà essere considerata legittima se giustificata dall'effettivo perseguimento di un interesse pubblico e in assenza di un carattere sproporzionato rispetto allo scopo prefissato.

La Corte di giustizia ha già ritenuto in passato il contrasto all'elusione e all'evasione fiscali un legittimo interesse pubblico; pertanto, qualora questo fosse l'obiettivo che il legislatore italiano ha inteso raggiungere (disincentivando i pagamenti c.d. "in nero") introducendo nel nostro ordinamento l'obbligo di accettare pagamenti in moneta elettronica e le relative sanzioni in caso di violazione, resterebbe comunque da verificare l'effettività e la proporzionalità di tale misura. Si tratta di un vaglio che, come minimo, si presenta particolarmente problematico, considerando tra l'altro che: (i) l'utilizzo della moneta elettronica presuppone una richiesta in tal senso del cliente ed è pertanto solo eventuale; (ii) esistono già strumenti di registrazione degli incassi e controllo della regolarità delle operazioni commerciali; (iii) l'obbligo (in presenza di una richiesta) si applica anche al pagamento di importi ridottissimi (non essendo fissato alcun limite minimo sotto il quale l'obbligo viene meno, come invece previsto in uno dei casi già trattati dalla Corte).

IL CONTRIBUTO DI GIUSEPPE TESAURO NELLA CORTE COSTITUZIONALE

Gaetano Silvestri[*]

SOMMARIO: 1. Le sentenze "gemelle". – 2. La sentenza sulla legge elettorale. – 3. La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. – 4. La materia-funzione "tutela della concorrenza".

1. Forse è troppo difficile riassumere in poche pagine il molteplice e incisivo contributo di Giuseppe Tesauro (Beppi per noi colleghi: preferiva il diminutivo con due p) ai lavori della Corte costituzionale nei nove anni – con un divario di pochi mesi – in cui ho avuto il piacere e l'onore di interloquire con lui. La sua presenza e la sua parola hanno arricchito la Corte non solo per l'indiscussa superiore competenza in diritto internazionale e comunitario, ma anche, direi soprattutto, per la saggezza, l'equilibrio e la capacità di sintesi che dimostrava nella discussione dei più diversi argomenti.

Una breve carrellata sulle decisioni cui Egli ha dato in modo più visibile, come relatore e redattore, il suo apporto non può che partire dalle c.d. sentenze gemelle, sull'efficacia delle pronunce della Corte di Strasburgo nell'ordinamento giuridico italiano. Resta inteso naturalmente che tutte le sentenze sono ascrivibili all'unitaria valutazione della Corte.

Per comprendere la portata innovativa delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e, nello stesso tempo, i loro limiti, può essere utile rammentare da dove si partiva nel momento in cui ci si accinse a distaccarsi dal solco pluridecennale della giurisprudenza costituzionale in materia. Naturalmente non posso rivelare l'andamento della discussione in camera di consiglio, ma credo di poter tracciare, sia pur per sommi capi, le concezioni di fondo che in quel momento si fronteggiavano, dentro e fuori del Palazzo della Consulta.

Si dovettero superare due difficoltà iniziali, la prima attinente alla riluttanza a superare un sovranismo nazionale, che aveva sino ad allora confinato la giurisprudenza CEDU al ruolo di strumento (ausiliario) interpretativo; la seconda nascente dall'oggetto stesso della questione

[*] Presidente emerito della Corte costituzionale.

da decidere: la determinazione dei criteri per il calcolo dell'indennità espropriativa. La riflessione sulle fonti si intrecciava strettamente ad un ripensamento sulla tutela del diritto di proprietà in una situazione storico-politica diversa da quella dell'Assemblea costituente, sotto la spinta di una garanzia europea dei diritti proprietari fortemente individualistica e pertanto divergente da quella affermatasi in Italia nei precorsi decenni. A questo si accompagnava la preoccupazione che livelli troppo elevati di indennizzi ai proprietari espropriati sottraessero cospicue risorse ad altri impieghi socialmente rilevanti, con il rischio paventato che divenissero del tutto insostenibili per la finanza pubblica.

Come sempre accade nelle questioni complesse, si dovettero affrontare problematiche strettamente giuridiche unitamente a pressioni e resistenze di natura economica, finanziaria e, non ultime, storica e ideologica.

Non ripercorro il contenuto delle due sentenze, ben noto agli studiosi e che ha fatto versare fiumi di inchiostro. Mi preme tuttavia sottolineare che la "diversità" rilevata da alcuni acuti commentatori tra le due motivazioni non tiene conto della loro complementarietà. Sul piano tecnico, si può agevolmente notare che, pur ripetendosi nell'essenziale lo stesso iter argomentativo, nella 348 si fa leva maggiormente sulle "norme interposte", elaborate dalla dottrina costituzionalistica, mentre nella 349 si utilizza di più lo strumento del "rinvio mobile". Entrambe le strade portano ad una valorizzazione del primo comma dell'art. 117 Cost., come modificato dalla riforma del Titolo V della Parte II approvata nel 2001. La lettura congiunta dei due testi porta alla piana conclusione che le pronunce di Strasburgo in tanto sono norme interposte, in quanto ad esse ci conduce il rinvio mobile contenuto nella norma costituzionale prima citata. La prima dizione accentua l'aspetto interno del processo di integrazione, la seconda l'aspetto esterno, mettendone in primo piano la dinamicità intrinseca, dimostrando così l'antico assunto che la stessa realtà può essere osservata da punti di vista differenti, senza alterare il risultato finale. Questa elementare osservazione avrebbe forse evitato tante complicate elucubrazioni, leggendo alcune delle quali con l'amico Beppi ci siamo a volte irritati, ma nel complesso divertiti.

Sapevamo bene – Beppi meglio di me e con più sofferenza – che molti rimproveravano a quelle decisioni un'eccessiva "timidezza" nel non voler spalancare le porte alle norme esterne di origine CEDU. Pur nelle differenti sensibilità che ci caratterizzavano, eravamo entrambi fermamente convinti che non si potesse rinunciare alla funzione cen-

trale del giudice delle leggi in questo specifico processo di integrazione. Ciò per due ragioni di fondo: a) il giudizio di compatibilità con la Costituzione italiana delle norme da immettere è compito primario della Corte costituzionale, non del giudice comune; b) l'innesto di tali norme deve avvenire in modo simultaneo e uniforme in tutto il territorio nazionale, soprattutto perché si tratta di diritti umani, la cui diversa tutela avrebbe vistosamente ferito il principio di eguaglianza. Avemmo modo, a questo proposito, di commentare con disprezzo la meschinità dell'accusa di voler più potere per la Corte. Del resto, cosa ci si può aspettare in un Paese in cui i seggi dei rappresentanti del popolo vengono chiamati "poltrone"?

Un altro punto su cui ci trovammo d'accordo – in verità dopo lunghe e vivaci discussioni – è il limite all'efficacia delle norme CEDU (come interpretate dalla Corte di Strasburgo) individuato in tutta la Costituzione e non soltanto nei princìpi e diritti fondamentali. A questa conclusione condussero due esigenze: a) superare le resistenze dei "sovranisti", che si attestavano su posizioni di rigetto della questione; b) limitare la discrezionalità dei giudici (a cominciare dalla stessa Corte) nella scelta di quale norma o, peggio, quale principio salvare e quale scartare, problema che si presenta ancor oggi a proposito delle norme UE, su cui in questa sede non mi soffermo.

Per alcuni fu troppo, per altri troppo poco. Penso che dobbiamo ringraziare ancor oggi il caro amico Beppi per avere aiutato la Corte a tenere la barra dritta con la sua lezione di sapienza e moderazione, che oggi tanto ci manca.

2. La prudenza e la saggezza non impedivano a Giuseppe Tesauro di percorrere vie ardite e innovative quando il superiore interesse della tutela dell'integrità della Costituzione lo esigeva. Lo dimostra il contributo di chiarezza e risoluta fermezza che ha da lui ricevuto la giurisprudenza costituzionale anche in materia processuale, quando l'innovazione si fosse dimostrata indispensabile ad un più efficace esercizio del compito essenziale del giudice delle leggi: la garanzia più ampia possibile dei princìpi costituzionali. Lo dimostra la sentenza n. 1 del 2014 in materia di leggi elettorali.

Balzava in primo piano la necessità di preservare la natura genuinamente democratica della rappresentanza politica parlamentare, compromessa da una legge elettorale che andava oltre i limiti tollerabili della inevitabile distorsione che si registra quando si vuole garantire un certo grado di governabilità, oltre che di democraticità.

Vi erano non trascurabili problemi di ammissibilità derivanti dal fatto che si dubitava della legittimità costituzionale di alcune norme della allora vigente legge elettorale (il famigerato "porcellum") non in occasione di una sua applicazione concreta lesiva del diritto elettorale di un cittadino, ma a partire da un'azione di accertamento, con la quale un elettore chiedeva al giudice di verificare se la modificazione della realtà giuridica prodotta dalle norme in questione non avesse già leso il nucleo essenziale del diritto elettorale in modo non riparabile, se non con la eliminazione delle stesse da parte della Corte costituzionale. Se la lesione non si era ancora verificata nella specificità di una singola consultazione elettorale, certamente si era prodotta nell'ordinamento giuridico, menomando lo *ius eligendi* dei cittadini, che in qualsiasi momento avrebbero potuto essere chiamati ad esercitarlo. In altre parole, i cittadini devono poter contare sulla pienezza dei loro diritti fondamentali anche in quei campi dove l'operatività della giustizia costituzionale rischierebbe di arrivare troppo tardi o non arrivare affatto, come quello delle leggi elettorali. All'esigenza teorica dell'intangibilità del nucleo centrale dei diritti fondamentali si aggiungeva pertanto la necessità pratica di mantenere aperta una via processuale per ripristinare la legittimità costituzionale violata anche seguendo percorsi impervi, come quello dell'azione di accertamento. Lo dice, con non comune schiettezza, la motivazione della sentenza n. 1/2014 (punto 2 del *considerato in diritto*), laddove mette in evidenza che, in mancanza di questo rimedio, "si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un vulnus intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato".

La Corte, avvalendosi della preziosa penna di Giuseppe Tesauro, ha così adempiuto al suo dovere primario: rendere giustizia costituzionale. Più di una volta abbiamo in seguito commentato ironicamente l'inadeguatezza delle prediche di alcuni maestri e maestrini, più attenti alle proprie (artificiose) categorie che alla salvaguardia dei princìpi costituzionali.

3. Un altro tema controverso, denso di implicazioni religiose, etiche ed ideologiche è stato quello della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Ci si trovava di fronte ad una legge (la n. 40 del 2004) che recava tracce evidenti di orientamenti molto restrittivi di matrice confessionale. Anche a questo proposito tralascio la discussione, a tratti

aspra, che si sviluppò (e non si è mai del tutto spenta) sulla concezione della genitorialità e della famiglia, che vedeva contrapposti i sostenitori della primazia delle scelte personali della coppia infertile, che tuttavia aspirava ad avere figli, e coloro che invece anteponevano a tutto un modello genitoriale e familiare ritenuto l'unico naturale e ammissibile secondo la Costituzione. Tra questi due poli estremi si collocava una serie di posizioni intermedie, che qui non considero, sembrandomi sufficiente rimandare all'abbondante letteratura in proposito.

Un punto che mi sembra da mettere in evidenza, parlando del contributo di Tesauro, mi sembra quello della qualificazione giuridica della pretesa della coppia infertile di avere un figlio proprio (cioè non adottato) avvalendosi del seme di un terzo. Non posso entrare in particolari (per ovvi motivi di riservatezza), ma posso dire che la discussione fu intensa e, a tratti, anche accesa, in connessione con il dibattito corrente in dottrina. Da una parte si sosteneva che si trattasse di un vero e proprio diritto fondamentale, dall'altra si negava che tale aspirazione potesse ricevere tutela giuridica dall'ordinamento. Come può evincersi dalla motivazione della sentenza n. 162 del 2014, la Corte optò per la dizione "libertà fondamentale", che accentuava la componente di autodeterminazione insita nella scelta di avvalersi della fecondazione eterologa, senza assumerla tuttavia tra i valori propri della Stato costituzionale.

Scelta debole, si dirà, giacché la Corte evita di prendere posizione sul problema se si tratti di una libertà negativa o positiva, con tutte le relative conseguenze in termini di ruolo delle istituzioni nella messa in pratica della stessa. In verità, se si pensa che tutta questa problematica è strettamente intrecciata – come la stessa sentenza ricorda – a quella della tutela della salute, fisica e psichica, delle persone coinvolte, si capisce come, nello sviluppo concreto di tale libertà, gli aspetti pretensivi vengano in evidente rilievo.

La pazienza, la moderazione e l'attitudine all'ascolto delle ragioni altrui di Giuseppe Tesauro contribuirono in modo significativo a raggiungere un risultato, che, a mio modesto avviso, ha dato un notevole impulso alla nostra civiltà giuridica.

Moderazione non significava però scarsa fermezza nelle proprie idee, come dimostra quel passo della motivazione (punto 13), dove si richiama l'idea forte di "razionalità", quale base giustificativa dell'intervento caducatorio/demolitorio della Corte, senza dover attendere l'intervento di un legislatore incapace di assumersi la responsabilità politica e morale di scelte non conformiste. A tal proposito, il redattore Tesauro richiama un passo di un'altra sentenza, da lui stesso redatta, la

n. 87 del 2012, dove è scritto, con esemplare e coraggiosa chiarezza, che la giurisprudenza costituzionale "ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di "razionalità" della legge, svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'"esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità" [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l'eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa".

Non c'è bisogno che io sottolinei ulteriormente l'ampiezza dell'apertura assiologica della Corte, che, sempre per la penna di Tesauro, ha sentito la necessità di aggiungere il termine "iniquità" a quello di "irrazionalità". Sempre con l'obiettivo di rendere giustizia costituzionale.

4. L'attitudine ad esaminare tutti gli aspetti di una problematica complessa emerge pure in altri campi, tra cui ne spicca uno particolarmente vicino agli interessi di Giuseppe Tesauro, anche per la sua pregressa, meritoria attività di Presidente dell'Autorità *antitrust*, la tutela della concorrenza. Mi piace in proposito ricordare una sentenza (n. 430 del 2007), pur essa dovuta alla sua brillante penna di redattore, in cui, dopo aver ribadito l'estensione trasversale di tale materia-funzione, idonea a riassorbire nella competenza esclusiva statale alcune materie attribuite dalla stessa Costituzione alla competenza concorrente o residuale delle Regioni, si precisa molto opportunamente: "[...] proprio perché la promozione della concorrenza ha una portata generale, o "trasversale", può accadere che una misura che faccia parte di una regolamentazione stabilita dalle Regioni nelle materie attribuite alla loro competenza legislativa, concorrente o residuale, a sua volta abbia una valenza marginalmente pro-competitiva. Ciò deve ritenersi ammissibile, al fine di non vanificare le competenze regionali, sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza".

