

ROBERTO ADAM

*Osservazioni a prima lettura sul “pacchetto Tusk” di risposta alla lettera  
del Primo Ministro Cameron*

La soluzione proposta dal presidente del Consiglio europeo Tusk in risposta alla lettera del Primo Ministro Cameron del 10 novembre 2015 (e da discutere al prossimo Consiglio europeo del 18 febbraio) consiste in una decisione dei capi di Stato o di governo riuniti in sede di Consiglio europeo, accompagnata da una serie di atti di “contorno”, volti in particolare a dar conto dell’impegno del Consiglio e della Commissione a prendere taluni atti, di loro competenza, di “attuazione” della decisione dei capi di Stato o di governo.

Questo schema suscita, già di per sé, più di una perplessità giuridica e politica. Le perplessità non riguardano tanto il fatto che si utilizzi una decisione dei capi di Stati o di governo riuniti in sede di Consiglio europeo (non quindi una decisione istituzionale formalmente riconducibile all’ordinamento dell’Unione) per (tentare di) risolvere un problema politico-istituzionale di primaria importanza per l’Unione. Non mancano infatti precedenti in questo stesso senso, diretti a risolvere situazioni analoghe ugualmente riguardanti singoli Stati membri. Nel 1992 si utilizzò uno strumento simile per la Danimarca, affinché questo Paese potesse ratificare il Trattato di Maastricht dopo un referendum negativo al riguardo; più recentemente, nel 2009, sempre i capi di Stato e di governo adottarono una decisione per “rispondere alle preoccupazioni del popolo irlandese”, per consentire l’indizione di un nuovo referendum da parte del governo irlandese dopo l’insuccesso della prima consultazione popolare sulla ratifica del Trattato di Lisbona.

Il punto è però che quelle decisioni si limitavano a dar conto di una sostanziale infondatezza delle preoccupazioni sollevate dagli Stati interessati, limitandosi tutt’al più a prevedere il ricorso ad uno strumento nella piena disponibilità dei capi di Stato o di governo (la conclusione sulla base dell’art. 48 TUE di un protocollo da allegare ai Trattati) per dare rassicurazione formale in questo senso allo Stato interessato. In nessun modo la decisione dai capi di Stato o di governo coinvolgeva o esigeva un’azione conseguente di istituzioni dell’Unione e per nessun aspetto appariva non conforme ai Trattati .

La decisione proposta da Tusk ha invece tutt’altro contenuto e portata. Essa mira espressamente, almeno in alcune sue parti, non a rassicurare il Regno

Unito circa l'“innocuità” di taluni aspetti del sistema dell'Unione rispetto alle “preoccupazioni” del popolo britannico, ma a fornire nuove interpretazioni di regole contenute nei Trattati o in atti presi in applicazione di questi, se non addirittura a individuare nuove soluzioni istituzionali o di merito, volte le une e le altre a garantire “a new settlement for the United Kingdom within the European Union”.

Così facendo, con l'attuale proposta di decisione i capi di Stato o di governo finirebbero, da un lato, per arrogarsi il potere di fornire l'interpretazione “autentica” di norme europee; dall'altro lato, imporrebbero alle istituzioni dell'Unione, al di fuori di una procedura prevista dai Trattati, di adottare atti di loro competenza.

Per quanto riguarda la “volontà interpretativa” della decisione proposta (secondo il 3° cpv. del Preambolo la decisione “will have to be taken into consideration as being an instrument for the interpretation of the Treaties”), va osservato che l'interpretazione delle norme dell'Unione spetta alla sola Corte di giustizia e non alle singole istituzioni, e tanto meno ai capi di Stato o di governo al di fuori di una sede e di una procedura istituzionale. E' vero che in occasione di ogni modifica dei Trattati il relativo trattato di revisione viene sempre accompagnato da dichiarazioni della conferenza intergovernativa (e quindi dei capi di Stato o di governo) che indicano una certa lettura su cui la conferenza intergovernativa ha concordato di determinate norme del nuovo trattato, influenzando così l'interpretazione successiva di tali norme. Ma ciò risulta pienamente legittimo per il fatto che, in questi casi, la dichiarazione “interpretativa” è adottata contestualmente alla norma “interpretata” dando così conto delle condizioni alle quali si è formato il consenso della conferenza intergovernativa. La dichiarazione va così a comporre quel “contesto” alla luce del quale, secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, un trattato internazionale va interpretato; contesto di cui fa parte, ai sensi dello stesso art. 31, “ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato”. Qui invece si tratterebbe di un atto di interpretazione, che riguardando norme già vigenti, pretenderebbe di configurarsi, apparentemente, come atto di interpretazione autentica.

