

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2018 | anno XIII



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ci sono tanti motivi per leggere una pubblicazione e tanto vale a maggior ragione quando i contributi riflettono su argomenti di stretta attualità. È il caso dell'unificazione e integrazione europea, tematiche oggetto degli approfondimenti proposti da questa rivista, pubblicata con costante impegno editoriale dall'Editore barese Cacucci.

Nata dieci anni fa per iniziativa dei due validi europeisti che tuttora la dirigono, i professori Ennio Triggiani e Ugo Villani, dell'Università Aldo Moro di Bari, alterna nelle pagine passato, presente e futuro del grande "progetto" dell'Unione dei popoli, affronta problemi, sviluppa prospettive, delinea scenari e soluzioni.

L'Europa oggi è viva. L'Unione ha assicurato stabilità e prosperità agli Stati del continente. Il grande sogno dei fondatori di valorizzare l'identità comune di tutti i cittadini europei ha garantito settanta anni di pace a un territorio prima costantemente devastato da conflitti. Ci ha condotti alla libera circolazione delle persone e delle merci, una conquista impensabile solo qualche decennio fa. Il disegno unificante è sempre attuale, anche se sostenerlo sta diventando arduo davanti alle difficoltà contingenti, legate alla crisi economica, aggravate dal rigore della politica monetaria e non alleggerite certamente dalla pesantezza della burocrazia comunitaria. Sopraffatta da una visione ragionieristica della stabilità finanziaria fin qui mantenuta dai vertici dell'Eurogruppo, l'Europa dei popoli ha smarrito lo slancio dei primi anni costituenti, dando fiato a quanti per "qualche voto in più" tradiscono gli ideali di unità e coesione che ogni europeo dovrebbe sostenere. C'è finanche chi si batte per demolire il progetto dell'Unione, pur sedendo nei banchi dell'Euro Parlamento, a Bruxelles e a Strasburgo.

Pur tra le difficoltà, l'unità d'Europa rappresenta un modello di sviluppo sostenibile, una crescita che rispetta i diritti umani e questo attrae le popolazioni tormentate dalla guerra nel Medio Oriente e migranti dalle aree più povere dell'Africa subsahariana. Un flusso incessante di profughi, in cerca di un futuro senza paura, affolla i confini degli Stati continentali e attraversa il Mediterraneo, segnando il passaggio con una scia di tragedie e di lutti.

Per l'Europa purtroppo si muore e sotto la pressione di masse di disperati governi e popoli si scoprono incerti, impotenti, insicuri.

Generano mostri tanto le drammatiche vicende della Grecia minacciata dal default, quanto l'insistenza sui presunti disastri della moneta unica, mentre l'agitare strumentalmente lo spettro del "clandestino", degli "extracomunitari-criminali", degli "immigrati mantenuti dallo Stato", alimenta atteggiamenti xenofobi finora lontani dai valori degli italiani, tanto più dei pugliesi, premiati per la virtù dell'accoglienza, che distingue da sempre la Puglia e la sua gente.

Al flusso epocale dei migranti, gli Stati periferici reagiscono irrigidendo le frontiere. Sui confini balcanici, vediamo sorgere muri ed ostacoli di filo spinato, nel tentativo di respingere popolazioni disperate che bussano all'Europa per salvare le loro vite. Non c'è modo di trattenerle, nonostante l'uso della forza, che ha il solo risultato di mettere in drammatica discussione il principio della solidarietà, ribadito nella Carta dei diritti fondamentali e nel Trattato di Lisbona.

È indispensabile, perciò, ripartire dai contenuti unificanti e riprendere a discutere costruttivamente di Europa, come questa pubblicazione ha sempre fatto.

La Puglia ha molto da insegnare sull'accoglienza e sul rispetto dei diritti delle genti, come abbiamo visto negli ultimi decenni, a cominciare dall'ondata migratoria degli anni Novanta dall'Albania. Cerchiamo adesso di contagiare positivamente il Paese e l'intera Europa.

Mario Loizzo

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

Studi sull'integrazione europea

numero 1 • 2018 | anno XIII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato di redazione

Ivan Ingravallo (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Studi sull'integrazione europea è presente in Academia.edu, ACNP, DO.GI., ESSPER e Google Scholar.

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: studiinturopea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

La Direzione della Rivista comunica che i contributi in essa pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

Giandonato CAGGIANO La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali	9
Adelina ADINOLFI La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentati- vo di ricostruzione sistematica	29
Maria Caterina BARUFFI When Italy Crosses the UK: An Overview of the Ap- plication of Brussels Iia Regulation in the Italian Legal Order	41
Concetta BRESCIA MORRA The Administrative Review of Decisions of the ECB in the Supervisory Field	63
Francesco CHERUBINI The Principle of Equality among Member States of an International Organisation and Its Exceptions: The Pec- uliar Case of the European Union	79
Gianpaolo Maria RUOTOLO I dati non personali: l'emersione dei <i>big data</i> nel diritto dell'Unione europea	97
Caterina FRATEA Aiuti di Stato illegali o incompatibili ed effettività della tutela risarcitoria: osservazioni tra diritto dell'Unione europea e giurisprudenza nazionale	117
Nicola RUCCIA How “Unconventional” Is the Single Resolution Board in the Framework of EU Agencies?	137

NOTE E COMMENTI

Giovanni CELLAMARE Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i>	153
Valeria DI COMITE Ricongiungimento familiare e diritto di soggiorno dei familiari di cittadini dell'Unione alla luce del superiore interesse del minore	165
Simone MARINAI EU, Climate Change and Arctic Security Matters	179
Gabriele ASTA The <i>Chowdury</i> Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking	195
Davide PIANCONE I provvedimenti intra-europei di istruzione preventiva alla luce del regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla libera cir- colazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo	213
Silvia SCARPA La politica artica dell'Unione europea e lo <i>status</i> di osservatore <i>de facto</i> nel Consiglio artico	223
Libri ricevuti	233
Indice degli autori	235

Summary



ARTICLES

- Giandonato CAGGIANO
The Court of Justice Consolidates Its Constitutional Role
in the Field of Personal Data 9
- Adelina ADINOLFI
The Role of the EU Charter of Fundamental Rights in
National Case-law: Some Thoughts for a Tentative Sys-
tematic Assessment 29
- Maria Caterina BARUFFI
When Italy Crosses the UK: An Overview of the Ap-
plication of Brussels Iia Regulation in the Italian Legal
Order 41
- Concetta BRESCIA MORRA
The Administrative Review of Decisions of the ECB in
the Supervisory Field 63
- Francesco CHERUBINI
The Principle of Equality among Member States of an
International Organisation and Its Exceptions: The Pec-
uliar Case of the European Union 79
- Gianpaolo Maria RUOTOLO
Non-personal Data: The Surfacing of Big Data in Euro-
pean Union Law 97
- Caterina FRATEA
Incompatible or Unlawful State Aids and Effectiveness
of Damage Compensation: Some Considerations be-
tween European Union Law and National Case-law 117
- Nicola RUCCIA
How “Unconventional” Is the Single Resolution Board
in the Framework of EU Agencies? 137