La configurazione di un doppio effetto delimitante della materia trasversale "tutela della concorrenza" appare in piena sintonia con la *souplesse* che caratterizzava il modo di ragionare di Tesauro, mai rigido e schematico nelle sue asserzioni, ma sempre aperto alle tante sfaccettature della realtà, che si riflettono nel sistema normativo e istituzionale. Di questa capacità di visione articolata dei problemi e di prospettazione conseguente delle soluzioni la Corte gli è debitrice.

Quanto detto prima non significa che Tesauro fosse proclive ad una sorta di opportunismo giuridico, che lo facesse aderire acriticamente alle circostanze, per quanto eccezionali esse potessero essere. In un in-

tervento del 9 luglio 2015, in occasione di una giornata in ricordo di Piero Alberto Capotosti, Egli richiamò come monito la sentenza n. 148 del 2012, da me redatta, in cui si dice senza mezzi termini che nessuna emergenza economica può alterare l'ordine costituzionale delle competenze, dovendosi trovare ai problemi posti da situazioni eccezionali altre soluzioni, che non siano la violazione delle norme costituzionali sul riparto delle competenze legislative. Elasticità non vuol dire disponibilità allo stravolgimento delle garanzie costituzionali in nome dell'interpretazione politica di situazioni contingenti. Si tratta di un punto fermo da rammentare ancor oggi, dopo che, con il pretesto della pandemia, sono stati travolti troppi argini eretti dalla Carta fondamentale.

5. L'ultimo contributo di Giuseppe Tesauro alla civiltà giuridica, in veste di giudice e Presidente della Corte costituzionale, è la nota, "storica" sentenza sul superamento del principio di immunità degli Stati per atti *iure imperii* nei casi di richieste di risarcimento dei danni subiti a causa di crimini contro i diritti umani (n. 238 del 2014). Anche a questo proposito non ripercorro l'iter del processo e il contenuto della decisione, ampiamente commentati (a favore e contro) sia in sede tecnico-giuridica che politica. Voglio solo sottolineare il coraggio intellettuale e morale di una pronuncia che rompe l'assolutezza del principio di sovranità fondato sulla forza e l'autorità, in favore della perentoria affermazione dell'universalità e della cogenza della tutela dei diritti umani gravemente violati, nella fattispecie, dai criminali nazisti facenti parte delle truppe tedesche di occupazione in Italia e successivamente nella stessa Germania.

A prescindere dai dubbi, di natura prettamente tecnico-giuridica, che può sollevare la soluzione specifica prescelta, si deve mettere in rilievo il balzo in avanti della tutela della dignità umana, che non può soffrire negazioni o compressioni per effetto di sofismi peraltro facilmente confutabili sul piano logico.

Dopo la pubblicazione della sentenza di cui sopra si sono levate alte strida di lesa sovranità, come era da spettarsi e come certamente lo stesso Tesauro si aspettava. Eppure, anche per suo merito, la Corte costituzionale italiana, marciando, come qualcuno ha detto, "controvento", si è posta all'avanguardia del costituzionalismo moderno, impartendo l'insegnamento che la sovranità ha un senso e un valore se legata alla tutela intransigente dei diritti fondamentali. In caso contrario, è solo ipostatizzazione della forza bruta.

Anche per questo lascito mi sento di dire: grazie Beppi!

L'ESECUZIONE IN ITALIA DEI REGOLAMENTI DELL'UNIONE

Fabio Spitaleri[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le procedure previste dalla legge 234/2012: la legge di delegazione europea e la legge europea (cenni). – 3. L'impiego delle procedure previste dalla legge 234/2012 per l'adozione di misure interne di esecuzione di regolamenti dell'Unione. – 4. Le procedure d'infrazione avviate contro l'Italia per violazione o mancata esecuzione di regolamenti. – 5. Conclusioni.

1. I regolamenti dell'Unione sono direttamente applicabili ma, com'è noto, questa caratteristica non esclude che, talvolta, essi richiedano misure interne di esecuzione, che ne integrano il contenuto[1].

In alcuni casi, i regolamenti prevedono espressamente che gli Stati membri debbano adottare appositi atti, per assicurarne la piena applicazione a livello statale. Ad esempio, un regolamento può disporre che

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Trieste, già referendario presso la Corte di giustizia delle Comunità europee. Una versione più ampia, in lingua inglese, del presente lavoro è in corso di pubblicazione: v. F. SPITALERI, *EU Regulations in the Italian Legal Order*, in A. ŁAZOWSKI, A. SIKORA (eds.), *EU Regulations in Practice: Legislative and Judicial Approaches*. L'A. ringrazia il prof. Massimo Condinanzi coordinatore della Struttura di Missione per le Procedure di Infrazione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della Repubblica italiana, e la dott.ssa Elena Cano, vice-coordinatrice, per aver fornito i dati su cui si basa il par. IV del presente lavoro.

Sentenza della Corte del 27 settembre 1979, causa 230/78, *Eridania*, punto 34. La Corte ha stabilito che "l'applicabilità diretta di un regolamento non osta a che lo stesso regolamento conferisca ad un'istituzione comunitaria o ad uno Stato membro il potere di emanare provvedimenti di attuazione. Nel secondo caso le modalità dell'esercizio di tale potere sono disciplinate dal diritto pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, l'applicabilità diretta dell'atto che autorizza lo Stato membro ad adottare i provvedimenti nazionali di cui trattasi avrà l'effetto di consentire al giudice nazionale di controllare la conformità di tali provvedimenti al contenuto del regolamento comunitario". V. anche sentenza della Corte del 14 giugno 2012, causa C-606/10, *ANAFE*, punto 72 e conclusioni dell'Avvocato generale Mayras, del 26 settembre 1973, causa 34/73, *Fratelli Variola Spa v Amministrazione delle finanze dello Stato*, p. 996, nelle quali l'Avvocato generale ha sottolineato che è "naturale che, in certi casi, gli Stati membri vengano invitati ad emanare essi stessi alcune disposizioni di pura e semplice attuazione, ad esempio per indicare le autorità nazionali competenti" ad applicare un regolamento.

gli Stati membri provvedano all'istituzione di un registro nazionale[2], alla creazione di un'autorità indipendente[3] o di un punto di contatto[4], alla disciplina di procedimenti amministrativi o, ancora, alla fissazione di sanzioni da infliggere nel caso di inosservanza degli obblighi imposti[5].

In altri casi, l'adozione di misure interne non è espressamente richiesta[6]. Anche in questa seconda ipotesi, gli Stati membri sono comunque tenuti a prendere le misure interne necessarie. Quest'obbligo discende in via generale dal principio di leale cooperazione, previsto dall'art. 4, par. 3, TUE[7]. Inoltre, esso è confermato dall'art. 291 TFUE, secondo il quale "gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione"[8]. Anche se un regolamento non lo stabilisce espressamente, gli Stati membri devono – laddove necessario – designare le amministrazioni nazionali competenti ad applicare l'atto, nonché disciplinare i procedimenti che

[2] V. ad es. art. 39 del regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio, del 25 luglio 1985, che istituisce il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE).

[3] V. ad es. art. 35 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

[4] V. ad es. art. 4, par. 6, del regolamento (UE) 2019/788 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, riguardante l'iniziativa dei cittadini europei.

[5] V. ad es. art. 19 del regolamento (CE) n. 1334/00 del Consiglio, del 22 giugno 2000, che istituisce un regime comune di controllo delle esportazioni e tecnologie a duplice uso (civile e militare) e art. 40 del reg. (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione).

[6] M. Klamert, P.J. Loewenthl, *Commentary on Art. 288 TFEU*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, p. 1899, dove si legge che "the fact that a provision of a regulation is laid down in general or imprecise terms is an indication that domestic measures of application are needed".

[7] L. Daniele (con la collaborazione di) S. Amadeo, G. Biagioni, C. Schepisi, F. Spitaleri, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2022, p. 254. V. anche M. Klamert, *Commentary on Art. 4 TEU*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (eds.), *op. cit.*, p. 37 ss., spec. p. 47.

[8] Sull'art. 291 TFUE v. R. Baratta, *Commento dell'art. 291 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2283; P.J. Loewenthal, *Commentary on art. 291 TFEU*, in M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin (eds.), *op. cit.*, p. 1925; A. Pietrobon, *Commento dell'art. 291 TFUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014, p. 1421.

dette amministrazioni devono seguire e le sanzioni che esse devono infliggere.

Le modalità di approvazione delle misure interne di esecuzione sono disciplinate dalla normativa statale[9]. Il diritto pubblico degli Stati membri stabilisce quale sia l'istituzione competente a deliberare gli atti in questione e quali procedure essa debba a tal fine osservare.

Il presente lavoro riguarda le modalità attraverso le quali l'Italia approva misure interne di esecuzione nei casi (sempre più numerosi) in cui i regolamenti dell'Unione richiedano (espressamente o implicitamente) l'adozione di atti del genere. L'obiettivo generale del contributo è quello di capire se il sistema impiegato dall'Italia sia adeguato e se vi siano in questo sistema degli aspetti da migliorare.

Il lavoro non può ovviamente prendere in considerazione tutti i regolamenti che le Comunità europee e l'Unione europea hanno adottato negli ultimi settant'anni. È impossibile fornire un quadro completo di tutti i regolamenti che richiedono misure interne di esecuzione e di tutte le leggi e i provvedimenti conseguentemente adottati dall'Italia. Il numero degli atti da esaminare sarebbe infatti elevatissimo.

Anche la semplice individuazione di queste misure nazionali non è facile. A differenza delle direttive, non esiste infatti una banca dati dell'Unione, che indichi sistematicamente gli atti approvati dai singoli Stati membri in relazione a ciascun regolamento[10].

Un'analisi estesa a tutti i regolamenti dell'Unione e a tutte le misure interne di esecuzione approvate dall'Italia non è pertanto possibile.

Non è neppure opportuno, a mio parere, selezionare un gruppo ristretto di regolamenti dell'Unione e verificare se la loro esecuzione in Italia abbia richiesto o meno l'adozione di appositi atti. La selezione sarebbe infatti arbitraria e non condurrebbe a risultati scientifici significativi.

Queste difficoltà mi hanno portato a individuare un metodo di analisi diverso rispetto a quello (improponibile) di esaminare tutte le mi-

[9] Sentenza *Eridania*, cit., punto 34.

[10] Per ogni direttiva, la banca data EUR-Lex elenca gli atti di attuazione adottati dagli Stati membri. A tal fine, dopo aver individuato la direttiva è sufficiente cliccare sul link "Attuazione nazionale". Analoga opzione non è prevista per i regolamenti.

sure interne di esecuzione approvate dal legislatore italiano e rispetto a quello (arbitrario) di fare una selezione ristretta.

L'approccio seguito è pertanto differente. Il lavoro partirà dall'esame dello strumento generale che l'Italia utilizza per rendere l'ordinamento interno conforme agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Dopo un rapido cenno alla legge 24 dicembre 2012, n. 234[11], e alle procedure da essa previste (par. II), cercherò di valutare in che misura queste procedure siano state utilizzate per l'adozione di atti di esecuzione di regolamenti dell'Unione (par. III). L'analisi mira a stabilire quante volte dette procedure siano state impiegate per l'approvazione di queste misure, nonché a individuare il contenuto più ricorrente degli atti deliberati dalle autorità italiane.

Al fine di ponderare l'adeguatezza del sistema italiano, esaminerò poi le procedure di infrazione avviate contro l'Italia aventi ad oggetto la violazione o la mancata esecuzione di un regolamento (par. IV). Ovviamente, non sarà possibile considerare tutte le procedure condotte dalla Commissione negli ultimi settant'anni. Si è fatto riferimento a un periodo di tempo sufficientemente ampio, pari a dieci anni, che consente di ottenere dati scientificamente rilevanti. L'obiettivo è quello di capire se, in questo periodo di tempo, vi siano state omissioni o violazioni così gravi da spingere la Commissione europea ad avviare procedure d'infrazione. Inoltre, ci si propone di valutare quante di queste procedure siano state chiuse per spontaneo adeguamento ai rilievi della Commissione e quante, invece, siano sfociate in una sentenza della Corte di giustizia che accerta un inadempimento dell'Italia.

Infine, nel par. V trarrò le conclusioni dell'indagine svolta.

2. Nell'ordinamento italiano lo strumento generale che disciplina le modalità attraverso le quali l'Italia si adegua agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione è costituito dalla legge 234/2012. Come ho detto sopra, farò soltanto alcuni cenni alle procedure generali disciplinate da questa legge.

[11] Legge 24 dicembre 2012, n. 234, *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, disponibile *online* sul sito www.normattiva.it. Su questa legge v. in dottrina L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234*, Napoli, 2015; R. Mastroianni, *L'attuazione a livello nazionale degli atti europei: le regole della legge 234 del 2012 alla prova della prassi recente*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2018, p. 99.

La legge 234/2012 sostituisce due leggi precedenti[12], che erano state approvate soprattutto al fine di superare le costanti difficoltà che l'Italia incontrava per recepire tempestivamente le direttive[13]. Più in generale, l'obiettivo era quello di facilitare l'adozione degli atti interni necessari per l'adeguamento dell'ordinamento statale agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione.

Anche la legge 234/2012 mira a questo scopo[14]. A tal fine, essa stabilisce che ogni anno il Governo propone al Parlamento uno o più progetti di legge contenenti tutte le disposizioni necessarie per l'attuazione degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione europea[15]. Il sistema è incentrato quindi sull'approvazione periodica di atti che perseguono questo obiettivo.

Com'è noto, la legge 234/2012 prevede due diversi tipi di legge che il Governo propone e che il Parlamento può approvare. Si tratta della *legge di delegazione europea* e della *legge europea*[16].

Approvando una *legge di delegazione europea*, il Parlamento affida al Governo il compito di adottare, in un momento successivo, gli atti necessari per adeguare l'ordinamento interno. Sarà quindi l'esecutivo a deliberare le misure necessarie.

Questo conferimento di poteri avviene attraverso due tecniche diverse.

[12] Legge 9 marzo 1989, n. 86 (legge "La Pergola") e legge 4 febbraio 2005, n. 11 (legge "Buttiglione"), disponibili *online* sul sito www.normattiva.it. In dottrina v. A. Tizzano, *Verso nuove procedure per l'esecuzione degli obblighi comunitari: il "progetto La Pergola"*, in *Foro it.*, n. 4, 1988, p. 492; A. Tizzano, *Note introduttive alla "legge La Pergola"*, in *Foro it.*, n. 4, 1989, p. 319.

[13] V. G.M. Díaz Gonsálenz, *Art. 29 – Legge di delegazione europea e legge europea*, in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (a cura di), *op. cit.*, p. 261 ss., spec. p. 263.

[14] Più ampiamente, sugli obiettivi perseguiti dalla legge 234/2012, cit., v. C. Tovo, *Art. 1 - Finalità*, in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (a cura di), *op. cit.*, p. 1.

[15] L'art. 29, comma 4, della legge 234/2012, cit., stabilisce che il disegno di legge di delegazione europea deve essere presentato dal Governo alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno. Nessun termine è invece fissato per la presentazione del primo disegno di legge europea (v. art. 29, comma 5). Qualora sopravvengano ulteriori esigenze di adattamento dell'ordinamento italiano, il Governo può proporre un secondo disegno di legge di delegazione europea e un secondo disegno di legge europea entro il 31 luglio di ogni anno (art. 29, comma 8).