Quanto poi alla possibilità della decisione proposta di interpretare la portata di atti di diritto derivato, essa appare ulteriormente illegittima, per il fatto che la pretesa interpretazione autentica sarebbe effettuata da soggetti diversi dagli autori dell'atto. Attraverso essa i capi di Stato o di governo finirebbero per sostituire la loro lettura delle norme a quella che ha mosso ciascuna delle istituzioni coinvolte nel processo legislativo nell'adottare quel determinato atto.

L'insieme delle considerazioni appena svolte è poi aggravato dal fatto che alcune delle interpretazioni fornite nella decisione dai capi di Stato o di governo appaiono, a prima vista, in contrasto con la lettera delle norme interpretate, se non addirittura con la giurisprudenza della Corte, tanto che per alcune di esse, riguardanti atti di diritto derivato, si prevede non a caso una successiva modifica di tali atti.

Se in quest'ultimo caso, la modifica formale dell'atto interessato potrà allineare ex post quest'ultimo all'interpretazione illegittimamente datane dai Capi di Stato o di governo, sempre che tale interpretazione (e la conseguente modifica) non contrasti con una norma o un principio dei Trattati, laddove l'interpretazione dei capi di Stato o di governo riguardi una norma degli stessi Trattati essa non potrà avere effetto se non dopo una modifica formale di questi sulla base delle procedure di cui all'art. 48 TUE, visto che, com'è noto, la revisione dei Trattati non può avvenire per strade diverse da quelle previste da questo articolo.

\* \* \*

Venendo al merito delle soluzioni e delle interpretazioni contenute nella decisione dei capi di Stato o di governo proposta dal presidente Tusk e negli atti collegati, una loro compiuta valutazione giuridica richiederebbe un esame approfondito e certamente non breve. Ci si limita quindi ad alcune osservazioni "a prima lettura" suscitate dai diversi punti di sostanza in cui si articola la soluzione predisposta da Tusk:

#### 1) Lo "sdoganamento" della disunità del sistema

Il preambolo del progetto di decisione dei capi di Stato o di governo è sostanzialmente incentrato sull'idea che il sistema dell'Unione è già basato su un'applicazione "differenziata" delle norme europee che rende possibile "different paths of integration for different Member States"; e soprattutto che questa è in particolare già la situazione del Regno Unito rispetto a vari settori di competenza dell'Unione.

A prescindere dalla opportunità politica o meno di una sottolineatura così marcata di questa possibile differenziazione quasi a trasformarla in un principio di sistema, va notato che essa è possibile, come dimostrano proprio gli esempi citati nel preambolo della decisione, solo sulla base di norme e deroghe previste dagli stessi Trattati o da protocolli ad essi collegati, e non di atti di diritto secondario o addirittura di decisioni prese dai governi al di fuori del quadro istituzionale (come sarebbe nel caso di specie)

## 2) Governance economica (Section A)

La lettera di Cameron chiedeva “legally binding principles” sulla non interferenza tra “Eurozone” e “non-euro Members”, nonché “a safeguard mechanism to ensure these principles are respected and enforced”.

Quanto ai principi in questione, si tratta di principi tutti già scolpiti nei Trattati e nella prassi di applicazione dell’UEM, con la sola eccezione di quello, auspicato da Cameron che “the EU ha more than one currency”. E del resto, se nessuno contesta e nessuna norma esclude che alcuni Stati membri abbiano una propria moneta, fintantoché vi saranno Stati con deroga o Stati (il Regno Unito) non obbligati a entrare nell’euro, sarebbe del tutto inopportuno, ma soprattutto inesatto, formalizzare un principio secondo il quale l’Unione avrebbe più di una moneta: la moneta dell’Unione è solo l’euro; le monete degli Stati non euro sono legittimamente valide e circolanti nell’Unione, ma sono monete nazionali e certamente non dell’Unione.

E non a caso, la proposta di decisione ignora, correttamente, questo punto della lettera di Cameron, limitandosi invece a ribadire gli altri principi – come si è detto già iscritti nel sistema - che presidiano la regola generale di non interferenza tra i due gruppi di Stati (euro e non euro).

A questa sezione (Section A) della proposta si ricollega però un Draft Statement sempre dei capi di Stato e di governo che contiene il testo di un progetto di decisione che “will be adopted” dal Consiglio, contenente “specific provisions relating to the effective management of the banking union and of the consequences of further integration of the euro area”. Le disposizioni in questione sostanzialmente stabiliscono un meccanismo in base al quale, se nel quadro dell’Unione bancaria un numero (da precisare) di membri non euro del Consiglio si oppone all’adozione di un atto a maggioranza qualificata il Consiglio è tenuto a proseguire le discussioni alla ricerca, entro un tempo ragionevole di una soluzione soddisfacente che tenga conto delle preoccupazioni espresse da quegli Stati.