NOTES AND COMMENTS

Giovanni CELLAMARE Observations on the European Court of Human Rights Judgment in the Case <i>N.D. and N.T. v. Spain</i>	153
Valeria DI COMITE Family Reunification and the Right of Residence of Nationals of Third Countries Familiars of EU Citizens in the Light of the Best Interest of the Child	165
Simone MARINAI EU, Climate Change and Arctic Security Matters	179
Gabriele ASTA The <i>Chowdury</i> Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking	195
Davide PIANCONE Taking of Evidence and the intra-European Provisional Measures in Light of the Novelty Introduced by Regu- lation (EU) No. 1215/2012 on the Free Movement of Judgments in the European Judicial Area	213
Silvia SCARPA The EU Arctic Policy and the Recognition of Its Observ- er <i>de facto status</i> in the Arctic Council	223
Books received	233
List of contributors	235



Articoli

Giandonato Caggiano*

La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali

SOMMARIO: 1. Il ruolo costituzionale della Corte di giustizia. – 2. Il quadro giuridico sulla tutela dei dati personali. – 3. Gli strumenti dell'interpretazione pregiudiziale di invalidità, l'interpretazione conforme dei diritti nazionali, il parere *ex ante* sui progetti di accordo dell'Unione. – 4. I test di necessità e proporzionalità in senso stretto (art. 52, par. 1, Carta). – 5. L'effettività della tutela giudiziaria. – 6. Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti. – 7. La questione della base giuridica degli atti (art. 16 TFUE) e la doppia base giuridica in materia di cooperazione di polizia (art. 82 TFUE). – 8. L'applicazione della disciplina europea alle imprese con sede principale extra-UE che operano nel mercato unico europeo. – 9. Il consolidamento della giurisprudenza della Corte e le indicazioni ai legislatori europei e nazionali.

1. Tra le condizioni principali della strategia del mercato unico digitale¹, è prioritario un elevato livello di protezione dei dati personali per l'accesso e l'esercizio delle attività *online*. Considerato lo sviluppo delle sedi principali (“cervelli operativi”) delle più importanti imprese operanti su Internet (c.d. OTT) negli USA, il regime europeo sarebbe scarsamente efficace se non si applicasse a quest'ultime quando operano nel mercato unico. Al contempo, lo sviluppo delle tecnologie ha accresciuto gli strumenti di prevenzione e contrasto, da parte delle autorità pubbliche, “tracimati” in prassi diffuse di sorveglianza di massa².

In questa fase, il ruolo della Corte di giustizia appare centrale e strategico per la dimensione globale ed europea della società digitale o dell'ubiquità. La Corte non si è limitata a svolgere il ruolo di “giudice dell'integrazione” e di supremo organo di

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

¹ V. da ultimo, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 10 maggio 2017, sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti, COM(2017)228 fin.

² In argomento, v., *inter alia*, M. NINO, *Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali*, Napoli, 2012; D. BIGO, G. BOULET, C. BOWDEN, S. CARRERA, E. GUILD, N. HERNANZ, P. DE HERT, J. JEANDESBOZ, A. SCHERRER, *Open Season for Data Fishing in the Web: The Challenges of the US PRISM Programme for the EU, Policy Brief*, CEPS, Brussels, giugno 2013, reperibile *online*; D. BIGO, S. CARRERA, N. HERNANZ, J. JEANDESBOZ, J. PARKIN, F. RAGAZZI, A. SCHERRER, *Mass Surveillance of Personal Data by EU Member States and Its Compatibility with EU Law*, *ivi*, novembre 2013.

ricorso nell'ordinamento dell'Unione ma ha svolto, a tutto campo, il ruolo di “guardiano costituzionale”. Il riconoscimento della Carta dei diritti, quale fonte di diritto primario, ha contribuito in modo determinante ai più recenti sviluppi della sua giurisprudenza. La scelta di non richiamare i principi generali (art. 6 TUE) né la CEDU sottolinea il valore costituzionale e il carattere di fonte interna “auto-sufficiente” riconosciuto alla Carta dei diritti.

La Corte ha condotto la delicata funzione di controllo giurisdizionale sulla compatibilità del bilanciamento tra diritti fondamentali e interessi generali (soprattutto, l'interesse alla sicurezza degli Stati membri), in relazione al “contenuto essenziale” dei diritti e alla necessità e proporzionalità delle misure adottate a livello europeo e nazionale. Le argomentazioni e le decisioni prese dalla Corte consentono di tracciare i principi dell'azione delle istituzioni europee e degli Stati membri, nonché gli obblighi delle imprese di Stati terzi che operano nel mercato unico europeo.

Il diritto alla *privacy* e il diritto alla protezione dei dati personali fanno parte dei valori essenziali dell'Unione in quanto diritti fondamentali (art. 2 del TUE e articoli 7 e 8 della Carta)³. Nella sentenza *Schrems*, la Corte ha riaffermato che tali diritti rientrano nella struttura costituzionale: “(...) secondo la quale l'Unione è un'Unione di diritto, nel senso che tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti al controllo della conformità, segnatamente, ai Trattati, ai principi generali del diritto nonché ai diritti fondamentali”⁴.

A partire dalla sentenza *Digital Rights Ireland*⁵, un'architettura costituzionale coerente in materia sembra emergere tramite lo scrutinio della Corte su due atti

³ In dottrina, v. G. GONZALEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Heidelberg, 2014; H. KRANENBORG, *Article 8, Protection of Personal Data*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 223 ss.; O. LYNKEY, *Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a Right to Data Protection in the EU Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 569 ss.; D. WRIGHT, *Enforcing Privacy*, in D. WRIGHT, P. DE HERT (eds.), *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*, Heidelberg, 2016, p. 13 ss.; M. BRKAN, *The Court of Justice of the EU, Privacy and Data Protection: Judge-made Law as a leitmotif in Fundamental Rights Protection*, in M. BRKAN, E. PSYCHOGIPOPOULOU (eds.), *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment*, Cheltenham, 2017; B. SLOOT, *Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?*, in R. LEENES *et al.* (eds.), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Heidelberg, 2017; M. TZANOU, *The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, Oxford, 2017. Per un quadro generale sulla tutela dei dati personali, v. C. FOCARELLI, *La privacy, Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016.

⁴ Sentenza del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650, punto 60. Com'è noto, il concetto di “Comunità di diritto” è stato formulato per la prima volta nella sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Le Verts*, ECLI:EU:C:1986:166, che è considerata lo “spartiacque” della fase costituzionale della Corte di giustizia. Al riguardo ci sia consentito rinviare a G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 441 ss. Nel parere del 14 dicembre 1991, n. 1/91, i trattati istitutivi sono definiti la “carta costituzionale di una comunità di diritto”, caratterizzata dal rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni e degli Stati membri (nell'attuazione delle norme dell'Unione): punto 21.