[16] Artt. 29 e 30, comma 1, legge 234/2012, cit. In dottrina, v. G.M. Díaz Gonsálenz, *Art. 29*, cit., e G.M. Díaz Gonsálenz, *Art. 30 – Contenuti della legge di delegazione europea e della legge europea*, in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (a cura di), *op. cit.*, pp. 261 e 269.

La prima è la *delega legislativa*[17]. Il Parlamento affida al Governo, ai sensi dell'art. 76 Cost., il compito di approvare decreti legislativi. La legge 234/2012 fissa i principi e i criteri direttivi generali, che il Governo deve rispettare[18], e indica i termini entro i quali i decreti legislativi devono essere approvati[19]. Questa tecnica può essere utilizzata, in particolare, per la trasposizione di direttive[20] e per l'adozione di misure interne di esecuzione di regolamenti dell'Unione[21].

La seconda tecnica è quella della *delegificazione*. Con un'apposita disposizione inserita nella legge di delegazione europea il Parlamento può autorizzare il Governo ad attuare direttive tramite atti di natura amministrativa di portata generale[22]. Questa seconda tecnica non può essere utilizzata per i regolamenti dell'Unione.

Il secondo strumento previsto dalla legge 234/2012 è la *legge europea*[23]. In questo caso il Parlamento non delega il Governo, ma adotta esso stesso le disposizioni di legge necessarie a conformare l'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

Si tratta di una procedura che è più dispendiosa per il Parlamento, in quanto implica che siano le Camere ad approvare le specifiche modifiche da apportare alla normativa vigente. Questo metodo viene di solito utilizzato per modifiche puntuali, necessarie per evitare l'avvio o la prosecuzione di una procedura di infrazione[24], per attuare o dare esecuzione ad atti dell'Unione[25] e per modificare o abrogare disposizioni statali in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto UE[26]. In definitiva, la legge europea è una sorta di grande "contenitore", che include disposizioni specifiche, che sono necessarie per rendere l'ordinamento italiano conforme al diritto dell'Unione europea.

[17] Art. 30, comma 2, legge 234/2012, cit.

[18] Art. 32, legge 234/2012, cit.

[19] Art. 31, commi 1, 5 e 6, legge 234/2012, cit.

[20] Art. 30, comma 2, lettera a), legge 234/2012, cit.

[21] Art. 30, comma 2, lettera e), legge 234/2012, cit.

[22] Art. 30, comma 2, lettera c), e art. 35, legge 234/2012, cit. I regolamenti emanati dal Governo in forza delle citate disposizioni possono modificare leggi preesistenti proprio in forza dell'autorizzazione data dal Parlamento nella legge di delegazione europea.

[23] Art. 30, comma 3, legge 234/2012, cit.

[24] Art. 30, comma 3, lettera b), legge 234/2012, cit.

[25] Art. 30, comma 3, lettera c), legge 234/2012, cit.

[26] Art. 30, comma 3, lettera a), legge 234/2012, cit.

3. Il Parlamento approva periodicamente le leggi di delegazione europea e le leggi europee, con una cadenza che è in linea di principio annuale, ma che può anche essere più breve o più lunga. Finora il Parlamento ha approvato, su proposta del Governo, otto leggi di delegazione europea[27] e sette leggi europee[28].

L'analisi di questi atti consente di svolgere interessanti considerazioni sulle misure adottate dall'Italia per dare esecuzione a regolamenti dell'Unione.

Iniziando con le leggi di delegazione europea, si può osservare quanto segue.

In primo luogo, va sottolineato che queste leggi utilizzano principalmente la tecnica della delega legislativa. Il Governo ha ricevuto dal

[27] Legge 6 agosto 2013, n. 96, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2013*; legge 7 ottobre 2014, n. 154, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre*; legge 9 luglio 2015, n. 114, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014*; legge 12 agosto 2016, n. 170, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2015*; legge 25 ottobre 2017, n. 163, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017*; legge 4 ottobre 2019, n. 117, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018*; legge 22 aprile 2021, n. 53, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020*; legge 4 agosto 2022, n. 127, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2021*. Tutte queste leggi sono disponibili *online* su www.normattiva.it.

[28] Legge 6 agosto 2013, n. 97, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013*; legge 30 ottobre 2014, n. 161, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*; legge 29 luglio 2015, n. 115, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2014*; legge 7 luglio 2016, n. 122, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016*; legge 20 novembre 2017, n. 167, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017*; legge 3 maggio 2019, n. 37, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2018*; legge 23 dicembre 2021, n. 238, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020*. Tutte queste leggi sono disponibili *online* su www.normattiva.it.

Parlamento questo tipo di delega sia per attuare direttive che per dare esecuzione a regolamenti. Complessivamente le leggi di delegazione europea finora approvate hanno attribuito al Governo delega legislativa per attuare 240 direttive e per dare esecuzione a 84 regolamenti. Inizialmente, gli atti per i quali si è conferita una delega erano prevalentemente direttive. Nelle più recenti leggi di delegazione europea i regolamenti considerati sono molti.

Al fine di dare un'idea di questa evoluzione, è utile ricordare che la prima legge di delegazione europea (quella relativa al primo semestre del 2013)[29] delegava al Governo il compito di attuare 40 direttive e di adottare misure di esecuzione per 4 regolamenti. La prevalenza delle direttive era netta. L'ultima legge di delegazione europea (quella relativa al 2021)[30] effettua analoga delega legislativa per 14 direttive e 21 regolamenti[31]. Il numero di deleghe per l'esecuzione di regolamenti è notevolmente aumentato, fino a superare quello relativo alle direttive. Uno strumento che era stato ideato soprattutto per agevolare la tempestiva attuazione delle direttive viene quindi, ora, utilizzato maggiormente per l'esecuzione di regolamenti.

La ragione di questa evoluzione è strettamente legata al maggior numero di regolamenti approvati, nel corso degli ultimi anni, dall'Unione europea, e al loro contenuto. Sempre più spesso essi richiedono misure interne di esecuzione.

L'esame dell'ordinamento italiano conferma quindi una dinamica interessante di carattere generale. È cresciuto il numero di regolamenti dell'Unione che richiedono un intervento del legislatore degli Stati membri. Benché questi atti non debbano essere recepiti nell'ordinamento interno, in quanto direttamente applicabili, sempre più spesso essi necessitano di misure nazionali che ne integrano il contenuto. I regolamenti che richiedono questo tipo di intervento da parte degli Stati membri hanno perfino superato le direttive da attuare.

[29] Legge 96/2013.

[30] Legge 127/2022.

[31] Il rapporto tra direttive e regolamenti nelle leggi di delegazione europea è stato il seguente: legge di delegazione europea 2013, primo semestre: 40 direttive e 4 regolamenti; legge di delegazione europea 2013, secondo semestre: 19 direttive e 4 regolamenti; legge di delegazione europea 2014: 57 direttive e 6 regolamenti; legge di delegazione europea 2015: 16 direttive e 12 regolamenti; legge di delegazione europea 2016-2017: 29 direttive e 8 regolamenti; legge di delegazione europea 2018: 26 direttive e 12 regolamenti; legge di delegazione europea 2019-2020: 39 direttive e 17 regolamenti; e legge di delegazione europea 2021: 14 direttive e 21 regolamenti.

In secondo luogo, lo studio delle leggi di delegazione europea consente di individuare le categorie di misure interne, che il Governo italiano è stato chiamato ad adottare in forza della delega legislativa conferita dal Parlamento.

Si tratta principalmente delle seguenti misure: l'attribuzione ad autorità nazionali di poteri di indagine, di vigilanza e di sanzione, previsti da un regolamento[32]; la disciplina delle procedure necessarie per l'applicazione di un regolamento[33] (ad esempio, l'indicazione delle modalità di denuncia o di avvio del procedimento[34], la fissazione dell'obbligo di motivazione e di pubblicazione dei provvedimenti finali[35] e la disciplina della fase di impugnazione di detti provvedimenti[36]). Altre misure di esecuzione frequenti sono: la disciplina delle sanzioni, penali o amministrative, da infliggere in caso di violazione del regolamento[37]; la determinazione di tariffe da prelevare[38]; la destinazione dei proventi ricavati dalle sanzioni o dalle tariffe[39]; la creazione di registri nazionali[40]; disposizioni sulla cooperazione e sullo scambio di informazioni[41]; l'elaborazione di sistemi elettronici per la raccolta e lo scambio di informazioni[42]; l'esercizio di opzioni previste da un regolamento[43].

[32] V., ad es., artt. 3 e 5, legge 154/2014, cit.; artt. 9, 11, 12 e 13, legge 114/2015, cit.; artt. 5, 13 e 15, legge 170/2016, cit.; artt. 5, 8 e 9, legge 163/2017, cit.; art. 9, legge 117/2019, cit.; artt. 10, 13, 16, 19, 20, 25 e 27, legge 53/2021, cit.; art. 5, legge 127/2022, cit.

[33] V., ad es., artt. 10 e 11, legge 96/2013, cit.; artt. 7, 9 e 11, legge 170/2016, cit.; artt. 6 e 7, legge 163/2017, cit.; art. 11, legge 117/2019, cit.; art. 18, legge 53/2021, cit.; art. 19, legge 127/2022, cit.

[34] V., ad es., artt. 9, 11 e 12 legge 114/2015, cit.; artt. 8 e 10, legge 163/2017, cit.; art. 14, legge 53/2021, cit.

[35] V., ad es., artt. 11 e 12, legge 114/2015, cit.; artt. 8 e 10, legge 163/2017, cit.; art. 9, legge 117/2019, cit.

[36] V., ad es., art. 12, legge 114/2015, cit.; art. 10, legge 163/2017, cit.; art. 9, legge 117/2019.

[37] V., ad es., artt. 10 e 11, legge 96/2013, cit.; art. 5, legge 154/2014, cit.; artt. 4, 11, 12 e 13, legge 114/2015, cit.; artt. 3, 5, 7, 9 e 11, legge 170/2016, cit.; artt. 6, 7, 10 e 13, legge 163/2017, cit.; artt. 10, 11, 12, 21 e 24, legge 117/2019, cit.; artt. 11, 14, 15, 16, 17, 18 e 25, legge 53/2021, cit.; artt. 5, 7, 10, 15, 17 e 19, legge 127/2022, cit.

[38] V., ad es., art. 10, legge 96/2013, cit.; art. 9, legge 170/2016, cit.; artt. 6 e 7, legge 163/2017, cit.; art. 17, legge 127/2022, cit.

[39] V., ad es., art. 3, legge 170/2016, cit.; artt. 11 e 21, legge 117/2019, cit.

[40] V., ad es., art. 10, legge 96/2013, cit.

[41] V., ad es., art. 11, legge 117/2019, cit.; artt. 16 e 25, legge 53/2021, cit.

[42] V., ad es., art. 5, legge 154/2014, cit.; art. 11, legge 114/2015, cit.; art. 8, legge 163/2017, cit.; art. 15, legge 53/2021, cit.

[43] V., ad es., artt. 20 e 26, legge 53/2021, cit.; art. 7, legge 127/2022, cit.

Ovviamente le misure dipendono, di volta in volta, da quanto disposto dal regolamento considerato.

È interessante sottolineare che nella legge di delegazione europea il Parlamento si riserva di solito una scelta fondamentale. Si tratta dell'indicazione dell'autorità nazionale alla quale deve essere affidato il compito di applicare il regolamento o dell'organo che deve svolgere la funzione di punto di contatto[44]. Di regola, questa scelta è fatta direttamente dal Parlamento, sotto forma di criterio direttivo, che il Governo deve rispettare al momento dell'approvazione dei decreti legislativi. Consapevole dell'incidenza che questa scelta ha sull'equilibrio dei poteri interni, il Parlamento individua esso stesso l'autorità nazionale competente.

Infine, è importante ricordare che, conformemente a quanto disposto dall'art. 33 della legge 234/2012[45], ogni legge di delegazione europea prevede una clausola generale che delega il Governo a disciplinare le sanzioni penali o amministrative, da infliggere in caso di violazione di direttive o di regolamenti[46]. Questa clausola non indica quali sono gli specifici atti dell'Unione che richiedono la disciplina delle sanzioni. Essa si limita a stabilire che, se necessario, il Governo può adottare un decreto legislativo che introduce il regime sanzionatorio[47]. Questa clausola generale precisa che il Governo può intervenire per gli atti dell'Unione pubblicati alla data entrata in vigore della legge di delegazione europea[48]. Inoltre, essa fissa il termine entro il quale i decreti legislativi devono essere approvati.

[44] V., ad es., art. 3, legge 154/2014, cit.; artt. 9, 11, 12 e 13, legge 114/2015, cit.; artt. 3, 5 e 9, legge 170/2016, cit.; artt. 6, 7, 8 e 9, legge 163/2017, cit.; artt. 9, 12 e 21, legge 117/2019, cit.; artt. 10, 13, 14, 18, 20, 25 e 27, legge 53/2021, cit.; artt. 5, 6, 7, 8, 12, 16, 17 e 19, legge 127/2022, cit.

[45] V. E. Cottu, *Art. 33 – Delega al Governo per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi dell'Unione europea*, in L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi (a cura di), *op.cit.*, p. 301.

[46] V. art. 2, legge 96/2013, cit.; art. 2, legge 154/2014, cit.; art. 3, legge 114/2015, cit.; art. 2, legge 170/2016, cit.; art. 2, legge 163/2017, cit.; art. 2, legge 117/2019, cit.; art. 2, legge 53/2021, cit.; art. 2, legge 127/2022, cit.

[47] I decreti legislativi che disciplinano le sanzioni devono rispettare i principi e i criteri direttivi previsti dall'art. 32, comma 1, lettera d), della legge 234/2012, cit.

[48] Più precisamente, si tratta delle "direttive europee attuate in via regolamentare o amministrativa, ai sensi delle leggi di delegazione europee vigenti" e dei "regolamenti dell'Unione europea pubblicati alla data dell'entrata in vigore della stessa legge di delegazione europea, per i quali non sono già previste sanzioni penali o amministrative" (art. 33, comma 1, legge 234/2012, cit.).

L'utilità di questa clausola generale merita di essere spiegata.

A tal riguardo, va ricordato che molto spesso la legge di delegazione europea contiene disposizioni specifiche, che indicano i regolamenti che necessitano di sanzioni e affidano al Governo il compito di disciplinare questo profilo, per ciascuno dei regolamenti menzionati[49].

Come vedremo meglio in seguito, ci sono stati però dei casi nei quali la legge di delegazione europea non aveva preso in considerazione alcuni regolamenti. In altri termini, il Parlamento non aveva conferito una specifica delega legislativa al Governo per la disciplina del regime sanzionatorio di alcuni regolamenti. Il Governo non aveva quindi adottato le necessarie misure. In un momento successivo, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione, contestando questo inadempimento. Per rimediare, il Governo si è avvalso della suddetta clausola generale come base giuridica per adottare un decreto legislativo recante la disciplina delle sanzioni.