Si tratta di un meccanismo analogo per molti versi a quello previsto in via generale dal 1° novembre 2014 dalla Dichiarazione n. 7 allegata al Trattato di Lisbona e poi formalizzato con la decisione del Consiglio 2009/857 del 13 dicembre 2007. Le differenze consistono essenzialmente in due aspetti:

- a. la decisione 2009/857, correttamente, non cita la Dichiarazione n. 7 nel suo preambolo, laddove l’attuale progetto di decisione per l’Unione bancaria espressamente precisa che la decisione “contributes to the respect of the principle laid down in section A of the Decision of the Heads of State and Government”,

esplicitando così, in maniera giuridicamente del tutto eterodossa, che la decisione del Consiglio ha come base giuridica un atto estraneo al sistema.

- b. Il progetto di decisione prevede tra parentesi l'eventuale previsione, che a fronte dell'opposizione di cui sopra di Stati non euro, della questione possa essere investito il Consiglio europeo. La previsione appare del tutto irrituale: si ricorda che un intervento del genere del Consiglio europeo in una procedura legislativa è già oggi previsto dal sistema in alcuni casi, ma sulla base di un'espressa autorizzazione dello stesso Trattato.

### 3) Competitività (Section B)

Su questo punto, che viene peraltro ribadito in un'ulteriore Draft European Council Declaration, vi è poco da dire, se non altro per il fatto che esso riveste carattere unicamente declaratorio e non dispositivo, risultando peraltro, in questo, disomogeneo rispetto al resto del progetto di decisione.

### 4) Sovranità (Section C)

Questa sezione prende le mosse dalla richiesta britannica di essere svincolata dall'obbligo "to work towards an ever closer union, as set out in the Treaty", per passare poi al tema della sussidiarietà, e finire con la portata di quei Protocolli allegati ai Trattati che prevedono deroghe per alcuni Stati e, last but not least, con la portata giuridica del riferimento fatto dall'art. 4, par. 2, TUE alla sicurezza nazionale.

Nell'ordine:

- a. Per quanto riguarda il riferimento nel preambolo del TUE a "an ever closer union", la giusta premessa, in qualche modo ripresa anche nel progetto di decisione, è che esso non è di per sé un obiettivo dell'Unione, ma una "rotta" su cui si sono incamminati dal 1957 (prima quindi dell'ingresso nella Comunità del Regno Unito) i popoli degli Stati membri. Anche per la sua collocazione nel preambolo del TUE, da tale riferimento non discende nessun obbligo formale per gli Stati e per l'Unione, come invece può ritenersi implicito negli obiettivi indicati nell'art. 3 TUE. Appare quindi del tutto inaccettabile, giuridicamente e politicamente, sia il tentativo del progetto di decisione (vedi il 2° capoverso del 1° paragrafo) di fornire un'interpretazione di questo riferimento, sia il suggerimento (tra parentesi alla fine dello stesso paragrafo) che in un futuro si possa modificare il Trattato per esplicitare che il Regno Unito non è vincolato ad un'ulteriore

integrazione politica, alla luce della sua specifica situazione nei Trattati. Del resto, non si comprende per quali ragioni le deroghe che sono state consentite al Regno Unito ne determinino una specifica situazione rispetto alla dimensione politica del processo d'integrazione, visto che questa non si esaurisce e non si identifica solo con i settori (l'euro, Schengen e la cooperazione in materia penale e di polizia) rispetto ai quali il Regno Unito ha ottenuto deroghe.