⁵ Sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293 e 594/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238. Tale sentenza costituisce ormai un *leading case* nel diritto dell'Unione. Tale carattere fondamentale, nella speranza che risvegli un patriottismo costituzionale nell'Unione, è stato

legislativi dell'Unione⁶ e sulla proiezione esterna dei dati personali⁷, con precise indicazioni *de iure condendo*. Numerose sono le sentenze che disegnano il ruolo delle autorità nazionali indipendenti di controllo e il campo di applicazione territoriale della disciplina europea. Nelle varie occasioni, la Corte si è confermata garante dell'uniformità del diritto dell'Unione europea; si è mostrata particolarmente vigile nel controllo giurisdizionale del diritto secondario; ha valutato l'equivalenza tra le tutele negli ordinamenti degli Stati terzi e nell'ordinamento dell'Unione⁸.

Un contributo preliminare della giurisprudenza è quello alla definizione e al contenuto della protezione dei dati personali. Nella sentenza *Google*⁹, la Corte ha ampliato l'analisi dell'attività dei *service provider* a quella dei motori di ricerca, aprendo così la strada all'estensione delle regole europee a tutti gli operatori su Internet, quali social, *WhatsApp*, ecc. (c.d. OTT)¹⁰. L'affermazione del diritto all'identità personale (diritto all'oblio) comporta il diritto alla cancellazione di dati personali "obsoleti", un diritto considerato prevalente non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca ma anche sull'interesse del pubblico ad accedere all'informazione. Nella sentenza *Breyer*¹¹, la Corte ha precisato ulteriormente la nozione di dati personali, includendovi l'indirizzo "IP dinamico" (registrato da un fornitore di servizi in occasione della consultazione di un sito Internet accessibile al pubblico), qualora il fornitore disponga di mezzi giuridici che gli consentano di far identificare l'utente.

In questo articolo ci appare utile analizzare la giurisprudenza in relazione ai diversi profili tematici. Il metodo prescelto comporta che la medesima sentenza sia richiamata *pro parte* nella discussione dei diversi profili giuridici.

subito segnalato da S. PEERS, *Data Retention: A Landmark Court of Justice's Ruling (4) Will This Saga Continue and how?*, in *EU Law Analysis*, 8 aprile 2014, reperibile online: "The CJEU has seized the chance to give an iconic judgment on the protection of human rights in the EU legal order. Time will deal whether the Digital Rights judgment is seen as the EU's equivalent of classic civil rights judgments of the US Supreme Court, on the desegregation of schools (Brown) or criminal suspects' rights (Miranda). If the Charter ultimately contributes to the development of a 'constitutional patriotism' in the European Union, this judgment will be one of its foundations".

⁶ Sentenza *Digital Rights Ireland*; sentenza del 21 dicembre 2016, cause riunite C-203 e 698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e a.*, ECLI:EU:C:2016:970 (nel prosieguo *Tele2*).

⁷ Sentenza *Schrems*; parere del 26 luglio 2017, n. 1/15, ECLI:EU:C:2017:592.

⁸ In dottrina, *ex multis*, v. T. HORSLEY, *Reflections on the Role of the Court of Justice as the "Motor" of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 931 ss.; M. CREMONA, A. THIES, *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford, 2014; R. SCHÜTZE, *Constitutionalism and the European Union*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2014, p. 71 ss.; R. MASTROIANNI, *Le garanzie dei valori nell'azione esterna e il ruolo della Corte di giustizia*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 213 ss.

⁹ Sentenza del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

¹⁰ La Corte ha in primo luogo affermato che, ricercando in modo automatizzato, costante e sistematico informazioni pubblicate su Internet, tale soggetto effettua operazioni che devono essere qualificate come "trattamento di dati personali" ai sensi della direttiva 95/46. Secondo la Corte, tale soggetto è il "responsabile" del trattamento, determinandone finalità e strumenti (ai sensi dell'art. 2, lett. d), in aggiunta agli editori di siti web.

¹¹ Sentenza del 19 ottobre 2016, causa C-582/14, *Breyer*, ECLI:EU:C:2016:779.

Il presente articolo non si occupa della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla base dell'ampia e variegata applicazione dell'art. 8 CEDU che ha avuto un carattere di "precursore" del diritto dell'Unione in materia¹². In questa sede, si può solo sottolineare il continuo dialogo tra le due Corti europee nelle soluzioni adottate¹³.

2. Per comprendere la qualità e la complessità dell'intervento della Corte di giustizia è opportuno definire il quadro giuridico del diritto dell'Unione europea in materia.

Il Trattato di Lisbona ha introdotto una base giuridica *ad hoc* per la protezione dei dati personali (art. 16 TFUE)¹⁴, rispetto a quelle dell'art. 95 TCE e dell'ex Terzo pilastro, che consente l'esercizio della competenza concorrente dell'Unione, sia per l'armonizzazione legislativa del mercato, che per la cooperazione giudiziaria civile e penale e di polizia. Tale norma stabilisce che "ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano" (par. 1); stabilisce la base giuridica della legislazione secondaria e afferma il controllo delle autorità indipendenti (par. 2)¹⁵. Il diritto alla protezione dei dati risulta così rafforzato, sia in relazione alla definizione del contenuto, sia all'estensione del controllo giudiziario e delle autorità nazionali indipendenti *ad hoc* (unica tipologia amministrativa citata nella Carta e nel Trattato).

L'architettura del diritto derivato si è stratificata tramite atti legislativi sulla suddetta base giuridica, in qualche caso rafforzata da una doppia base giuridica¹⁶. Per la realizzazione del mercato interno, è stato adottato il regolamento generale 2016/679, applicabile da maggio 2018 (d'ora in poi: regolamento 2016/679 o RGPD)¹⁷ e sono

¹² Sul rapporto tra Carta e CEDU v., *inter alia*, sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:105, punto 44. Nello specifico della protezione dei dati, sentenza *Tele2*, punti 127-129. Per i vari aspetti della giurisprudenza sull'art. 8 CEDU, v. il relativo commento in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 297 ss. Per una rassegna della giurisprudenza delle due Corti europee in materia, v. M. CARTA, *Diritto alla vita privata ed internet nell'esperienza giuridica europea ed internazionale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 1 ss.; A. TERRASI, *Il rapporto tra diritto alla privacy e protezione dei dati personali tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. DI STEFANO (a cura di), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale*, Napoli, 2017, p. 127 ss.

¹³ Per la Corte di giustizia, v. sentenza del 9 novembre 2010, cause riunite C-92 e 93/09, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eifert c. Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662, punto 59; sentenza *Digital Rights Ireland*, punto 35; sentenza *Tele2*, punti 119 s. Per la Corte di Strasburgo, v. sentenza del 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*, par. 147; sentenza del 12 gennaio 2016, *Szabo e Vissy c. Hungary*, par. 23.

¹⁴ Sull'art. 16 TFUE, v. H. HJUMANS, *The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art. 16 TFEU*, Heidelberg, 2016.

¹⁵ Una base giuridica *ad hoc* riguarda il settore della politica estera e di sicurezza comune (art. 39 TFUE) che prevede l'adozione di decisioni *ad hoc* del Consiglio.

¹⁶ V. *infra*, par. 7.