La presenza di questa clausola generale in ogni legge di delegazione europea garantisce, quindi, una certa flessibilità al sistema. Il Governo italiano deve vigilare costantemente per assicurare che i regolamenti dell'Unione siano corredati da un appropriato sistema di sanzioni. Nel momento in cui il Governo si accorge di questa esigenza, esso può intervenire in forza della delega generale a tal fine conferita dal Parlamento nelle leggi di delegazione europea.

D'altra parte, va sottolineato che suddetta clausola generale è estremamente ampia. Il Parlamento delega in blocco al Governo il potere di approvare sanzioni per la violazione di atti dell'Unione che il Parlamento potrebbe non aver considerato nel corso della discussione parlamentare. L'ampiezza della delega è ulteriormente accentuata dal fatto che essa viene rinnovata da ogni successiva legge di delegazione europea[50].

Ciò detto, è ora possibile considerare le leggi europee, finora approvate, il cui esame consente di svolgere qualche considerazione ulteriore, sia pure di minore importanza.

Anzitutto, si può osservare che le disposizioni contenute in leggi europee, che menzionano regolamenti, non sono molte[51]. Complessi-

[49] V. sopra nota 37.

[50] V. E. Cottu, *Art. 33*, *op. cit.*, pp. 307 e 309.

[51] V. artt. 15, 16 e 33 legge 97/2013, cit.; artt. 11, 19, 22, 30 e 32 legge 161/2014, cit.; artt. 4, 7, 8 e 9, legge 122/2016, cit.; artt. 4, 13, 15 e 26, legge 167/2017, cit.; artt. 6, 13 e 17, legge 37/2019, cit.; artt. 11, 12, 13, 15, 16, 17, 22, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 37, 43 e 46, legge 238/2021, cit.

vamente, queste leggi hanno modificato la legislazione italiana per adeguarla ad obblighi puntuali risultanti da 34 regolamenti dell'Unione.

Inoltre, è interessante sottolineare che si tratta per lo più di modifiche di portata limitata, che riguardano soprattutto tre aspetti: l'indicazione di autorità nazionali chiamate a svolgere specifiche funzioni previste da un regolamento[52]; la fissazione delle sanzioni da infliggere in caso di violazione di un regolamento[53]; e il riconoscimento a un determinato organo nazionale del potere di dettare con un proprio atto la disciplina di dettaglio di procedimenti amministrativi[54]. L'esame delle leggi europee conferma quindi che questo strumento viene di solito utilizzato, anche in relazione ai regolamenti, per modifiche puntuali volte correggere aspetti specifici della legislazione vigente.

Nel complesso, l'analisi della legge 234/2012, e degli strumenti da essa previsti, ha fatto emergere alcuni dati fondamentali, che possono essere così sintetizzati. In Italia, l'adeguamento costante agli obblighi derivanti da regolamenti dell'Unione europea è garantito ricorrendo prevalentemente alla delega legislativa. Il Parlamento svolge un ruolo di indirizzo: esso fissa i principi e i criteri direttivi che il Governo deve rispettare e compie alcune scelte fondamentali, come quella di individuare le autorità nazionali competenti ad applicare i regolamenti. Nel rispetto dei principi e dei criteri fissati, l'esecutivo definisce il contenuto esatto delle misure interne di esecuzione.

4. Quel che ora è interessante capire è se questo sistema creato dalla legge 234/2012 sia adeguato per garantire la tempestiva adozione delle misure di esecuzione di regolamenti dell'Unione.

Al fine di svolgere questa verifica si è pensato di prendere in esame le procedure d'infrazione avviate contro l'Italia per violazione di regolamenti o per l'omessa adozione delle misure necessarie alla loro esecuzione. Il numero e l'esito di queste procedure consente infatti di capire l'adeguatezza dell'ordinamento italiano[55].

[52] V., ad es., artt. 15, 16 e 33, legge 97/2013, cit.; artt. 11, 22 legge 161/2014, cit.; art. 7, legge 122/2016, cit.; artt. 4 e 26 legge 167/2017, cit.; artt. 6, 13 e 17 legge 37/2019, cit.; artt. 31, 32, 34 e 37 legge 238/2021, cit.

[53] V., ad es., art. 33, legge 97/2013, cit.; art. 4, legge 122/2016, cit.; artt. 4 e 15, legge 167/2017, cit.; art. 13, legge 37/2019, cit.; artt. 13 e 22, legge 238/2021, cit.

[54] V., ad es., artt. 15 e 16, legge 97/2013, cit.; art. 13, legge 167/2017, cit.; artt. 13 e 17, legge 37/2019, cit.

[55] I dati contenuti nel presente paragrafo sono aggiornati fino al luglio 2022.

A tal fine, il presente lavoro considera le procedure d'infrazione avviate tra il 2013 e il 2022. Si tratta di un periodo sufficientemente lungo, che consente di ottenere dati significativi. Inoltre, il 2013 è l'anno di entrata in vigore della legge 234/2012[56]. Il periodo considerato coincide quindi con quello di vigenza di questa legge.

In questo lasso di tempo sono state avviate contro l'Italia 23 procedure d'infrazione relative a regolamenti. Mediamente ne sono state aperte circa due all'anno[57]. Considerato l'elevato numero e la complessità dei regolamenti approvati, il numero di procedure contro l'Italia appare, nel complesso, piuttosto contenuto.

Queste procedure hanno ad oggetto regolamenti dell'Unione che disciplinano settori diversi. In 14 casi (sui 23 totali) la materia considerata è stata quella dei trasporti[58]. Nei restanti casi le procedure hanno riguardato l'ambiente (4 casi)[59], l'iniziativa dei cittadini europei[60], la pesca[61], il ravvicinamento delle legislazioni[62], l'energia[63] e l'asilo[64]. Il numero rilevante di procedure relative al settore dei trasporti dimostra che nel periodo considerato l'Italia ha avuto difficoltà ad adeguarsi agli obblighi previsti da regolamenti concernenti questa materia.

Delle 23 procedure avviate, 20 sono state archiviate, mentre 3 sono ancora pendenti[65]. L'archiviazione è avvenuta in 14 casi dopo la lettera di messa in mora, in 4 casi dopo il parere motivato, in un caso dopo la decisione della Commissione di ricorrere alla Corte di giustizia e infine, in un caso, dopo l'introduzione del ricorso[66]. Ciò dimostra che l'Italia

[56] La legge 234/2012, cit., è entrata in vigore il 19 gennaio 2013.

[57] I dati esatti sono i seguenti: nel 2012, una procedura; nel 2013, 5; nel 2014, una; nel 2015, una; nel 2016, nessuna; nel 2017, 2; nel 2018, 2; nel 2019, 3; nel 2020, 7; nel 2021, 2; nel 2022 (fino al mese di luglio), nessuna.

[58] INFR (2013) 2074, INFR (2013) 2258, INFR (2013) 2260, INFR (2013) 4122, INFR (2014) 2265, INFR (2018) 2100, INFR (2019) 2064, INFR (2020) 2028, INFR (2020) 2144, INFR (2020) 2154, INFR (2020) 2175, INFR (2020) 2252, INFR (2020) 4051 e INFR (2021) 2043.

[59] INFR (2017) 2172, INFR (2019) 2085, INFR (2019) 2142, INFR (2021) 2016.

[60] INFR (2017) 4069.

[61] INFR (2013) 2096.

[62] INFR (2018) 2408.

[63] INFR (2020) 2131.

[64] INFR (2015) 2203.

[65] INFR (2020) 2131, INFR (2020) 4051 e INFR (2021) 2016 (dato rilevato a luglio 2022).

[66] V. ordinanza della Corte del 18 gennaio 2021, causa C-227/20, *Commissione c. Italia* che, a seguito della rinuncia al ricorso da parte della Commissione, ha ordinato la cancellazione della causa dal ruolo della Corte.

ha saputo reagire tempestivamente alla contestazione degli inadempimenti relativi a regolamenti dell'Unione. Quasi sempre essa ha posto rimedio all'infrazione già nella fase precontenziosa.

Un aspetto fondamentale, ai fini della presente indagine, riguarda il tipo di violazioni contestate. In almeno 14 casi (su 23) la Commissione ha avviato la procedura, lamentando la mancata adozione di misure interne di esecuzione[67]. In particolare, degno di nota è il fatto che 7 procedure hanno riguardato la mancata disciplina delle sanzioni da infliggere in caso di violazione di un regolamento[68]. Quasi un terzo del totale delle procedure d'infrazione relative a regolamenti ha riguardato, quindi, questo tipo di inadempimento.

Se ne desume che le autorità italiane non sempre riescono a individuare tempestivamente i regolamenti che richiedono un regime sanzionatorio e a disciplinare queste sanzioni entro i termini previsti. Ciò porta all'avvio di procedure d'infrazione da parte della Commissione europea.

Come si è detto sopra, l'Italia ha tuttavia posto rimedio all'infrazione. È interessante sottolineare come l'Italia ha operato in questi casi.

Dopo l'avvio della procedura, il Governo italiano ha disciplinato le sanzioni richieste con un decreto legislativo, adottato sulla base di una delega legislativa conferita dal Parlamento. In un solo caso, la delega era contenuta in una disposizione specifica di una legge di delegazione europea, che menzionava espressamente il regolamento considerato e affidava al Governo il compito di disciplinare le relative sanzioni[69]. In ben 6 casi, non c'era una delega specifica del Parlamento. Il Governo italiano ha utilizzato allora la clausola generale che abbiamo visto sopra, fondando su questa clausola i decreti legislativi recanti il regime delle sanzioni[70]. Queste clausole generali si sono rivelate quindi molto

[67] INFR (2013) 2074, INFR (2013) 2258, INFR (2013) 2260, INFR (2014) 2265, INFR (2017) 2172, INFR (2018) 2100, INFR (2018) 2408, INFR (2019) 2085, INFR (2019) 2142, INFR (2020) 2028, INFR (2020) 2144, INFR (2020) 2154, INFR (2020) 2175 e INFR (2021/2043).

[68] INFR (2013) 2074, INFR (2013) 2258, INFR (2013) 2260, INFR (2017) 2172, INFR (2018) 2408, INFR (2019) 2085 e INFR (2019) 2142.

[69] V. INFR (2018) 2408, art. 6, paragrafo 3, lettera f), legge 163/2017 e decreto legislativo del 19 febbraio 2019, n. 17.

[70] V. INFR (2013) 2074, art. 1 legge del 15 dicembre 2011, n. 217, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010* e decreto legislativo del 17 aprile 2014, n. 70; INFR (2013) 2258, art. 2 legge 96/2013 e decreto Legislativo del 29 luglio 2015, n. 129; INFR (2013) 2260, art. 2 legge 96/2013 e decreto Legislativo del 4 novembre 2014, n. 169; INFR

utili. Esse hanno consentito al Governo di adottare le misure sanzionatorie necessarie. Ciò ha consentito l'archiviazione delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea. Resta il fatto che dette clausole sono molto ampie, in quanto consentono al Governo di intervenire per atti dell'Unione che il Parlamento non aveva specificamente considerato quando aveva approvato la legge di delegazione europea.

5. L'analisi svolta sopra consente ora di trarre alcune conclusioni.

Nel corso degli ultimi dieci anni è notevolmente cresciuto il numero di regolamenti che richiedono un intervento del legislatore degli Stati membri. Benché questi atti non debbano essere recepiti nell'ordinamento interno, in quanto direttamente applicabili, sempre più spesso essi necessitano di misure nazionali che ne integrano il contenuto.

Questa evoluzione impone agli Stati membri di creare procedure adeguate per dare tempestivamente esecuzione ai regolamenti.

L'Italia si è attrezzata per tempo. La legge 234/2012 ha creato un sistema fondato sull'approvazione periodica di leggi, finalizzate a consentire il costante adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. L'elemento centrale di questo sistema è costituito dalla delega legislativa conferita dal Parlamento al Governo. Questo strumento, ideato soprattutto per rimediare ai ritardi nella trasposizione delle direttive, si rivela ora molto utile per l'esecuzione dei regolamenti.

L'indagine svolta nel presente contributo consente di affermare che il sistema italiano è adeguato e ha consentito di evitare la pronuncia di sentenze d'infrazione a seguito di procedure avviate ai sensi dell'art. 258 TFUE. Il numero limitato di procedure contro l'Italia per mancata esecuzione di regolamenti dimostra la capacità del legislatore italiano di conformarsi agli obblighi derivanti da queste fonti. Un ulteriore conferma dell'adeguatezza del sistema discende dal fatto che quasi tutte le procedure d'infrazione sono state archiviate nella fase precontenziosa, a seguito dello spontaneo adeguamento dell'Italia ai rilievi mossi dalla Commissione europea.

In un contesto tutto sommato positivo, due criticità sono state rilevate.

(2017) 2172, art. 2 legge 117/2019 e decreto Legislativo del 26 ottobre 2020, n. 153; INFR (2019) 2085, art. 2 legge 117/2019 e decreto legislativo del 30 luglio 2020, n. 99; INFR (2019) 2142, art. 2 legge 163/2017 e decreto legislativo del 5 dicembre 2019, n. 163.

Anzitutto, il lavoro ha messo in evidenza l'elevato numero di procedure aventi ad oggetto regolamenti dell'Unione concernenti il settore dei trasporti. L'Italia ha avuto difficoltà ad adeguarsi agli obblighi previsti da regolamenti relativi a questo settore.

Inoltre, in diversi casi le autorità italiane non sono riuscite a individuare tempestivamente i regolamenti che richiedevano misure sanzionatorie e ad adottare queste sanzioni entro i termini previsti. Il numero di procedure d'infrazione è rilevante anche per questo aspetto.

Il sistema italiano deve quindi essere migliorato sotto questi profili, rafforzando il monitoraggio dei regolamenti nel settore dei trasporti e, più in generale, il monitoraggio di tutti i regolamenti dell'Unione, i quali molto spesso richiedono l'adozione di misure sanzionatorie.

L'UNIONE EUROPEA TRA PACE E GUERRA

Michele Vellano[*]

SOMMARIO: 1. Un'originaria vocazione pacifista. – 2. Le principali caratteristiche e i limiti intrinseci dell'attuale modello istituzionale che gestisce la sicurezza e la difesa comune dell'Unione europea. – 3. La guerra in Ucraina e le conseguenze per il futuro assetto istituzionale della difesa dell'Unione europea. – 4. Cambio di paradigma, ovvero verso una capacità efficace e autonoma di difesa dell'Unione europea?

1. Uno dei più importanti insegnamenti che ci ha lasciato in eredità il Professor Giuseppe Tesauro è quello di conservare la piena consapevolezza del motivo principale per cui è stato dato avvio al processo di integrazione europea, ossia di preservare, dopo gli orrori della Prima e della Seconda Guerra Mondiale, la pace in Europa. Egli, specialmente in occasione dei suoi ultimi interventi nel corso di convegni dedicati all'approfondimento di temi anche specifici del diritto dell'Unione europea, raramente mancava di richiamarci a questa fondamentale priorità e alla circostanza che essa trovasse fondamento nell'asse franco-tedesco. Insegnamento di merito, ma anche di metodo perché ci rammenta che anche il più sopraffino giurista, impegnato nell'esame di dettaglio e nella disputa teleologica, non deve mai trascendere dalle coordinate di fondo che caratterizzano e motivano l'esistenza dell'ordinamento giuridico in cui si collocano le sue fonti e la sua giurisprudenza.