- b. Per quanto riguarda invece il principio di sussidiarietà, il progetto di decisione prevede una modifica del meccanismo di controllo sul rispetto del principio da parte dei progetti di atti legislativi dell'Unione, disciplinato dall'art. 7 del Protocollo n. 2 allegato ai Trattati, consistente nel fatto che laddove i pareri motivati inviati entro 12 settimane sul punto dai parlamenti nazionali rappresentino più del 55% dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, il Consiglio interromperebbe l'esame della proposta di atto, a meno che essa non sia stata previamente modificata dalla Commissione per tener conto delle preoccupazioni espresse nei pareri motivati dei parlamenti nazionali. Questa previsione finirebbe per modificare significativamente l'attuale procedura, seppur non attraverso un intervento formale sul Protocollo (che richiederebbe il ricorso all'art. 48 TUE), ma, sembra, per mezzo dell'impegno assunto dai governi con la decisione proposta da Tusk (i "representatives of the Member States acting in their capacity as members of the Council" si impegnerebbero fin d'ora, cioè, a non proseguire la discussione di proposte incorse nell'opposizione dei parlamenti). Se già questo suscita forti perplessità sul piano formale, ancor più perplessi lascia la sostanza della soluzione proposta. I voti attribuiti dal Protocollo n. 2 ai parlamenti nazionali sono due per ognuno di loro, indipendentemente quindi dalla dimensione demografica che ciascuno esprime. La conseguenza sarebbe quindi che la dimensione demografica che il Trattato di Lisbona ha fatto entrare nel calcolo della maggioranza qualificata (ma che era comunque pur sempre presente anche nel sistema del voto ponderato) verrebbe vanificata. Ogni Stato sarebbe uguale agli altri e una proposta di atto legislativo potrebbe essere bloccata ad esempio dai piccoli Stati con una facilità fino ad oggi impossibile. Sembra una soluzione inaccettabile sia da un punto di vista generale (principio di democrazia), che per l'interesse dell'Italia (ed è da immaginare che anche la Germania vi si opporrà).
- c. Del tutto fuori luogo è infine la previsione secondo la quale il fatto che l'art. 4, par. 2, TUE, stabilisca che "la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro" non costituisce una deroga dal diritto dell'Unione e non può essere interpretata restrittivamente. E' giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia,

infatti, che anche le competenze rimaste nelle mani degli Stati devono essere esercitate, entro certi limiti, nel rispetto del diritto dell'Unione e sono quindi soggette al controllo della Corte. Essa può in particolare verificare che il loro esercizio nel caso concreto non comprometta la piena effettività del diritto dell'Unione (v. per tutte, con un significativo riferimento anche all'art. 346 TFUE, sentenze 15 dicembre 2009, causa C-239/06, e 4 marzo 2010, causa C-38/06).

## 5) Benefici sociali e libertà di circolazione (Section D)

Sotto questo punto, il progetto di decisione prospetta l'introduzione di alcune sensibili limitazioni al principio di libera circolazione delle persone tra gli Stati membri.

Queste limitazioni deriverebbero in primo luogo da interpretazioni delle norme rilevanti, contrastanti con i Trattati e con la giurisprudenza della Corte. Si prevedono poi alcuni interventi legislativi diretti a modificare in senso restrittivo gli atti pertinenti dell'Unione.

Su un piano generale il progetto di decisione sostiene prima di tutto:

- i) che si possa limitare la libera circolazione dei lavoratori non solo per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, come previsto dall'art. 45 TFUE, ma anche per ragioni di interesse pubblico, quali "encouraging recruitment, reducing unemployment, protecting vulnerable workers, averting the risk of seriously undermining the sustainability of social security systems". Di conseguenza, è detto, se basati su motivi oggettivi indipendenti dalla nazionalità e proporzionati al fine perseguito, gli Stati possono imporre condizioni in relazione alla fruizione di certi benefici sociali per assicurare che ci sia un legame effettivo e reale tra la persona che ne godrebbe e il mercato del lavoro dello Stato membro ospite. Inoltre ciò comporterebbe la possibilità di negare l'assistenza sociale ai cittadini di altri Stati membri che siano alla ricerca di un lavoro, anche quando tali benefici siano intesi a facilitare l'accesso al lavoro.
- ii) che gli Stati membri devono poi:
  - a. potere impedire l'abuso del diritto alla libera circolazione da parte di cittadini degli altri Stati membri
  - b. avere più libertà in materia di espulsione per ordine pubblico, tenendo ad esempio conto dei precedenti dell'interessato o agendo anche in via preventiva senza che vi sia una minaccia in atto

Da un punto di vista de iure condendo, invece, la Commissione dovrebbe presentare proposte per emendare gli atti vigenti in materia e cioè:

- i) il regolamento 883/2004 sulla sicurezza sociale per quanto riguarda il trasferimento dei benefici familiari.
- ii) il regolamento 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori, introducendovi un meccanismo di allarme e di salvaguardia per fronteggiare situazioni di afflusso eccessivo di lavoratori da altri Stati membri. In particolare, in base ad esso uno Stato membro dovrebbe notificare a Commissione e Consiglio la necessità di avvalersene; e sulla base di una proposta della Commissione il Consiglio, agendo a titolo di competenze di esecuzione ex art. 291 TFUE, potrebbe autorizzare tale Stato a negare per 4 anni la concessione dei benefici per l'accesso al lavoro dei futuri lavoratori dell'Unione che entrino nel suo mercato del lavoro. A questo proposito, poi, la Commissione esprimerebbe fin d'ora, con una sua Dichiarazione, la convinzione che la situazione del Regno Unito corrisponde a quella che giustificerebbe la concessione dell'autorizzazione.
- iii) la Commissione darebbe infine conto, attraverso un'ulteriore Dichiarazione, della sua intenzione di presentare una proposta per integrare anche la direttiva 2004/38 sulla libera circolazione e il soggiorno dei cittadini dell'Unione, con disposizioni che consentano di:
  - a. escludere il diritto alla libera circolazione di cittadini di paesi terzi che non abbiano una residenza legale in uno Stato membro prima di sposare un cittadino dell'Unione o che si sposino con lui solo dopo che lo stesso abbia stabilito la sua residenza nello Stato membro ospite;
  - b. precisare, nel senso indicato dal progetto di decisione, le nozioni di ordine pubblico e pubblica sicurezza

Una sua Comunicazione preciserebbe invece la nozione di abuso del diritto alla libera circolazione, di cui all'art. 35 della direttiva.

I limiti del presente appunto non consentono un'analisi punto per punto delle soluzioni appena elencate, ma è certo che alcune di esse rappresentano a prima vista una limitazione del principio di libera circolazione dei lavoratori, principio fondamentale del mercato interno, mentre altre prospettano per la prima volta un arretramento rispetto all'attuazione data finora a tale principio dagli atti dell'Unione.

A quest'ultimo proposito, merita di segnalare che proprio la direttiva 2004/38, finalizzata durante la presidenza italiana del 2003, fu salutata dalle nostre comunità in altri Stati membri con particolare favore.



\* \* \*

In conclusione, viene da osservare che:

- Il “new settlement for the United Kingdom within the European Union” verrebbe realizzato dal Pacchetto Tusk attraverso una via giuridicamente di dubbia legalità e politicamente assai discutibile, dal punto di vista sia del metodo, che dei contenuti.
- Per la prima volta si punta a realizzare un intervento di questa portata “costituzionale” attraverso una via esterna al Trattato.
- Questa scelta procedurale e la dubbia compatibilità di parte dei contenuti proposti porteranno prevedibilmente a un futuro coinvolgimento della Corte di giustizia sulla legalità dell’operazione realizzata, rischiando così di caricare la Corte di responsabilità politiche non sue.
- Il ricorso a una decisione dei capi di Stato o di governo riuniti in sede di Consiglio europeo per realizzare di fatto un intervento sistemico di rilievo “costituzionale”, suscita l’ulteriore perplessità di tagliare formalmente fuori dall’esercizio quei parlamenti nazionali, che proprio il Regno Unito e il Pacchetto Tusk vorrebbero valorizzare ulteriormente rispetto a quanto già previsto nei Trattati.
- La strada scelta appare ulteriormente criticabile perché interviene anche su specifici aspetti di legislazione europea, prospettando al riguardo soluzioni che, anche per i tempi ristretti concessi, dovrebbero essere condivise senza la necessaria discussione a livello tecnico e l’indispensabile approfondimento a livello politico.
- Quanto al merito di tali soluzioni, si legittima la tendenza alla frammentazione che sempre più sta minando il processo d’integrazione europea; una frammentazione, peraltro, che non è all’insegna dello sviluppo del processo, come nel caso della cooperazione rafforzata (citata a sproposito nel progetto di decisione), ma dell’arretramento rispetto ai livelli d’integrazione già raggiunti. Diventerà sempre più difficile contrastare richieste di altri Stati membri di soluzioni specifiche che tengano conto di loro specificità, a partire dalla richiesta di sospensione o limitazione di Schengen già avanzata da alcuni Stati.
- Questa frammentazione viene a contaminare per la prima volta quel nucleo originario e centrale del processo d’integrazione europea che è il mercato interno.

- La contaminazione del mercato interno si realizza, peraltro, non con la sola concessione al Regno Unito di una deroga specifica (anche perché per questo ci vorrebbe eventualmente una modifica del Trattato), ma attraverso la previsione di un meccanismo generale di limitazione di uno dei principi fondamentali del mercato interno. Da un'unione sempre più stretta a un'unione sempre meno stretta?
  
- Questa contaminazione rischia di creare problemi anche nei singoli Stati membri. Un esempio non tanto ipotetico: se si è concesso, su richiesta del Regno Unito, di limitare la libera circolazione dei lavoratori, perché il governo italiano non chiede e ottiene una limitazione anche della libera circolazione dei servizi per risolvere il problema degli stabilimenti balneari?