¹⁷ Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, ed abrogativo della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

in itinere le nuove misure sulle comunicazioni elettroniche (d'ora in poi: direttiva *e-privacy*)¹⁸. Per la cooperazione giudiziaria penale e di polizia, sono state adottate la direttiva 2016/680 a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, da trasporre entro maggio 2018 (d'ora in poi: direttiva 2016/680)¹⁹, la direttiva sul PNR dei viaggiatori aerei intra-UE²⁰ e la direttiva sulla lotta contro il terrorismo²¹.

Nelle relazioni internazionali, l'azione dell'Unione è volta a contribuire alla tutela dei diritti umani e al rispetto del diritto internazionale in materia²². In tale contesto, la Corte sorveglia i meccanismi di estensione della tutela dei dati personali, sia nei confronti di imprese operanti nel mercato unico con la sede principale extra-UE, sia delle autorità pubbliche di Stati terzi che acquisiscono i dati "provenienti" dagli Stati membri. Il principio di base è rappresentato dall'obbligo di equivalenza della tutela negli ordinamenti degli Stati terzi e dell'Unione europea. In proposito, sia nel regolamento 2016/679 che nella direttiva 2016/680 la circolazione dei dati personali extra-UE è soggetta al controllo tramite atti di esecuzione della Commissione ("decisioni di adeguatezza"). Accordi internazionali tra UE e Stati terzi possono svolgere la medesima funzione di tutela.

¹⁸ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva *e-privacy*), rivista successivamente dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica (...) della direttiva 2002/58/CE (...). Per la riforma *in itinere*, v. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 gennaio 2017, relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE, COM(2017)10 fin.

¹⁹ V. direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio. La dichiarazione 21, allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, riconosce la specificità del settore della sicurezza. Per un'analisi, v. C. DI FRANCESCO MAESA, *Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for Data Protection in the Police and Justice Sectors and the Directive 2016/681 on the Use of Passenger Name Record (PNR)*, in *Eurojus.it*, 24 maggio 2016, reperibile *online*.

²⁰ Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi.

²¹ Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI. Per approfondimenti, v. C. C. MURPHY, *The Draft EU Directive on Combating Terrorism: Much Ado about what?*, in *EU Law Analysis*, 17 gennaio 2016, reperibile *online*; G. DE MINICO, *La risposta europea al terrorismo del tempo ordinario: il lawmaker e il giudice*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017, reperibile *online*. Sul rapporto tra Unione europea e diritto internazionale nella lotta al terrorismo, v. i vari contributi in P. GARGIULO, M. C. VITUCCI (A CURA DI), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, 2009.

²² Nelle relazioni internazionali, l'Unione afferma e promuove i suoi valori ed interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini (art. 3, par. 5, TUE). In argomento, v. i diversi contributi in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *op. cit.*

3. La giurisprudenza della Corte approfondisce le conseguenze dell'ingerenza nei diritti di protezione dei dati nel contesto di ricorsi di interpretazione pregiudiziale²³ e in occasione di un parere su un progetto di accordo internazionale dell'Unione.

L'utilizzo del giudizio di validità assume tutte le sue potenzialità nel riferimento alle Carta dei diritti. Si tratta di un meccanismo del tutto equiparabile a quello che, negli ordinamenti giuridici interni, vede le corti costituzionali decidere sulla costituzionalità delle leggi nazionali in relazione alle carte costituzionali. Da sottolineare la radicalità delle scelte della Corte che preferisce, in due sentenze, dichiarare la totale invalidità dell'atto di diritto derivato perché la questione d'incompatibilità con la tutela dei diritti fondamentali compromette la legittimità dell'atto nel suo insieme e non sarebbe sufficiente eliminare singole norme.

La prima occasione di interpretazione di validità in materia di protezione dei dati personali è costituita dalla sentenza *Volker und Markus Schecke* in cui la Corte ha dichiarato l'invalidità di due regolamenti sul finanziamento della politica agricola comune in relazione alla pubblicazione di informazioni sulle persone fisiche beneficiarie dei Fondi agricoli europei attraverso siti Internet gestiti dagli uffici nazionali competenti²⁴.

Nella sentenza *Digital Rights Ireland*²⁵, la Corte ha invalidato l'intera direttiva 2006/24²⁶ per violazione dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali.

²³ Per una riflessione approfondita sul tema, v. F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 21 ss.; ID., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 259 ss.

²⁴ In particolare, alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 1290/2005 del Consiglio, del 21 giugno 2005, relativo al finanziamento della politica agricola comune e, nella sua interezza, il regolamento (CE) n. 259/2008, del 18 marzo 2008, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1290/2005 del Consiglio per quanto riguarda la pubblicazione di informazioni sui beneficiari dei finanziamenti provenienti dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR).

²⁵ Sulla sentenza *Digital Rights Ireland*, v. M. P. GRANGER, K. IRION, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: Telling off the EU Legislator and Teaching a Lesson in Privacy and Data Protection*, in *European Law Review*, 2014, p. 835 ss.; O. LYNKEY, *The Data Retention Directive Is Incompatible with the Rights to Privacy and Data Protection and Is Invalid in Its Entirety: Digital Rights Ireland*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1789 ss.; M. MESSINA, *La Corte di giustizia Ue si pronuncia sulla proporzionalità delle misure in materia di conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica e ne dichiara la loro invalidità*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 396 ss.; M. NINO, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia Ue: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 803 ss.; E. ROSSI, *Il diritto alla "privacy" nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, p. 331 ss. Sui seguiti della sentenza, v. S. CARRERA, E. GUILD, *Safe Harbour or into the Storm? EU-US Data Transfers after the Schrems Judgment*, CEPS, Brussels, novembre 2015; V. ZENO-ZENCOVICH, G. RESTA (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016.

²⁶ Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE.

La terza occasione ha riguardato la citata sentenza *Schrems* in cui la Corte in sede di interpretazione pregiudiziale ha dichiarato l'invalidità totale dell'atto esecutivo di adeguatezza della Commissione (ex direttiva 95/46), senza esserne richiesta esplicitamente dal ricorrente nel procedimento principale né dal giudice di rinvio. Molto rilievo viene dato allo strumento dell'interpretazione pregiudiziale di invalidità: "La Corte è competente in via esclusiva a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione (...) e la natura esclusiva di tale competenza ha lo scopo di garantire la certezza del diritto assicurando l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione (...). Per quanto i giudici nazionali siano effettivamente legittimati ad esaminare la validità di un atto dell'Unione (...), essi non sono tuttavia competenti a constatare essi stessi l'invalidità di un siffatto atto. *A fortiori*, in sede di esame di una domanda, (...) le autorità nazionali di controllo non sono competenti a constatare esse stesse l'invalidità di una siffatta decisione"²⁷. Secondo la sentenza *Schrems*: "(...) tali giudici devono sospendere la decisione e investire la Corte di un procedimento pregiudiziale per accertamento di validità, allorché essi ritengono che uno o più motivi di invalidità formulati dalle parti o, eventualmente, sollevati d'ufficio siano fondati"²⁸. Si tratta della riconferma della giurisprudenza *Foto-Frost*²⁹, che è parte integrante dell'*acquis* comunitario, nonostante il suo mancato inserimento nel testo dei Trattati istitutivi.