La dichiarazione di Robert Schuman del 9 maggio 1950, da cui il processo di integrazione europea prese l'avvio, contiene, in effetti, a chiare lettere e fin dal suo *incipit*, la vocazione ispiratrice dell'istituzione dei futuri Enti di cooperazione sovranazionale: "La paix mondiale ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent. La contribution qu' une Europe organisée et vivante peut apporter à la civilisation est indispensable au maintien des relations pacifiques. […]". Parimenti evidente nella dichiarazione Schuman la consapevolezza che la riuscita di tale sforzo per vincere gli orrori della guerra in Europa non potesse prescindere dalla composi-

[*] Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Torino.

zione della risalente contrapposizione franco-tedesca: "Le rassemblement des nations européennes exige que l'opposition séculaire de la France et de l'Allemagne soit éliminée. […] La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifestera que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible"[1].

Già all'epoca fu evidente ai più attenti osservatori, tra i quali Jean Monnet[2], che imbastire una convivenza pacifica tra gli Stati europei, i quali in precedenza si erano selvaggiamente combattuti, senza contemplare una difesa comune non avrebbe necessariamente scongiurato una guerra nel Vecchio continente, potenzialmente più drammatica e devastante in considerazione della comparsa nel frattempo dell'arma atomica.

Il tentativo di organizzarsi in tale senso fu compiuto già nel 1952, negoziando il Trattato istitutivo della Comunità europea di difesa (CED) che, come noto, non entrò mai in vigore[3]. Ci si accontentò, così, da un lato, di dare vita, nel 1954, all'Unione europea occidentale (UEO)[4], patto di difesa collettivo non troppo ambizioso e dalle irrilevanti ricadute concrete in termini di difesa preventiva, e, dall'altro lato, di collocarsi, tramite l'adesione degli Stati dell'Europa occidentale al Trattato istitutivo dell'Alleanza nordatlantica (NATO), sotto l'ombrello protettivo degli Stati Uniti d'America.

Le scelte compiute nei primi anni '50 del secolo scorso segnarono i destini europei per i successivi quaranta, trascorsi in una condizione

[1] Il testo integrale della dichiarazione di Robert Schuman può essere letto, anche nella traduzione in italiano, nel sito dell'Unione europea, alla seguente pagina: www.european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_fr.

[2] Si leggano, in proposito, le illuminanti pagine scritte da J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976.

[3] Dopo più di un rinvio e non pochi contrasti tra gli Stati potenzialmente interessati a dare vita alla nuova Comunità, tra i quali l'Italia, il progetto naufragò a seguito della decisione, presa il 30 agosto 1954, dell'Assemblea nazionale francese di rigettare la ratifica del relativo trattato istitutivo. Esiste un'ampia bibliografia che ricostruisce la vicenda e ne indaga i risvolti più rilevanti. Si rinvia, da ultimo, alle pagine di G. Rossolillo, *Le basi della politica estera e di sicurezza comune nei progetti CPE e CED*, in G. Rossolillo (a cura di), *L'integrazione europea prima dei trattati di Roma*, Roma, 2019, p. 39 ss.

[4] La clausola di mutua difesa della UEO è stata incorporata nel Trattato di Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009 all'articolo 42.7 del Trattato sull'Unione europea (TUE). Progressivamente le attività dell'organizzazione sono state trasferite all'Unione europea e l'UEO ha cessato di esistere il 1° luglio 2010.

di pressoché totale immobilismo politico e in un clima che venne definito di guerra fredda – ossia di ostilità conclamata, ma non combattuta sul campo – con lo schieramento antagonista capeggiato dall'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (URSS). Quei quattro decenni non trascorsero tuttavia invano, in quanto consentirono l'applicazione dell'approccio funzionalista, consistente nella graduale costruzione di un'Europa unita e solidale basata su realizzazioni concrete portate a termine poco alla volta e un pezzo per volta.

L'implosione dell'alleanza basata sul Patto di Varsavia, simboleggiata dalla caduta del Muro di Berlino nel 1989, rimise in moto l'orologio della storia e diede agli europei la possibilità (in seguito, rivelatasi illusoria) di rendersi coesi e autonomi, oltre che attraverso la realizzazione di un Mercato unico, anche dotandosi finalmente, con il Trattato di Maastricht sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, di una propria politica estera e di sicurezza comune (PESC). I successivi passaggi, scanditi dall'ingresso nell'Unione europea nel 2004, nel 2007 e nel 2013 degli Stati in maggioranza dell'Europa orientale e dall'adozione di trattati modificativi fino a quello detto di Lisbona, che ci hanno consegnato l'assetto attuale dell'Unione europea sono troppo noti per meritare di essere qui descritti anche solo in sintesi.

Nel corso degli ultimi vent'anni, l'Unione europea ha impostato e condotto, non senza andare incontro a difficoltà e a contraddizioni, una politica estera e di sicurezza comune fondata sulla ricerca di un proprio ruolo a difesa del diritto internazionale e del perseguimento della pace a livello tanto continentale quanto mondiale[5]. Come espressamente sancito dalla formulazione vigente del primo paragrafo dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE), l'Unione, infatti, "si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli" non solo al suo interno, ma anche, ai sensi del quinto paragrafo del medesimo art. 3 TUE, nelle relazioni con il resto del mondo, contribuendo "alla pace, alla sicurezza e allo sviluppo sostenibile della Terra", nonché "alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite". Quando gli Stati membri hanno resistito alla tentazione di dare precedenza, *uti singuli*, ai propri interessi nazionali, riuscendo a individuare un punto di mediazione e così esprimere una posizione comune, l'U-

[5] In proposito si veda, da ultimo, E. Greppi, *Politica estera e difesa europea*, in M. Vellano, A Miglio (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione europea*, Milano, 2023, p. 5 ss.

nione europea è riuscita a interpretare al meglio un ruolo volto a pacificare singole crisi internazionali e a porsi a difesa, più in generale, dei principi cardine del diritto internazionale onusiano. A riconoscimento di questo approccio, all'Unione europea è stato persino attribuito il Premio Nobel per la pace nel 2012 con motivazioni che meritano essere richiamate: "The Union and its forerunners have for over six decades contributed to the advancement of peace and reconciliation, democracy and human rights in Europe. Today war between Germany and France is unthinkable. […] The work of the EU represents "fraternity between nations" and amounts to a form of the "peace congresses" to which Alfred Nobel refers as criteria for the Peace Prize in his 1895 will". Questo ruolo, benché spesso sottostimato nel quadro delle relazioni internazionali, costituisce la reinterpretazione, o meglio la modernizzazione, dell'approccio intrapreso fin dall'avvio del processo di integrazione europea. Scongiurato, infatti, anche solo il pericolo di un ritorno della guerra all'interno dei suoi confini tra gli Stati membri, l'Unione europea ha preso coscienza che la pace, per essere duratura ed effettiva, deve essere ricercata e preservata a livello mondiale. La capacità dell'Unione europea di porsi e di essere percepita come terza rispetto a interessi meramente nazionali è stata ed è una risorsa assolutamente straordinaria per la pace mondiale, oggi messa a dura prova, come vedremo, dagli eventi accaduti dal febbraio 2022 in poi.

2. L'attuale modello di sicurezza e difesa comune ha, dunque, la forma e le caratteristiche disegnate, da ultimo, dal Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, benché sia, per definizione, soggetto a continua evoluzione, in particolare per quanto attiene al settore della difesa[6]. Le disposizioni dedicate espressamente alla politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione europea (d'ora innanzi, PSDC) si collocano nell'ambito del titolo V del TUE, intitolato "Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune". Più in particolare, gli artt. 42-46, espressamente dedicati alla PSDC, costituiscono la sezione 2 del capo

[6] Infatti, tanto l'art. 24, paragrafo 1, (TUE), quanto l'articolo 2, paragrafo 4, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) contemplano una definizione progressiva di una politica di difesa comune che può condurre a una difesa comune. Per un inquadramento complessivo si veda, da ultimo, L. Paladini, *La politica di sicurezza e difesa comune (PSDC)*, in M.E. Bartoloni e S. Poli (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 289 ss.

2, il quale contiene il complesso delle disposizioni che regolano la politica estera e di sicurezza comune.

Concentreremo la nostra attenzione, in particolare, sulla *governance* della PSDC in quanto fattore strategico in termini di effettività ed evoluzione della stessa. Avremo, a tale riguardo, cura di distinguere due livelli di *governance*: uno riferito alle Istituzioni e un secondo composto da più organi tra loro connessi e posti a supporto del primo.

In via preliminare, è appena il caso di ricordare, in quanto aspetto ampiamente noto, che l'esercizio della competenza attribuita all'Unione europea in materia di sicurezza e difesa comune si esplica tutt'ora attraverso il ricorso al metodo c.d. intergovernativo, in base al quale gli Stati conservano un ruolo preminente nel processo istruttorio e deliberativo in questo ambito. In particolare, l'assunzione di decisioni in materia di PSDC è rigorosamente subordinata all'assenza anche solo di un voto contrario ed è, comunque, esclusa l'adozione di atti legislativi[7].

Cominciando dal primo livello di *governance* non deve, perciò, sorprendere il ruolo centrale e decisivo affidato dal TUE al Consiglio europeo, istituzione che, più di ogni altra, è contraddistinta dal perdurante approccio intergovernativo posto a tutela della salvaguardia degli interessi nazionali. Coerentemente all'impostazione secondo la quale la sicurezza nazionale e la difesa dell'integrità territoriale costituiscono due priorità assolute per ogni Stato membro, la funzione di indirizzo politico e strategico, per quanto riguarda la PSDC nell'ambito dell'Unione europea, è stata affidata all'istituzione in cui siedono i capi di Stato o di Governo degli Stati membri[8]. Ogni determinazione viene assunta dal Consiglio europeo di norma per *consensus*, ossia in assenza di opposizione esplicita da parte del capo di Stato o di Governo di uno Stato membro[9]. Il vincolo dell'unanimità costituisce oggettivamente un limite a un esercizio effettivo e dinamico di una vera e propria

[7] Così dispone l'articolo 31, paragrafo 1, TUE. Il secondo capoverso della stessa norma contempla la c.d. astensione costruttiva in base alla quale lo Stato che si è astenuto "non è obbligato ad applicare la decisione ma accetta che essa impegni l'Unione".

[8] In base all'art. 22 TFUE, "Il Consiglio europeo individua gli interessi e obiettivi strategici dell'Unione sulla base dei principi e degli obiettivi enunciati all'articolo 21". In proposito, G. Fiengo, *PESC e PSDC: quale ruolo per il Coniglio europeo?*, in *federalismi.it*, n. 23, 2018 e C. Novi, *Il ruolo ancora decisivo degli Stati membri nella politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea*, in *La Comunità internazionale*, 2019, p. 253 ss.

[9] Quando il Consiglio europeo adotta una vera e propria decisione, procede su raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea, nella composizione "Affari esteri", e la decisione viene attuata secondo le procedure previste dai trattati.

politica di sicurezza e difesa comune, tanto più in un'Unione europea composta da un numero significativo e, nonostante la *Brexit*, probabilmente crescente di Stati membri (attualmente 27, ma che potrebbero diventare, nel medio termine, trenta o più)[10].

Vi è poi da considerare la variegata posizione degli attuali Stati membri rispetto all'impegno da assumere con specifico riferimento ai temi della difesa. La Danimarca, che disponeva di un *opting-out*, rispetto alla PSDC, attraverso l'art. 5 del Protocollo n. 22 allegato al Trattato di Lisbona, ha indetto il 1° giugno 2022 un *referendum* consultativo il cui esito ha impegnato il Governo a ritirare la clausola di deroga. La Svezia e la Finlandia, fin dall'origine coinvolte nella PSDC ma mantenendo tradizionalmente posizioni molto prudenti in ossequio alla loro neutralità internazionale, hanno recentemente presentato domanda per entrare a fare parte della NATO. Malta, Irlanda e Austria, a loro volta tipicamente su posizioni neutrali, continuano a rivendicare il loro *status* speciale anche con riferimento agli impegni derivanti dalla PSDC[11]. Nonostante il recente riposizionamento di alcuni Stati membri, per quanto riguarda il loro coinvolgimento diretto sui temi della difesa, permangono le diversità di vedute, i distinguo e, al limite, l'invocazione dell'esercizio del diritto di veto, da parte dei rispettivi capi di Stato o di Governo, all'interno del Consiglio europeo.

Sebbene il presidente del Consiglio europeo sia espressamente chiamato, ai sensi dell'art. 15 TUE, ad assicurare "al suo livello e in tale veste, la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune, fatte salve le attribuzioni dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza", il suo ruolo è, fin qui, apparso ben poco incisivo riguardo alle questioni della sicurezza e, in particolare, della difesa comune. Le potenziali conseguenze della carenza, in capo al presidente del Consiglio europeo, dell'effettivo e concreto esercizio di rappresentante dell'Unione europea in materia di difesa comune costituiscono un aspetto non abbastanza considerato[12]. Gli obiettivi limiti di effettiva rappre-

[10] Non affrontiamo in questa sede gli aspetti problematici dei futuri ingressi degli Stati candidati, a cominciare dall'Ucraina, ma è del tutto evidente che la loro *membership* renderà il raggiungimento dell'unanimità ulteriormente problematico.

[11] Questi Stati, ma in realtà tutti i membri dell'Unione europea, possono ricorrere alla già ricordata astensione costruttiva.

[12] Basti riflettere, sia pure avendo bene a mente la particolare natura sovranazionale dell'Unione europea, sulla circostanza che la funzione di capo di Stato è normalmente associata, in quasi tutti gli ordinamenti statali, anche a quella di comandante su-

sentanza in capo al presidente del Consiglio europeo possono, infatti, pesare, in maniera evidente e certamente pregiudizievole, in situazioni di crisi acuta, quando la consultazione e la conseguente adozione di decisioni necessita tempi particolarmente rapidi. È risaputo, del resto, che l'esito o, comunque, l'andamento di una guerra moderna dipendono da decisioni prese in poche ore, e non certo in giorni o addirittura settimane, ed è, quindi, evidente che il ruolo assegnato al presidente del Consiglio europeo è, così come attualmente concepito e regolato, a tale fine inadeguato[13].

Un ruolo decisamente più operativo, rispetto a quello assegnato al Consiglio europeo, spetta al Consiglio dell'Unione europea nella formazione "Affari esteri"[14]. Anche per le deliberazioni assunte dal Consiglio in ambito PSDC, vale la regola dell'unanimità con le difficoltà del caso[15] e con un regime ancora più assoluto di quello vigente rispetto alla PESC (non valgono le eccezioni contemplate dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 31 TUE). Le sessioni del Consiglio "Affari esteri", dedicate alla PSDC, sono presiedute dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, assistito dal Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE). Il ruolo e il contributo che l'Alto rappresentante è chiamato a dare allo sviluppo e, allo stesso tempo, all'attuazione della PSDC sono considerevoli. Da un lato, l'Alto rappresentante assolve una funzione propositiva, dall'altro lato, deve essere in grado

premo delle forze armate. Al vertice delle *United States Armed Forces* vi è il presidente degli Stati Uniti d'America che si avvale del segretario della difesa come consigliere militare e che nomina il capo dello Stato maggiore congiunto. Nel nostro ordinamento, l'articolo 87 della Costituzione stabilisce che il presidente della Repubblica ha "il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere".

[13] In conseguenza di questa incapacità a esprimere rapidamente una posizione unitaria, si verifica sovente la manifestazione contemporanea di posizioni individuali dei singoli capi di Stato o di Governo che rende, a maggior ragione, incomprensibile quale sia l'approccio dell'Unione europea rispetto a una specifica emergenza.

[14] Come è noto, esso è composto dai ministri degli affari esteri e dall'Alto rappresentante e può essere allargato, a seconda dei punti messi all'ordine del giorno, ai ministri della difesa (ma anche ai ministri per il commercio estero e ai ministri per la cooperazione allo sviluppo). Il Consiglio "Affari esteri" si riunisce, di norma, almeno una volta al mese.

[15] In base all'art. 42, paragrafo 4, "le decisioni relative alla politica di sicurezza e di difesa comune, comprese quelle inerenti all'avvio di una missione di cui al presente articolo, sono adottate dal Consiglio che delibera all'unanimità su proposta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o su iniziativa di uno Stato membro".

di tradurre in proposte concrete e operative ciò che i capi di Stato o di Governo degli Stati membri decidono in seno al Consiglio europeo e ciò che viene deciso nell'ambito del Consiglio nella composizione "Affari esteri"[16].

Poiché, come è noto, l'Alto rappresentante è contemporaneamente anche uno dei vicepresidenti della Commissione, egli è deputato a fungere da raccordo con la Commissione e, in particolare, con il suo presidente. Questa circostanza contribuisce a produrre una sorta di effetto "coinvolgimento" della Commissione tutta, e del suo vertice in particolare, nel merito delle decisioni PSDC da cui, in base alle norme del TUE e del TFUE, dovrebbe chiamarsi fuori. Appare, del resto evidente, che il riparto di competenze basato sulla distinzione, nell'ambito delle relazioni esterne, tra, da un lato, questioni rientranti nella politica di sicurezza e difesa comune e, dall'altro, aspetti non rientranti, è apprezzabile sul piano teorico ma decisamente meno su quello pratico.

Resta, invece, sostanzialmente estraneo alla PSDC il Parlamento europeo, a riprova della natura prettamente intergovernativa della stessa[17]. Questo difetto di attribuzione di competenze risalta particolarmente in considerazione della rilevanza e della delicatezza dei temi trattati nell'ambito della PSDC. Un parziale rimedio a tale esclusione è costituito dal disposto dell'art. 36 TUE in base al quale l'Alto rappresentante è tenuto a consultare regolarmente il Parlamento europeo sui principali aspetti della PESC e della PSDC e a informarlo sull'andamento e sull'evoluzione di tali politiche. D'altra parte, il Parlamento europeo, in base al medesimo art. 36 TUE, "può rivolgere interrogazioni o formulare raccomandazioni al Consiglio e all'Alto rappresentante" nell'ambito o al di fuori di appositi dibattiti, da tenersi almeno due volte l'anno, espressamente dedicati all'attuazione della PESC e della PSDC.

[16] In base a quanto disposto dall'art. 18, paragrafo 2, TUE: "l'Alto rappresentante guida la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione. Contribuisce con le sue proposte all'elaborazione di detta politica e la attua in qualità di mandatario del Consiglio. Egli agisce allo stesso modo per quanto riguarda la politica di sicurezza e di difesa comune".

[17] Appaiono, tutto sommato, marginali alcune eccezioni che contemplano la consultazione del Parlamento europeo in merito all'organizzazione e al funzionamento del Servizio europeo per l'azione esterna (SEAE) che assiste l'Alto rappresentante nell'esercizio delle sue funzioni (art. 27, paragrafo 3, TUE) e che riguardano il finanziamento della PSDC in casi di urgente rifinanziamento dei relativi capitoli di spesa (art. 41 TUE).

Parimenti fuori da un coinvolgimento effettivo, rispetto al vaglio di legittimità delle decisioni assunte nel quadro della PSDC, è la Corte di giustizia (art. 24 TUE). Quest'ultima si pronuncia peraltro sulla verifica della legittimità delle misure restrittive adottate contro le persone fisiche o giuridiche, nonché sul rispetto del principio di attribuzione delle competenze alle istituzioni, tenendo conto di quanto disposto dall'art. 40 del TUE.

A supporto delle istituzioni impegnate nell'elaborazione e attuazione della PSDC, in particolare del Consiglio europeo e del Consiglio, operano plurimi organi, con composizione e competenze varie, che costituiscono il secondo livello di *governance* del sistema di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea.

Gli organi che operano a questo secondo livello sono piuttosto numerosi e, oltre a svolgere la funzione di consulenza tecnica alle istituzioni, si fanno carico dell'esecuzione materiale delle decisioni assunte in sede politica. Con riferimento agli argomenti che hanno implicazioni per la difesa comune, entrano in gioco anche organi composti da militari di carriera al massimo livello gerarchico delle rispettive forze armate negli Stati membri.

Nell'ambito della fondamentale opera di approfondimento e di preparazione delle decisioni assunte in seno al Consiglio "Affari esteri", svolge un ruolo fondamentale il Comitato politico e di sicurezza (CPS), previsto e disciplinato dall'art. 38 TUE, che, a sua volta, riprende il contenuto delle disposizioni introdotte nell'architettura istituzionale dell'Unione europea dall'art. 25 del Trattato di Nizza a seguito di una decisione assunta dai capi di Stato e di Governo a Helsinki nel 1999.

Il CPS non si sostituisce ma collabora con il tradizionale Comitato dei rappresentanti permanenti dei governi degli Stati membri (COREPER), che ha la responsabilità della preparazione dei lavori del Consiglio e dell'esecuzione dei compiti che quest'ultimo gli assegna. Siedono nel CPS gli ambasciatori degli Stati membri presso l'Unione europea con il compito di contribuire a "definire le politiche formulando pareri per il Consiglio, a richiesta di questo, dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o di propria iniziativa" e, più in generale, di controllare la situazione internazionale nei settori che rientrano nella PSDC, sempre fatte salve le competenze dell'Alto rappresentante. Specifici compiti sono poi attribuiti al CPS, sempre in base all'art. 38 TUE, per quanto riguarda il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi previste dall'art. 43 TUE (compresi gli aspetti militari e civili che contemplino

la necessità di un coordinamento)[18]. Un'ulteriore competenza, meno nota delle precedenti ma certamente altrettanto importante, è costituita dal ruolo attribuito al CPS nell'eventualità dell'invocazione della clausola di solidarietà *ex* art. 222 TFUE, così come previsto dalla decisione 2014/415/UE[19].

Il CPS può, a sua volta, fare affidamento, in vista dell'assunzione delle proprie determinazioni, sul supporto di due ulteriori importanti organi il Comitato militare dell'Unione europea (European Union Military Committee - EUMC) e lo Stato maggiore dell'Unione europea (European Union Military Staff - EUMS).

L'EUMC è stato istituito dalla decisione 2001/79/PESC[20] ed è composto dai capi di Stato maggiore della difesa degli Stati membri rappresentati dai rispettivi rappresentanti militari (MILREP). L'EUMC ha un presidente permanente, selezionato dallo stesso EUMC[21], riunito a livello di capi di Stato maggiore della difesa, e nominato dal Consiglio per la durata di tre anni. Il presidente, che funge da portavoce dell'EUMC, partecipa sia alle riunioni del CPS e, secondo necessità, a quelle del Consiglio che abbiano implicazioni nel campo della sicurezza e della difesa.

Il compito dell'EUMC è quello di formulare pareri e raccomandazioni a favore del CPS e dell'Alto rappresentante in relazione alla politica di sicurezza e di sovraintendere a tutte le attività militari svolte sotto l'egida dell'Unione europea, in particolare alla pianificazione e all'esecuzione delle missioni e operazioni militari nell'ambito della PSDC, le quali sono affidate, da un punto di vista operativo, alla conduzione dell'EUMS.

L'EUMS fa parte, a sua volta, del Segretariato del Consiglio dell'Unione europea e opera sotto la direzione dell'EUMC e dell'Alto rappresentante. È stato istituito con decisione 2001/80/PESC[22] ed è diretto

[18] In base all'art. 38, paragrafo 3, TUE, il Consiglio "può autorizzare il comitato a prendere le decisioni appropriate in merito al controllo politico e alla direzione strategica dell'operazione".

[19] Decisione 2014/415/UE del Consiglio, del 24 giugno 2014, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà.

[20] Decisione 2001/79/PESC del Consiglio, del 22 gennaio 2001, che istituisce il comitato militare dell'Unione europea.

[21] Per accedere al ruolo occorre essere un generale dell'esercito, un ammiraglio o un generale dell'aeronautica a quattro stelle.

[22] Decisione 2001/80/PESC del Consiglio, del 22 gennaio 2001, che istituisce lo Stato maggiore dell'Unione europea.

da un generale a tre stelle. Il personale che lo compone è sia militare che civile (in quest'ultimo caso si tratta di funzionari alle dipendenze del Consiglio e della Commissione europea)[23]. I compiti affidati all'EUMS sono molteplici e, principalmente, di coordinamento con i vertici delle forze armate degli Stati membri dell'Unione europea. Ricadono sotto la sua responsabilità sia le operazioni di "mantenimento della pace" sia quelle che prevedono l'impiego della forza in scenari di combattimento, nonché ulteriori compiti rientranti nella strategia europea di sicurezza come le operazioni di disarmo congiunto e di controllo sui livelli di armamenti, quelle a sostegno di Stati terzi nella lotta al terrorismo e la nomina dei componenti le delegazioni di esperti e consiglieri militari all'estero. L'EUMS svolge anche una funzione consultiva su temi strettamente militari e di difesa, sempre sotto la supervisione dell'EUMC[24].

La natura tecnica e operativa dei compiti affidati all'EUMS induce i soggetti che ne fanno parte, in rappresentanza delle rispettive forze armate, a collaborare con un approccio collegiale e, per lo più, scevro da condizionamenti volti a salvaguardare interessi prettamente nazionali. Un approccio che riequilibra, almeno in parte, l'impostazione intergovernativa e mette al centro l'esigenza operativa militare.

Resta, comunque, da considerare che l'azione militare svolta sul campo dall'Unione europea avviene attualmente ad opera di componenti delle forze armate nazionali messi temporaneamente a disposizione dagli Stati maggiori degli Stati membri. Entro il 2025 dovrebbe essere costituito un corpo militare di pronto intervento, composto da 5.000 unità, collocato alle dipendenze dell'EUMS e riconducibile all'Unione europea in quanto tale[25].

Nell'ambito dell'EUMS è stato istituito, con decisione 2017/971/UE[26], una struttura di comando e controllo, nota come Capacità militare di pianificazione e condotta (Military Planning and Conduct Capability - MPCC), con la responsabilità di determinare le modalità di

[23] In caso di crisi il personale può essere aumentato, come previsto dalla decisione 2008/298/PESC del Consiglio, del 7 aprile 2008. Attualmente sono in servizio circa 200 addetti militari presso la sua sede a Bruxelles.

[24] Ovviamente l'EUMS si coordina frequentemente con i comandi della NATO anche al fine di perseguire un'azione coerente ed efficace sui vari fronti.

[25] Si tratta di una delle novità più significative contenute nel documento strategico intitolato "A Strategic Compass for Security and Defence", adottato dal Consiglio il 21 marzo 2022 e di cui si dirà più avanti.

[26] Decisione (UE) 2017/971 del Consiglio, dell'8 giugno 2017, che istituisce il Comitato per la capacità militare di pianificazione e condotta.

pianificazione e condotta concernenti le missioni di politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione europea senza compiti esecutivi (in pratica, l'operazione supporta la nazione ospitante solamente con ruolo di consulenza, tipicamente nel settore della formazione del personale locale). La MPCC fornisce una struttura stabile di comando e controllo a livello strategico-militare.

Sotto l'egida dell'Unione europea vengono condotte, nel quadro della PSDC, anche missioni civili o miste civili e militari[27]. Si è reso, perciò, necessario creare appositi organi con lo scopo di prestare assistenza e consulenza al CPS e utile confronto con l'EUMS e gli organi militari che lo assistono. È stato, quindi, istituito, con decisione 2000/354/PSDC[28], il Comitato per gli aspetti civili della gestione delle crisi (Committee for Civilian Aspects of Crisis Management -CIVCOM). Quest'ultimo ha il compito di fornire pareri tecnici e raccomandazioni al CPS in ordine agli aspetti civili nella gestione delle crisi internazionali che vedono coinvolta l'Unione europea.

Nel complesso, l'articolazione dei Comitati e degli organi sussidiari che costituisce la rete di supporto, tanto in fase istruttoria quanto in fase realizzativa, alle istituzioni dell'Unione europea nell'ambito della PSDC rende l'idea di un assetto fin troppo articolato. Assetto certamente in grado di gestire le operazioni di pace e le missioni civili condotte sotto l'egida dell'Unione europea, ma non completamente adeguato a fronteggiare eventuali minacce militari rivolte direttamente all'Unione europea e ai suoi Stati membri.

3. Il 24 febbraio del 2022 la guerra è tornata in modo tanto improvviso quanto dirompente nel cuore dell'Europa. L'attacco delle forze armate della Federazione russa contro l'Ucraina si è svolto secondo modalità tipiche dei conflitti del secolo scorso, come un'invasione su larga scala con impiego massiccio di uomini e mezzi. Si tratta di una tipologia di condotta bellica che, quanto meno nel Vecchio continente, appariva relegata alla memoria storica e che differisce sensibilmente dalla temporanea interruzione della *pax europaea* in occasione del conflitto nella *ex*-Jugoslavia, caratterizzata da azioni militari conseguite alla

[27] Sono attualmente in corso dieci missioni civili nell'ambito della PSDC (in Ucraina, Georgia, Kosovo, Libia, Territori palestinesi, Niger, Mali, Somalia, Iraq, Repubblica Centroafricana).

[28] Decisione 2000/354/PSDC del Consiglio, del 22 maggio 2022, che istituisce il Comitato per gli aspetti civili della gestione delle crisi.

disgregazione di uno Stato federale e per lo più prive di caratteristiche tipiche dei conflitti tradizionali. Elemento di novità assoluta, persino rispetto ai trascorsi della prima metà del '900 e del conflitto nella *ex*-Jugoslavia, è inoltre la circostanza che uno degli Stati belligeranti sia una potenza ampiamente dotata di armamento nucleare e non ne abbia escluso l'impiego nella condotta delle ostilità.