I motivi di invalidità sono riscontrabili nelle modalità effettive di interpretazione e gestione dei dati personali, contrariamente alle assicurazioni offerte *ex ante* dalle autorità statunitensi³⁰. Nell'ordinamento di destinazione, non erano previste regole idonee a limitare le ingerenze allo "stretto necessario" per conseguire l'obiettivo della protezione della sicurezza nazionale, né specifici rimedi di natura giurisdizionale o amministrativa a tutela dei soggetti interessati. Soprattutto, le deroghe avrebbero dovuto essere munite di un meccanismo di controllo indipendente e di mezzi di ricorso adeguati³¹. Nel caso specifico, le ingerenze riscontrate intaccano il contenuto essenziale del diritto in un quadro giuridico "affievolito" di tutela. In ogni caso, tali ingerenze superano di gran lunga quanto strettamente necessario³².

Le altre sentenze in materia di protezione dei dati riguardano il ricorso di interpretazione pregiudiziale e non hanno portato ad una dichiarazione di invalidità. In una prima fase della giurisprudenza, la Corte ha contribuito a chiarire il bilanciamento con altri diritti fondamentali, come il diritto di proprietà intellettuale o

²⁷ Sentenza *Schrems*, punti 60-62.

²⁸ *Ivi*, punto 64. Al riguardo, la Corte ricorda la sentenza del 28 aprile 2015, causa C-456/13 P, T. & L. *Suğars e Sidul Açúcar* c. *Commissione*, ECLI:EU:C:2015:284, punti 46-48, e la giurisprudenza *ivi* citata.

²⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452, punti da 15 a 20, nonché del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA*, ECLI:EU:C:2006:10, punto 27. Su quest'ultima v. G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza IATA*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 343 ss.

³⁰ Tale decisione veniva impropriamente chiamata "Accordo UE-USA Safe Harbor" mentre, in realtà, si trattava in sostanza di un atto unilaterale della Commissione a seguito di documentazione presentata dall'Amministrazione USA.

³¹ Le difficoltà derivano dall'impiego che le autorità americane fanno delle deroghe previste dalla disposizione dell'Allegato I, co. 4.

³² Sentenza *Schrems*, punti 93, 94 e 95.

la libertà di espressione³³. In tale fase, la Corte ha esaminato il bilanciamento tra l'interesse alla prevenzione, investigazione e perseguimento dei reati e il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali e ha formulato considerazioni sui criteri di valutazione applicabili, rimettendo la soluzione ai giudici nazionali *a quibus*. In alcuni casi, ha criticato la mancata considerazione degli aspetti relativi ai diritti fondamentali all'interno del processo di armonizzazione dell'Unione, concentrata sugli aspetti tecnici della conservazione dei dati.

Nella fase più recente, molto significativa è la sentenza *Tele2*, in cui la Corte si è pronunciata sulla già citata direttiva 2002/58 (*e-privacy*)³⁴ che consente agli Stati membri di introdurre talune eccezioni all'obbligo di assicurare la riservatezza delle comunicazioni elettroniche e dei dati relativi.

Infine, nel parere 1/15, la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla compatibilità di un progetto d'accordo internazionale con la Carta dei diritti; essa ha dichiarato che l'accordo sul sistema del trasferimento dei dati non potrà essere concluso secondo il testo esaminato a causa dell'incompatibilità di alcune sue disposizioni con i diritti fondamentali.

4. In materia di diritto alla protezione dei dati personali, la Corte di giustizia effettua la valutazione della legittimità di eventuali deroghe e limiti all'esercizio dei diritti fondamentali tramite un percorso logico-concettuale ormai consolidato, interpretando l'art. 52, par. 1, della Carta³⁵. Peraltro, i limiti ammissibili previsti dall'art. 8, par. 2, della CEDU sono equivalenti³⁶. Il parametro aggiuntivo "in una società democratica" (CEDU) non rappresenta una differenza sostanziale tra i due sistemi perché tale concetto è un elemento cardine dell'Unione (art. 2 TUE).

Com'è noto, la proporzionalità è un principio generale di diritto dell'Unione in forza del quale "(...) il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati" (art. 5, par. 4). Secondo la giurisprudenza della Corte, l'azione dell'Unione non deve eccedere quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi dei trattati, il che richiede l'idoneità degli atti a conseguire gli obiettivi legittimi perseguiti. Pertanto tale principio limita le autorità nell'esercizio dei loro poteri, richiedendo un equilibrio tra il mezzo utilizzato e lo scopo previsto (o il risultato raggiunto). In senso lato, la proporzionalità

³³ Sentenze del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54; del 16 dicembre 2008, causa C-73/07, *Satamedia*, ECLI:EU:C:2008:727; del 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet*, ECLI:EU:C:2011:771; del 19 aprile 2012, causa C-461/10, *Bonnier*, ECLI:EU:C:2012:219.

³⁴ V. art. 15, par. 1, direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

³⁵ Particolarmente utile appare lo studio EDPS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, dell'11 aprile 2017, reperibile online. Il Toolkit offre uno schema dei passi del controllo di necessità e proporzionalità per valutare nuove misure legislative in materia.

³⁶ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8, par. 2, CEDU, v. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 01/2014 on the application of necessity and proportionality concepts and data protection within the law enforcement sector*, 27 febbraio 2014, reperibile online.

comprende sia la necessità, sia l'appropriatezza di una misura, cioè il legame tra la misura e il legittimo obiettivo perseguito. In senso stretto, consente di stabilire che i vantaggi superino gli svantaggi della misura rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali (carattere meno invasivo)³⁷.

In vari casi, la Corte non valuta il criterio della proporzionalità poiché ritiene che non sia stato superato il *test* sulla necessità delle limitazioni in relazione agli articoli 7 e 8³⁸. In caso di esito positivo, il *test* di proporzionalità si pone come un meccanismo di salvaguardia, riducendo i rischi di incidere sui diritti fondamentali e di erodere i valori di una società democratica. La validazione complessiva della misura in discussione deriva dai due *test* di necessità e proporzionalità, che possono sovrapporsi ed essere condotti congiuntamente o separatamente. La prima parte del *test* della Corte riguarda il criterio della qualità della legge, che deve essere accessibile e prevedibile; il secondo requisito si riferisce al contenuto essenziale del diritto la cui valutazione negativa preclude il prosieguo dell'analisi rispetto ai successivi criteri. La seconda parte esamina la necessità della misura sulla base dell'identificazione e del riconoscimento dell'interesse generale meritevole di tutela nell'ordinamento dell'Unione o degli Stati membri. Solo ove la misura in oggetto sia giudicata necessaria, si effettua il giudizio sul rispetto del principio di proporzionalità.

Nel ragionamento giuridico della Corte, i giudizi sulla necessità e sulla proporzionalità sono spesso affrontati congiuntamente (*in tandem*). Nella sentenza *Satamedia*, che precede l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'effetto vincolante della Carta, la Corte per la prima volta richiede, nel bilanciamento del diritto alla libertà di espressione e del diritto alla *privacy*, che le deroghe e le limitazioni relative alla protezione dei dati siano da applicare solo in misura strettamente necessaria³⁹.

Nella sentenza *Volker* la Corte afferma per la prima volta che la lesione del diritto in discussione deve essere prevista da un atto avente rango di legge, rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e, conformemente al principio di proporzionalità, essere necessaria e rispondere effettivamente ad obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione, sicché le deroghe e le limitazioni a tali diritti devono operare nei limiti dello stretto necessario. Nel caso di specie, la pubblicazione di dati ha superato quanto era necessario per la realizzazione degli obiettivi legittimi perseguiti. Sul bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati di carattere personale e l'obbligo di trasparenza in materia di fondi europei, la Corte ha rilevato una lesione del diritto dei beneficiari interessati. La Corte non ha rimesso in discussione gli effetti della pubblicazione degli elenchi dei beneficiari di aiuti effettuata dalle autorità nazionali anteriormente alla data della sentenza.

La sentenza *Google* ribadisce più volte che dei diritti "derivanti" o "risultanti" dalla Carta si deve tener conto nella "ponderazione dei contrapposti diritti e inte-

³⁷ V. ad es. sentenza *Volker und Markus Schecke*. In relazione agli articoli 16 e 17 della Carta, v. sentenza del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28.

³⁸ Sentenze *Satamedia*, punto 56; *Volker und Markus Schecke*, punto 77; del 7 novembre 2013, causa C-473/12, *IPI*, ECLI:EU:C:2013:715, punto 39; sentenza *Digital Rights Ireland*, punto 52; dell'11 dicembre 2014, causa C-212/13, *Rynes*, ECLI:EU:C:2014:2428, punto 28; *Schrems*, punto 92; *Tele2*, punto 96.

³⁹ Sentenza *Satamedia*, punto 56.

ressi in gioco”⁴⁰. Tali diritti non hanno carattere assoluto e possono essere oggetto di limitazioni, purché rispettino i requisiti dell’art. 52, par. 1, della Carta: qualsiasi limitazione all’esercizio dei diritti fondamentali deve essere giustificata dal perseguimento di un obiettivo di interesse generale o dalla protezione di diritti e libertà altrui. Oltre al rispetto del “nucleo essenziale” del diritto alla *privacy* e alla tutela dei dati personali, la Carta impone i principi di necessità e proporzionalità nelle misure legislative dell’Unione e degli Stati membri (nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione)⁴¹.

Nella sentenza *Digital Rights Ireland*, l’obbligo dei *service provider* di conservare per un certo periodo di tempo i dati relativi alla vita privata di una persona e alle sue comunicazioni⁴² e l’accesso delle autorità nazionali a tali dati costituiscono di per sé un’ingerenza nei diritti garantiti dalla Carta⁴³. Dal punto di vista del “*test* di necessità in senso stretto”, i criteri di accesso ai dati da parte delle autorità pubbliche (persone autorizzate, uso strettamente necessario, ecc.) devono essere oggetto di scrutinio e analisi approfondita. Inoltre, il *test* di proporzionalità richiede che la misura limitativa sia, da un lato, essenziale al raggiungimento della finalità d’interesse generale; e, dall’altro, il più possibile “meno intrusiva” di altre alternative, quali, ad esempio, il controllo sui dati solo di una parte della popolazione o di una zona geografica. All’esito del giudizio di bilanciamento, la Corte ha giudicato che tali ingerenze non rispondessero al principio di proporzionalità⁴⁴. Considerata l’ampiezza e pervasività dei profili di incompatibilità⁴⁵, la Corte ha dichiarato l’invalidità totale della direttiva con effetti *ex tunc*. Gli obblighi dei fornitori di servizi di comunica-

⁴⁰ Sentenza *Google Spain e Google*, punti 74, 81 e 97 della motivazione e punto 4 del dispositivo.

⁴¹ Tra i tanti, G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, 2011; K. LENAERTS, *The Court’s Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice*, in M. ADAMS et al. (eds.), *Judging Europe’s Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford, 2013, p. 13 ss.; K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS et al. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 1559 ss.; S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old*, Oxford, 2015; L. D’ANDREA et al. (a cura di), *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3, reperibile online.

⁴² La direttiva 2006/24/CE, ancorché “di fatto” complementare all’indagine e alla prevenzione del crimine, venne giudicata nel 2009 dalla Corte di giustizia come correttamente adottata sulla base giuridica della realizzazione del mercato (art. 95 TCE, divenuto oggi art. 114 TFUE) perché riferita alle attività dei *provider* (e non al terzo pilastro): v. sentenza del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2009:68, sulla scelta della base giuridica della direttiva 2006/24. Sulle vicende giuridiche v. N. LAVRANOS, *Data Retention: First or Third Pillar Instrument for Fighting Terrorism?*, in *European Law Reporter*, 2009, p. 158 ss.-

⁴³ Sentenza *Digital Rights Ireland*, punti 34 e 35.

⁴⁴ L. WOODS, *Data Retention and National Law: The ECJ Ruling in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 Tele2 and Watson (Grand Chamber)*, in *EU Law Analysis*, 21 dicembre 2016, reperibile online.

⁴⁵ La Corte non si è neppure posta la questione di una dichiarazione di invalidità parziale (o di annullamento parziale) per parti “separabili” dell’atto che potrebbe costituire una questione di ricevibilità della domanda pregiudiziale, v. ad es. le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 23 dicembre 2015, causa C-477/14, *Pillbox 38*, ECLI:EU:C:2015:854, punti 13-16 e giurisprudenza *ivi* citata.

zione di conservare i dati personali e di consentirne l'accesso delle autorità nazionali rappresentavano un'ingerenza di vasta portata e di particolare gravità. Tale ingerenza avrebbe potuto in astratto essere giustificata dal perseguimento di un interesse generale, come la lotta alla criminalità organizzata⁴⁶, ma la normativa in discussione non era stata definita con precisione dal legislatore, così da consentire un'incidenza effettiva limitata allo "stretto necessario" (art. 52, par. 1, della Carta). Destinatari di tale misura, infatti, erano tutti i soggetti/utenti dei mezzi di comunicazione elettronica e la totalità dei dati relativi al traffico senza alcuna graduazione (distinzione, limitazione o eccezione) in relazione all'obiettivo di lotta contro i reati gravi.

Analogamente, nella sentenza *Schrems*, la Corte afferma che soprattutto, la tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata a livello UE richiede che deroghe e limitazioni in relazione alla protezione dei dati personali si applichino solo nella misura strettamente necessaria⁴⁷. La Corte conclude che la legislazione non si limita a ciò che è strettamente necessario quando: autorizza, su base generale, la conservazione di tutti i dati personali di tutte le persone i cui dati sono stati trasferiti dall'Unione europea agli Stati Uniti; non stabilisce alcuna differenziazione, limitazione o eccezione alla luce dell'obiettivo perseguito né stabilisce criteri oggettivi in base ai quali determinare i limiti dell'accesso delle autorità pubbliche per scopi specifici, rigorosamente limitati e in grado di giustificare l'interferenza⁴⁸.