Si comprende, perciò, come la guerra in Ucraina abbia prodotto un forte shock nelle capitali europee e nei vertici delle istituzioni dell'Unione europea. Si è trattato di un brusco risveglio che ha colto i vertici politici, così come i cittadini europei, increduli, ancor più che sorpresi. Stato d'animo tipico di chi ha completamente rimosso lo spettro della guerra dal suo mondo reale, considerando quest'ultima semplicemente inconcepibile almeno in territorio europeo[29]. I Governi degli Stati membri, pur muovendo ancora una volta da posizioni individuali[30], hanno da subito avvertito la necessità di una risposta comune a questa circostanza tanto inaspettata quanto denegata.

La reazione, almeno nell'immediato, è stata effettivamente coesa e rapida, specie se paragonata alle difficoltà che spesso le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri hanno incontrato nell'articolare un'azione tempestiva, coerente ed efficace di fronte a crisi internazionali del passato[31]. Il 28 febbraio 2022, appena quattro giorni dopo l'inizio delle operazioni militari, è stata formalmente adottata la decisione (PESC) 2022/338[32] del Consiglio dell'Unione europea nella composizione "Affari esteri/difesa" relativa a una misura di assistenza per la fornitura alle forze armate dell'Ucraina di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza. Compiendo una scelta senza precedenti, si è deciso di finanziare la fornitura di armamenti letali, anche pesanti, a uno Stato impegnato a difendersi da un attacco militare in atto ad opera di un altro Stato. Il totale del finanziamento, provvisoriamente

[29] Questa reazione porta testimonianza, se non altro, della rimozione della guerra dalla coscienza dei cittadini europei vissuti in pace per più di settant'anni e, salvo che per un'esigua minoranza, privi di qualsiasi esperienza diretta o ricordo dei suoi flagelli.

[30] Per quanto riguarda, in particolare, la posizione dell'Italia si rinvia a A. Spagnolo, *The armed attack against Ukraine and the italian reaction from a ius ad bellum perspective*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, p. 1.

[31] Si pensi, a mero titolo di esempio, alla crisi in Libia nel 2014 e alla spaccatura tra le diverse, talora opposte oppure indifferenti, posizioni degli Stati membri dell'Unione europea e la conseguente immobilità delle sue istituzioni.

[32] Decisione 2022/338/PESC del Consiglio, del 28 febbraio 2022, relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari.

attestato a oltre due miliardi di euro, testimonia la valenza militare e non solo simbolica della decisione presa.

L'assunzione di responsabilità diretta da parte dell'Unione europea, di fronte alle drammatiche conseguenze del conflitto in Ucraina in corso da diversi mesi, potrebbe porre le premesse di una svolta nella stessa concezione, ancor prima che nella conduzione, della politica di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea. Svolta già avviata, limitatamente agli aspetti operativi, attraverso la predisposizione e la successiva adozione del documento strategico intitolato "A Strategic Compass for Security and Defence" (in italiano, Bussola strategica)[33]. La Bussola strategica, adottata il 21 marzo 2022 dal Consiglio dell'Unione europea nella composizione "Affari esteri/difesa", sebbene in preparazione da molti mesi a esito di approfondite e reiterate discussioni, è un primo esperimento per fare evolvere la PSDC in conseguenza della guerra in Ucraina. Qui sia sufficiente accennare alle implicazioni per quanto riguarda la conduzione della c.d. guerra ibrida, all'impiego sempre crescente dei droni come armi da ricognizione e di offesa, ai *cyber attacks* e al ruolo fondamentale dei satelliti in orbita.

Qualsiasi cambiamento operativo, per quanto importante, avrà, però, un'incidenza relativa e, soprattutto, di breve orizzonte se non accompagnato da un ripensamento strategico della PSDC, a cominciare dal suo assetto complessivo di *governance*.

4. La guerra in Ucraina ha messo gli Stati membri dell'Unione europea davanti alla crudezza di un'aggressione armata perpetuata nel cuore dell'Europa e ha fatto vacillare la tradizionale e originaria vocazione pacifista dell'Unione europea nel suo complesso. Le scelte da prendere sono, a questo punto, urgenti e decisive. Esse passano, in primo luogo, da una rimodulazione dell'assetto di *governance*, quanto meno di secondo livello, della difesa europea. Occorre, infatti, semplificare tale assetto rendendolo in grado di fronteggiare, oltre all'ordinaria amministrazione, anche eventi imprevisti di particolare rilevanza e urgenza, come, ad esempio, un attacco armato nei confronti dell'Unione europea nel suo complesso o di uno o più dei suoi Stati membri, ipotesi considerata fin qui irrealistica ma ora non più tale. Sotto questo aspetto, sarà indispensabile porsi il tema di come garantire l'adozione delle decisioni politiche e, così pure, quelle operative più rapidamente di

[33] Il documento può essere letto, anche in italiano, sul sito del Consiglio www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/en/pdf.

rispetto a quanto possa avvenire con gli attuali meccanismi decisionali. In secondo luogo, bisognerà finalmente rompere gli indugi al fine di realizzare una difesa europea autonoma e, per quanto riguarda almeno la dotazione delle armi convenzionali, autosufficiente.

Per realizzare questo obiettivo gli Stati membri dovrebbero mettere da parte il perseguimento del proprio esclusivo interesse nazionale a favore di scelte che esprimano davvero l'interesse collettivo, a cominciare dallo stanziamento di risorse economiche adeguate e dalla progettazione e successiva fornitura degli stessi modelli d'arma offensiva e difensiva. Per certo, una vera discontinuità si produrrà nel processo di integrazione europea solo quando l'Unione europea conseguirà un'effettiva autonomia strategica in questo settore.

Ciò potrà avvenire solo attraverso, da un lato, un'intesa virtuosa tra la Francia e la Germania, i due soli Stati membri in grado insieme di spostare gli equilibri nel quadro dell'Unione europea a maggior ragione dopo il recesso del Regno Unito, e, dall'altro, una ridefinizione, non solo formale, dei rapporti con la NATO[34].

Per quanto riguarda il primo aspetto, la scelta principale è ascrivibile soprattutto alla Francia, la quale detiene da sola il seggio permanente nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e, soprattutto, la forza di dissuasione nucleare, chiamata anche forza d'urto (in francese: *force de frappe*)[35]. A ben vedere, è una scelta di ordine politico perché implica, da un lato, l'eventuale definitivo abbandono di un ruolo individuale da potenza mondiale e, dall'altro, l'accettazione che la Germania si riarmi e torni a essere, dopo settantacinque anni, protagonista anche per quanto concerne la forza bellica.

Il secondo aspetto è, per certi versi, ancora più complesso e delicato perché coinvolge 21 dei 27 Stati membri contemporaneamente dell'Unione europea e della NATO e, di conseguenza, il loro rapporto con gli Stati Uniti[36]. A questo riguardo, si percepisce un vero e proprio

[34] Si veda, da ultimo, F. Salmoni, *La difesa comune europea come pilastro della NATO. Un esercito senza Stato per un'Europa senza sovranità*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2022, pp. 60-108 e C. Cellerino, *La difesa europea dinanzi alla guerra in Ucraina tra "autonomia strategica" e vincoli strutturali: quali prospettive per la Difesa comune?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 9 ss.

[35] Qualche (debole) avvisaglia in tale senso si può cogliere nelle parole del presidente E. Macron in *Discours du Président Emmanuel Macron sur la stratégie de défense à l'école de guerre*, 2020, sul sito elysee.fr.

[36] Il TUE all'art. 42, secondo paragrafo, espressamente prevede che la PSDC debba essere compatibile con gli impegni NATO: "Gli impegni e la cooperazione in questo

paradosso. Più forte è l'Alleanza atlantica, maggiore è la dipendenza dell'Unione da quest'ultima e minore la prospettiva di una reale autonomia strategica, tale da poter dare vita a un'effettiva difesa europea. Questa tensione si coglie, in particolare, con riferimento alla dipendenza tecnologica e di armamento degli Stati membri dell'Unione europea, nel settore militare, rispetto agli Stati Uniti. Così, in tempi di relativa pace globale, non si avverte la necessità di investire ingenti risorse economiche per fare progredire la tecnologia militare europea per renderla maggiormente autonoma. Al contrario, in tempo di tensioni globali o addirittura di una guerra, si percepisce, a maggior ragione, la necessità per l'Europa di cercare, attraverso la NATO, la protezione degli Stati Uniti, abdicando preventivamente a ogni proposito di protagonismo e, quindi, di autonomia in ambito globale e operativa sul campo[37].

Affrontare i due nodi sopra brevemente richiamati significa, però, accettare che la guerra in Europa è ancora possibile (anche se la dotazione di una difesa effettiva e credibile servirebbe appunto a scongiurarla) e cambiare di conseguenza l'anima stessa dell'Unione europea e, in definitiva, anche la sua collocazione nella Comunità internazionale e la percezione che dell'Unione europea si avrebbe nel mondo.

È un'opzione che, come cittadini dell'Unione europea, siamo consapevolmente disponibili a incoraggiare?

settore rimangono conformi agli impegni assunti nell'ambito dell'Organizzazione del Trattato del Nord-Atlantico che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa". Difficile dire se questa formula imponga un vero e proprio primato degli obblighi derivanti dal trattato istitutivo e dell'azione degli organi della NATO sulle azioni PSDC.

[37] Si pensi alla recente scelta, già richiamata, di Svezia e Finlandia, entrambi Stati membri dell'Unione europea e in virtù di ciò garantiti dalla clausola di reciproca assistenza in caso di aggressione ai sensi dell'art. 42 TUE che hanno, nondimeno scelto, a seguito della guerra in Ucraina, di entrare a fare parte della NATO.

DAL CANALE DI BEAGLE AL MARE BALTICO PASSANDO PER ISOLE TROPICALI: QUALCHE RICORDO DELLE MIE DISCUSSIONI CON GIUSEPPE TESAURO

Jacques Ziller[*]

SOMMARIO: 1. A proposito di Paul Reuter. – 2. L'Avvocato generale e la saga dell'*octroi de mer*. – 3. Brevi incontri tra giudici costituzionali sul mare Baltico.

1. Il mio primo incontro con Giuseppe Tesauro ebbe luogo, per quanto ho memoria, in occasione di una qualche giornata di studi organizzata all'Università Bocconi, nei primi mesi del 2005. Durante la pausa caffè Bruno Nascimbene, che conoscevo di persona da qualche anno, insistette per presentarmi al Professor Tesauro, nella mia qualità di studioso francese del diritto comunitario. Tesauro mi accolse con sorriso, ma con sguardo interrogativo e lievemente ironico; mi sembrava che Egli potesse avere qualche diffidenza riguardo al libro *La nuova costituzione europea* pubblicato da me con il Mulino; allora mi domandai, se per caso non lo percepiva come l'intrusione di un "costituzionalista" sul terreno del diritto comunitario: ero infatti, per l'appunto, in distacco da Paris I Panthéon-Sorbonne all'Istituto universitario europeo di Fiesole, su una cattedra intitolata "diritto pubblico comparato".

Il Professor Tesauro non aveva ancora pubblicato la prefazione alla quinta edizione del suo manuale di Diritto comunitario[1], nella quale scrisse considerazioni che condivido pienamente e che ho anche citato qualche anno dopo, nel mio manuale[2]:

> "La letteratura sull'esperienza comunitaria continua ad arricchirsi di contributi di rilievo, non solo da parte di studiosi del diritto comunitario e del diritto internazionale, com'è stato da sempre; ma anche da studiosi di diritto interno, conquistati da qualche tempo

[*] Professore ordinario presso l'Università di Pavia già titolare di Diritto dell'Unione europea.

[1] G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, pp. 13 e 14.

[2] J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 33.

> all'ideale europeo senza tuttavia farsi carico, in molti casi, della necessaria attenzione alla specificità del fenomeno giuridico; […] il risultato è che piuttosto che ad un approccio comunitario al diritto, che sarebbe necessario e coerente con ciò che chiede il tempo che viviamo, si assiste sempre più spesso ad un tentativo velleitario di approccio nazionale al diritto comunitario, perfino sul piano terminologico, con risultati tecnicamente alquanto discutibili e comunque senza adeguato collegamento con il reale modo di essere dell'Unione europea".

Durante la nostra breve conversazione Tesauro mi chiese dove avevo studiato, "a Parigi?". Gli raccontai di aver tra l'altro studiato il diritto internazionale con Paul Reuter[3], e come fosse stato lui a trasmettermi il desiderio di intraprendere la carriera di accademico. Nella parte del suo corso di dottorato dedicata ai problemi del confine di Stato, Reuter, che era un docente particolarmente affascinante, ci aveva raccontato dell'impressionante bellezza del canale di Beagle, dov'era stato poco tempo prima con la delegazione di esperti che stava preparando l'arbitrato della Regina d'Inghilterra, del 1977 tra Argentina e Chile[4]: Egli era consulente del governo argentino. Reuter aveva lavorato nella squadra di Jean Monnet per la parte istituzionale e di diritto della concorrenza, sul progetto che divenne poi la Dichiarazione Schuman del 1950; era l'ideatore dell'Alta autorità del carbone e dell'acciaio. Spiegai, quindi, a Tesauro che, dopo aver seguito nel 1973-74 il suo corso dedicato al tema delle competenze dello Stato e il seminario collegato – durante il quale ci aveva proposto, fra l'altro, una brillante analisi della recente pronunzia *AETS* della Corte di giustizia – io decisi l'anno successivo di partecipare, per mero "interesse culturale", al suo corso e seminario dedicato alla responsabilità internazionale dello Stato. Gli raccontai anche come, durante una delle sessioni del corso, si era svolta tra noi una discussione molto interessante sulla formulazione poco convincente dell'articolo 21 (effetti giuridici delle riserve e delle obiezioni alle riserve) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, alla cui negoziazione Egli aveva partecipato come giureconsulto del Ministero degli Affari Esteri francese.

[3] V. J. Combacau, *Paul Reuter, le juriste*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 35, 1989. p. 7 ss.

[4] V. J. Dutheil de la Rochère, *L'affaire du canal de Beagle (sentence rendue par la Reine d'Angleterre le 22 avril 1977)*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 23, 1977, p. 408 ss.

Tesauro mi concesse uno di quei sorrisi calorosi per cui lo abbiamo conosciuto tutti; mi disse quanto apprezzava Reuter come scienziato e come persona, e che ero fortunato di essere stato un suo allievo. Sembrava, quindi, che io fossi riuscito a convincere Tesauro di non avere "un velleitario approccio nazionale al diritto comunitario". Egli aggiunse, che anche lui era convinto dell'interesse non solo scientifico, ma anche umano e geografico del diritto internazionale pubblico e del diritto comunitario. Fu l'inizio di discussioni che abbiamo proseguito in diverse occasioni, in cui condividemmo ricordi di giuristi viaggiatori, tra quali tornavano sempre isole tropicali, che conoscevamo entrambi sotto i due profili appena menzionati.

2. Ben prima di incontrarlo di persona, avevo avuto l'occasione di studiare con grande interesse una serie di conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, nelle cause *Lancry*, *Cadi Surgelés*, nonché *Comateb* e *Sodiprem*; e infine *Chevassus-Marche*[5]. Si trattava sempre della problematica della legittimità del "dazio di mare" (*octroi de mer*[6]), tassa gravante su tutti i prodotti introdotti nei dipartimenti francesi d'oltremare (DOM), e cioè Martinica, Guadalupa, Riunione e Guyana.

Conoscevo bene tale problematica, poiché dopo aver vinto il concorso nazionale di professore ordinario (*agrégation de droit public*), avendo la possibilità di scegliere tra le università di Rennes, della Guadalupa, della Martinica o di Tahiti, scelsi la seconda e divenni quindi uno degli esperti del diritto comunitario applicabile non solo ai DOM, ma anche alle altre c.d. regioni ultraperiferiche (Azzorre, isole Canarie e Madeira), una disciplina abbastanza complessa e molto interessante[7].

La saga dell'*octroi de mer* era iniziata nel 1990 con un rinvio pregiudiziale della Corte d'appello di Saint-Denis de la Réunion, in causa *Legros*, nata dalla richiesta dei ricorrenti di un rimborso delle imposte da loro pagate all'importazione di automobili in provenienza della Germania e della Svezia. L'Avvocato generale non era in questa causa Giuseppe Tesauro, ma Francis Jacobs. Nel caso di specie era successo

[5] V. riferimenti *infra*.

[6] In Francia la parola *octroi* si applica solo a dazi interni, mentre per dazi doganali si dice *droits de douane*.

[7] V. J. Ziller, *La tutela dei diritti tra campo di applicazione personale e campo di applicazione territoriale del diritto dell'Unione europea*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, pp. 749-778.

un evento assai raro; dopo le sue conclusioni del 21 novembre 1991[8] il governo francese aveva chiesto la riapertura della procedura poiché l'Avvocato generale aveva concluso circa l'illegittimità di una disposizione di diritto derivato che non era stata menzionata nel rinvio, poiché posteriore ai fatti della causa e quindi irrilevante. Si trattava della decisione del Consiglio del 22 dicembre 1989[9], che autorizzava la Francia a prorogare la legislazione relativa all'*octroi de mer* fino al 31 dicembre 1992; tale decisione era collegata al programma di completamento del mercato interno della Commissione Delors[10].

Per di più, l'Avvocato generale Jacobs sembrava suggerire un'inflessione alla giurisprudenza stabilità dalla Corte sin dal 1979 riguardo alle possibilità di adattamento del diritto derivato al contesto dei DOM su base delle apposite disposizioni del trattato CEE; è da indicare, per inciso, che la sentenza *Hansen*[11], che aveva stabilito questa interpretazione, era stata emessa in conformità alle conclusioni di un altro grande Avvocato generale napoletano, Francesco Capotorti. Dopo una nuova udienza e nuove conclusioni di Jacobs, il 20 maggio 1992, la Corte rese la sua sentenza il 16 luglio dello stesso anno – a favore dei ricorrenti – evitando però un *obiter dictum*, poiché non si pronunciò sulla legittimità della decisione del dicembre 1989. Per gli specialisti, le conclusioni di Jacobs, pur sostenibili dal punto di vista giuridico, segnalavano una scarsa presa in considerazione del contesto sociale ed economico dei DOM.

Nel frattempo, per contrastare gli effetti negativi dell'interpretazione dell'art. 227, paragrafo 2, del trattato CEE con riguardo alle possibilità di adattamenti del diritto derivato ai DOM applicata dalla Corte sin dalla sentenza *Legros*, le autorità delle regioni ultraperiferiche francesi, portoghesi e spagnole fecero pressione sui loro governi per far adottare dalla conferenza intergovernativa che preparava il trattato di Maastricht una dichiarazione secondo cui era possibile adottare misure specifiche in loro favore "se e finché esiste un bisogno oggettivo di prendere siffatte misure per uno sviluppo economico e sociale di

[8] Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, del 21 novembre 1991, causa C-163/90, *Legros.*

[9] Decisione del Consiglio (89/688/CEE), del 22 dicembre 1989, relativa al regime dei dazi di mare nei dipartimenti francesi d'oltremare (CEE).

[10] COM (85) 310def. Il completamento del mercato interno, Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985).

[11] Sentenza della Corte del 13 marzo 1979, causa C-91/78, *Hansen*.

tali regioni"[12]. Ovviamente, una tale dichiarazione non poteva essere vincolante – come sottolineava costantemente la dottrina – e non impedì, anzi, le sentenze già citate, tutte posteriori all'entrata in vigore del trattato il 1° novembre 1993. In realtà, gli altri Stati membri erano poco favorevoli a tali esenzioni, tra l'altro per ignoranza delle realtà delle regioni ultraperiferiche, spesso considerate come delle reliquie bizzarre del periodo coloniale.

Nella causa *Lancry*, che seguiva un rinvio pregiudiziale del 1993 della Corte d'Appello di Parigi, l'Avvocato generale era, invece, Giuseppe Tesauro, così come nelle successive cause che riguardano l'*octroi de mer*, nonché tasse greche e spagnoli equiparabili[13]. Senza sorpresa, Egli concluse il 28 giugno 1994 circa l'invalidità della già citata decisione – questa volta rilevante per la fattispecie. L'Avvocato generale proponeva tuttavia alla Corte di indicare, che ciò non consentiva di rimettere in discussione la riscossione dei dazi di mare effettuata dalle autorità francesi nel periodo precedente il 16 luglio 1992, data della sentenza *Legros*. La Corte, invece, omesse questa precisione nella sua sentenza[14]. Nella causa *Cadi surgelés* il problema posto dal *Tribunal d'instance* di Parigi era un po' diverso, perché riguardava prodotti di provenienza non della Comunità, ma di paesi terzi. L'Avvocato generale concluse che il giudice a quo dovesse verificare se la legislazione francese sull'*octroi de mer* "fosse da considerare esistente o no alla data di attuazione della tariffa doganale comune"[15] e la Corte lo seguì.

Per noi specialisti, si poteva dedurre della stesura delle conclusioni di Tesauro una maggiore sensibilità al contesto economico e sociale rispetto a Jacobs. Nelle nostre conversazioni più di dieci anni dopo, Tesauro non entrò nei dettagli giuridici delle cause, però mi raccontò come aveva visitato, in queste occasioni, tutte le regioni ultraperiferiche su invito delle autorità locali, per comprendere meglio di che cosa si trattava.

È da sottolineare il ruolo svolto dalle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro nella causa *Comateb*[16], nonché *Chevassus-Marche* e

[12] Dichiarazione (n°26) sulle regioni ultraperiferiche della Comunità.

[13] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 18 maggio 1995, causa C-485/93, *Simitzi*, e causa C-45/94, *Ayuntamiento de Ceuta*.

[14] V. sentenza della Corte del 9 agosto 1994, causa C-363/93, *Lancry*.

[15] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 29 febbraio 1996, causa C-126/94, *Cadi Surgelés e.a.*

[16] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 27 giugno 1996, causa C-192/95, *Comateb*.

Sodiprem e *Roger Albert*[17]. Durante il lungo periodo di negoziati del futuro trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, le autorità delle regioni ultraperiferiche spinsero i loro governi a chiedere una modifica dell'art. 227, paragrafo 2, del trattato CEE. Come rilevato anche dalla mia collega della Martinica, Perrot[18], le conclusioni di Tesauro furono pronunciate in un periodo in cui "i lavori della Conferenza intergovernativa hanno arrancato sulla futura formulazione dell'articolo 227 (2)". L'A. sottolinea che le conclusioni hanno "verosimilmente spinto gli ambienti interessati al mantenimento del sistema di protezione a mobilitarsi per ottenere che il testo del trattato effettivamente adottato in giugno 1997 includesse le parole: "Il Consiglio […] prende in considerazione settori quali politiche doganali […] politica fiscale […]" e anche "gli aiuti di Stato" (paragrafo 3 del nuovo articolo 299 (2) CE)".

Le disposizioni dell'art. 299 par. 2 sono state poi riformulate, senza alterazione della sostanza, dal trattato di Lisbona; e si ritrovano ormai negli art. 345 e 107 par. 3 a) TFUE. Hanno dato luogo ad una importante sentenza della Corte del 2015[19], che credo anche di aver brevemente discusso con Tesauro, dato che questa giurisprudenza ha in qualche modo concluso la saga delle regioni ultraperiferiche, consolidando l'attuale interpretazione della disciplina di diritto primario.

3. Tra le diverse occasioni di discussioni con Giuseppe Tesauro, due hanno un significato particolare per me: i congressi della *Fédération Internationale pour le Droit Européen* (Fide), del 2012 a Tallinn e del 2014 a Copenaghen. Creata nel 1961, la Fide ha conosciuto il suo periodo d'oro con i primi congressi, durante i quali sono stati discussi tra accademici, giudici di Lussemburgo e membri del servizio giuridico degli esecutivi comunitari le problematiche dell'effetto diretto e del primato[20].

[17] Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 20 marzo 1997, cause riunite C-37/96 e C-38/96, *Sodiprem* e *Roger Albert*; causa C-212/96, *Chevassus-Marche*.

[18] D. Perrot, *Le nouvel article 299 paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne - Vers un approfondissement de la différenciation juridique en faveur des régions ultrapériphériques?*, in *Open editions Journals*, Paris, 2000.

[19] Sentenza della Corte del 15 dicembre 2015, cause C-132/14 e C-136/14, *Parlamento e Commissione c. Consiglio*. V. J. Ziller, *Institutional balance, territorial scope and derogations to EU Law: Parliament & Commission v. Council (Mayotte)*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 5, October 2017, pp. 1467-1496.

[20] V. J. Ziller, *Les réactions des milieux institutionnels, nationaux et scientifiques de l'époque*, in A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal (sous la direction de), *50ème anni-*

Partecipai, tra l'altro, a due congressi sul mare Baltico dov'erano presenti anche Giuseppe Tesauro, in quanto Presidente dell'Associazione Italiana Giuristi Europei AIGE, ed Antonio Tizzano, in quanto giudice alla Corte di giustizia, ed alcuni altri colleghi italiani.

Il congresso di Tallinn si svolse il 30 e 31 maggio 2012. Erano presenti anche il Presidente del Tribunale costituzionale federale, Andreas Voßkuhle, e il giudice dello stesso Tribunale Peter Huber; nonché il Vicepresidente del Consiglio di Stato francese Jean-Marc Sauvé (formalmente il Presidente, in Francia, è il Guardasigilli, ma è presente solo per funzioni cerimoniali e non partecipa in nessun modo alla funzione contenziosa). Voßkuhle e Sauvé erano entrambi moderatori di sedute dedicate al tema della protezione dei diritti fondamentali a livello dell'Unione e degli Stati membri. E c'era un contrasto notevole tra il primo e il secondo, poiché il Tribunale di Karlsruhe affermava, per quanto possibile, la sua competenza in materia e si rifiutava di procedere con rinvii pregiudiziali alla Corte UE, mentre la Corte suprema amministrativa francese aveva sviluppato sin dalla nomina di Sauvé una giurisprudenza molto più consona a quella di Lussemburgo. Ne discutemmo durante le diverse pause, nonché la sera; sapevo che Tesauro era stato molto preoccupato dalla sentenza di Karlsruhe riguardo al trattato di Lisbona, poiché Egli stesso mi aveva spinto a commentarla[21].

Due anni dopo, al congresso Fide di Copenaghen del 28 e29 maggio 2014, il Presidente della Corte costituzionale, Tesauro, e il suo omologo tedesco, Voßkuhle, nonché il Vicepresidente del Consiglio di Stato francese, Sauvé, erano stati invitati tutti e tre – con altri relatori – a partecipare ad una tavola rotonda finale intitolata "Nell'era del pluralismo giuridico - Il rapporto tra l'UE, i tribunali nazionali e internazionali, e l'interazione tra le molteplici fonti del diritto". Il primo giorno, Voßkuhle e Huber erano intervenuti più volte nelle discussioni. Tutti nel pubblico erano molto attenti, consapevoli di avere da fare con gli autori del rinvio pregiudiziale del 14 gennaio precedente nella causa *Gauweiler*[22]. Il tono poco accomodante delle sue motivazioni era ben noto. Io ebbi l'occasione di sentire Huber, che ne era il giudice relatore,

versaire de l'arrêt van Gend en Loos/50th anniversary of the judgment in van Gend en Loos, Luxembourg, 2013, pp. 37-39.

[21] J. Ziller, Solange III*, ovvero la* Europarechtsfreundlichkeit *del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2009, pp. 973-99.

[22] V. sentenza della Corte del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*.

spiegare in tedesco che questo tono era solo dovuto alla necessità di avere l'accordo di molti altri giudici per procedere con il rinvio: come se né lui, né Voßkuhle condividessero questo tono.

Conoscendo le posizioni di entrambi i giudici tedeschi, da tempo avevo qualche dubbio al riguardo e lo spiegai a Tesauro. Egli aveva ricevuto il testo della relazione del suo collega tedesco alla tavola rotonda in anticipo, poiché gli organizzatori gli avevano chiesto di fare da *discussant*. Tesauro conosceva bene il tedesco ma mi disse che la sua conoscenza linguistica era un poco "arrugginito" e mi chiese, perciò, una traduzione in italiano che rendesse le sfumature del tipico *Juristendeutsch* in cui il relativo testo era scritto. Le tre lingue ufficiali della Fide sono l'inglese, il francese e il tedesco, con traduzione simultanea operata da interpreti della Corte di Lussemburgo. Dietro una stesura apparentemente equilibrata emergeva bene, invece, che il Presidente della Corte di Karlsruhe condivideva senza esitazione la giurisprudenza *Solange* e voleva convincere il pubblico che la Corte di Karlsruhe aveva assolutamente ragione. Nella tavola rotonda ci fu, per l'appunto, un contrasto forte, anche se garbato, tra le opinioni emesse, da un lato, da Voßkuhle, e dall'altro da Sauvé e Tesauro; è inutile dire che quest'ultimo ha una perfetta padronanza delle sfumature della lingua francese.

Mentre l'applauso fu tiepido per Voßkuhle, fu forte per Sauvé, e ancora di più per Tesauro, i quali avevano espresso le loro idee con tanto garbo, quanto fermezza.

Poiché uscimmo insieme dal congresso, discutemmo ovviamente della tavola rotonda ed eravamo d'accordo su tutto – sostanza e forma. Tuttavia, dicevamo tutti e due che si trattava della tipica arroganza del cane che abbaia, ma non morde. Come ben noto, fummo contradetti dalla sentenza di Karlsruhe del 5 maggio 2020 nella causa PSPP[23]; le interviste rilasciate in questa occasione dal Presidente Voßkuhle e dal giudice relatore Huber, confermarono, ahimè, la mia impressione dopo aver sentito Huber a Copenaghen. Eravamo in pieno confinamento Covid-19 e quindi non ho purtroppo avuto l'occasione di discuterne di persona con Giuseppe Tesauro, come avrei invece desiderato.

[23] V. D.-U. Galetta e J. Ziller, *Karlsruhe über alles? Riflessioni a margine di una pronunzia "assolutamente non comprensibile" e "arbitraria"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, nn. 3 e 4, 2020, pp. 301-347.

Finito di stampare nel mese di aprile 2023
presso *la Vulcanica srl* Nola (Na)