Ancora nella sentenza *Tele2*, la Corte valuta il principio di proporzionalità in senso stretto rispetto alle misure relative all'ingerenza nel diritto alla protezione dei dati personali per il contrasto del crimine grave (criminalità organizzata e a finalità terroristica), ritenendo che non possano giustificare una conservazione generalizzata dei dati. In astratto, la lotta contro la criminalità grave appare idonea a giustificare una misura legislativa inerente la conservazione di dati relativi alle comunicazioni e all'ubicazione dell'utente. In modo molto drastico, forse perché la questione si ripropone nuovamente a livello nazionale, la Corte afferma che seppure l'efficacia della lotta contro la criminalità grave può dipendere in larga misura dall'utilizzo delle tecniche di indagine più avanzate, un siffatto obiettivo di interesse generale non può in sé giustificare una normativa nazionale che preveda la conservazione generalizzata e indifferenziata dell'universalità dei dati relativi al traffico e all'ubicazione degli utenti.

Nel parere 1/15 sul progetto di accordo UE-Canada sui PNR dei viaggiatori aerei, l'ingerenza nei diritti viene considerata giustificabile in astratto dal perseguimento di una finalità d'interesse generale (quale la sicurezza pubblica nell'ambito della lotta contro reati di terrorismo e reati gravi di natura transnazionale) ma alcune disposizioni esaminate non sono limitate allo stretto necessario e non appaiono chiare e precise. Il primo motivo di incompatibilità riguarda la prevista inclusione di dati sensibili che, per l'elevato rischio di discriminazione, richiederebbero una diversa giustificazione dalla protezione della sicurezza pubblica⁴⁹. Il secondo

⁴⁶ Secondo la lettera dell'art. 52, par. 1, l'obiettivo della misura deve corrispondere a "una finalità d'interesse generale riconosciuta dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

⁴⁷ Sentenza *Schrems*, punto 92.

⁴⁸ *Ivi*, punto 93.

⁴⁹ I dati sensibili comprendono l'insieme delle informazioni che rivelano l'origine etnica o razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, la salute o l'orien-

motivo attiene al mancato rispetto della proporzionalità delle misure, che dovrebbe essere collegata ad una diversa intensità di modulazione a seconda che i dati personali siano riferibili all'attraversamento delle frontiere, al soggiorno o al periodo successivo alla partenza. Nella fase dei controlli alle frontiere, il trattamento dei dati può essere giustificato da motivi di sicurezza. Diversamente, durante il soggiorno e dopo la partenza del viaggiatore, la Corte richiede la predeterminazione di specifiche condizioni sostanziali e procedurali di accesso/utilizzazione dei dati PNR da parte delle autorità pubbliche.

5. La caratteristica principale della “Comunità di diritto” è quella che i singoli beneficiano di una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi e organismi dell'Unione (art. 19, par. 1, co. 2, TFUE) e degli atti degli Stati membri, nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione.

Come in tutti gli ordinamenti giuridici, anche nell'ordinamento dell'Unione, lo “stato di diritto” richiede regole per una corretta dinamica tra giudice e legislatore. Secondo tali principi, nessun atto dell'Unione è esente dal controllo giurisdizionale di legittimità/conformità al diritto primario. Anche per gli individui, il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale è elemento caratterizzante. Quest'ultimo aspetto emerge nell'interpretazione della Corte degli articoli 47 della Carta (relativo al diritto ad ottenere tutela giurisdizionale effettiva) e 19 TUE sull'obbligo degli Stati membri di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva “nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”⁵⁰.

Decisiva è anche la giurisprudenza sul giusto processo che è applicabile nei procedimenti dinanzi ai giudici dell'Unione e nei procedimenti che si svolgono davanti ai giudici nazionali quando gli Stati attuano le norme dell'Unione. Secondo la giurisprudenza *Kadi*⁵¹, tale controllo di legittimità alla luce dei diritti fondamentali assume il valore di “garanzia costituzionale”⁵² e riguarda qualsiasi atto dell'U-

tamento sessuale di una persona.

⁵⁰ Sull'effettività della protezione giudiziaria, v. I. PERNICE, *The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU*, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, 2013, p. 381 ss.; C. C. MURPHY, *Counter-terrorism Law and Judicial Review: The Challenge for the Court of Justice of the European Union*, in F. F. DAVIS, F. DE LONDRA (eds.), *Critical Debates on Counter-Terrorism Judicial Review*, Cambridge, 2014, p. 287 ss.; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multilevel Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, 2014, p. 3 ss.; R. MASTROIANNI, *I limiti all'accesso al giudice dell'Unione per l'impugnazione di atti confliggenti con accordi internazionali: una nuova “fortress europe”?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016; S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. PAULUSSEN et al. (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law. Public and Private Law Perspectives*, The Hague, 2016, p. 143 ss.

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, cause riunite C-584, 593 e 595/10 P, *Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518, punto 66. Si vedano anche le sentenze del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2013:625, punto 91; del 19 dicembre 2013, causa C-274/12 P, *Telefónica c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:852, punto 56.

⁵² V. sentenze della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, causa C-550/09, *E e F*, ECLI:EU:C:2010:382, punto 44, nonché del 26 giugno 2012, causa C-335/09 P, *Polonia c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:385, punto 48.

nione. Il sistema di tutela giurisdizionale dei trattati si regge infatti sui due pilastri dei giudici dell'Unione e di quelli nazionali⁵³. Quest'ultimi "stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione", e secondo l'art. 47 della Carta⁵⁴.

Nella sentenza *Schrems*, la Corte ha altresì rilevato che l'accesso a rimedi efficaci e un controllo giurisdizionale indipendente costituiscono condizioni essenziali per garantire lo Stato di diritto⁵⁵: "l'esigenza di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione, è inerente all'esistenza di uno Stato di diritto"⁵⁶.

Nel parere 1/15, la Corte afferma la necessità, salvo casi di urgenza, di un controllo preventivo da parte di un giudice o ente amministrativo indipendente, a seguito di una richiesta motivata delle autorità competenti nell'ambito di procedure di prevenzione, di accertamento o di esercizio dell'azione penale. Dopo la partenza, la continuità dell'archiviazione è da considerare in linea di principio non limitata allo stretto necessario in base ad una presunzione relativa (a meno che non siano dimostrati elementi obiettivi del rischio in termini di lotta al terrorismo e di reati gravi di natura transnazionale).

6. Le autorità di controllo per la protezione dei dati personali istituite negli Stati membri devono godere di un'indipendenza che consenta loro di svolgere le proprie funzioni senza subire influenze esterne⁵⁷.

Nella sentenza *Commissione c. Ungheria*⁵⁸ la Corte, investita di un ricorso di inadempimento avente ad oggetto la cessazione anticipata del mandato dell'autorità nazionale, afferma che l'indipendenza esclude qualsiasi imposizione e ogni influenza esterna di qualunque forma. Il solo rischio che le autorità di uno Stato possano esercitare un'influenza politica sulle decisioni delle autorità di controllo è sufficiente ad ostacolare lo svolgimento indipendente delle funzioni di queste ultime. Il requisito d'indipendenza deve essere interpretato nel senso che include l'obbligo di rispettare la durata del mandato e di porvi fine anticipatamente solo nel rispetto delle norme e delle garanzie della normativa applicabile.

Nella sentenza *Digital Rights Ireland*, la Corte ha constatato che rispetto all'azione delle autorità nazionali di controllo indipendente (art. 8, par. 3, della Carta)⁵⁹,

⁵³ Cfr. sentenza *Inuit*, punto 90.

⁵⁴ *Ivi*, punto 101.

⁵⁵ Sentenza *Schrems*, punto 95.

⁵⁶ La Corte richiama la propria giurisprudenza al riguardo: sentenze *Les Verts c. Parlamento*, punto 23; del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206, punti 18 e 19; del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens e a.*, ECLI:EU:C:1987:442, punto 14, nonché dell'11 settembre 2008, cause riunite da C-428 a 434/06, *UGTRioja e a.*, ECLI:EU:C:2008:488, punto 80.

⁵⁷ V. 'considerando' da 117° a 141° RGPD. Nella direttiva 95/46, v. art. 28, par. 1, co. 2.

⁵⁸ V. sentenza dell'8 aprile 2014, causa C-288/12, *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2014:237.

⁵⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione c. Germania*, ECLI:EU:C:2010:125, punti 18-19, 25 e 30; del 16 ottobre 2012, causa C-614/10, *Commissione c. Austria*, ECLI:EU:C:2012:631, punti 41-42, 45-55, 56-61, 62-63; *Commissione c. Ungheria*, punti 51-55, 60; *Schrems*, punti 40-47. In dottrina, v. A. BALTHASAR, *Complete Independence' of National Data Protection Supervisory Authorities – Second Try: Comments on the Judgment of the CJEU of 16 October 2012, C-614/10 (European Commission v. Austria), with Due Regard to Its Previous Judgment of 9 March 2010, C-518/07 (European Commission v. Germany)*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 26 ss.;

la direttiva *data retention* non conteneva criteri obiettivi e condizioni sostanziali/procedurali di accesso o utilizzazione esclusivamente a fini di prevenzione, accertamento o perseguimento penale dei reati gravi.

Nella sentenza *Google*, la Corte conferisce ai motori di ricerca (soggetti privati) la competenza a formulare un giudizio sulla fondatezza della domanda di cancellazione di alcuni dati personali (non più attuali) ma riservando un giudizio di seconda istanza alle autorità nazionali indipendenti.

Secondo la sentenza *Tele2*, spetta al diritto nazionale prevedere norme chiare e precise che indichino a quali condizioni concedere un accesso ai dati raccolti dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica. Salvi casi di urgenza debitamente giustificati, esso deve essere subordinato ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, e la decisione di tale giudice o di tale entità deve intervenire a seguito di una richiesta motivata delle autorità nazionali competenti, presentata, in particolare, nell'ambito di una procedura di prevenzione, di accertamento o di esercizio dell'azione penale.

Nella sentenza *Schrems*, la Corte ha stabilito che ciascuna autorità nazionale di controllo è competente a verificare, in piena indipendenza, se un trasferimento di dati dal proprio Stato membro verso un Paese terzo rispetti i requisiti fissati dal diritto derivato⁶⁰. L'esistenza di una decisione di adeguatezza della Commissione, che constata che un Paese terzo garantisce un livello di protezione adeguato, non può privare le persone i cui dati personali sono stati o potrebbero essere trasferiti verso un Paese terzo del diritto di investire le autorità di controllo di una domanda sulla compatibilità di tale decisione con la protezione della vita privata all'autorità nazionale indipendente. Qualora detta autorità ritenga la domanda priva di fondamento, il ricorrente deve poter contestare tale decisione dinanzi ai giudici nazionali; mentre, nell'ipotesi contraria, in cui l'autorità reputi fondate le censure sollevate, deve poter promuovere azioni dinanzi ai giudici nazionali, affinché questi ultimi procedano eventualmente ad un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte inteso all'esame della validità di tale decisione. Dopo la dichiarazione di invalidità della precedente decisione, la Commissione ha adottato una nuova decisione di adeguatezza su nuove condizioni per il trattamento dei dati trasferiti negli Stati Uniti, perché era urgente ripristinare le comunicazioni a livello transatlantico⁶¹.

S. PEERS, *The CJEU Confirms the Independence of Data Protection Authorities*, in *EU Law Analysis*, 9 aprile 2014, reperibile online; O. LYNSEY, *The Europeanisation of Data Protection Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, p. 1 ss.; E. CARPANELLI, N. LAZZERINI, *PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved? The EU PNR Conundrum After Opinion 1/15 of the CJEU*, in *Air & Space Law*, 2017, p. 377 ss.; S. DE SOMER, *Autonomous Public Bodies and the Law, A European Perspective*, Cheltenham, 2017; R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S. GUTWIRTH, PAUL DE HERT (eds.), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Dordrecht, 2017.

⁶⁰ Nel nuovo regolamento generale del 2016, cfr. gli articoli 45 (trasferimento sulla base di una decisione di adeguatezza); 46 (altre garanzie adeguate, comprese le norme vincolanti d'impresa); 49 (deroghe in specifiche situazioni).

⁶¹ Per il nuovo atto della Commissione, v. decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 della Commissione, del 12 luglio 2016, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy. Sulla decisione, v. WP 238, Opinion 1/2016 on the EU-U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, adopted on 13 April 2016. Per un commento, v. S. CRESPI, *La nuova proposta di decisione di adeguatezza della Commissio-*

Nella sentenza *Weltimmo*⁶², la Corte ha considerato che l'autorità indipendente può esercitare i suoi poteri investigativi indipendentemente dal diritto applicabile. Tuttavia, qualora giunga alla conclusione che si applica il diritto di un altro Stato membro, non può imporre sanzioni al di fuori del territorio dello Stato membro di cui fa parte. In una situazione del genere, essa è a tenuta chiedere all'autorità di controllo di tale altro Stato membro di accertare un'eventuale violazione e di imporre sanzioni utilizzando, eventualmente, le informazioni comunicate dalla prima autorità intervenuta.

7. La Corte ha avuto modo di esprimersi ampiamente sulla base giuridica in materia di tutela dei dati personali, soprattutto nel parere 1/15 relativo al progetto di accordo UE-Canada sul PNR dei viaggiatori aerei⁶³. Quest'ultimo si riferisce ad una duplice finalità: la definizione delle “condizioni per il trasferimento e l'uso dei dati del codice di prenotazione (...) e i mezzi con cui i dati sono protetti”; e quella di garantire la “sicurezza e l'incolumità delle persone” (art. 1).

In ambito penale, le informazioni vengono scambiate tra autorità pubbliche o tra privati e autorità pubbliche o anche per analizzare le minacce, identificare le attività criminali o valutare i rischi. Sul piano delle competenze e delle basi giuridiche, l'azione dell'Unione si sviluppa in tre ambiti materiali. Il primo riguarda lo sviluppo di una cooperazione fra le autorità giudiziarie penali, attraverso il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie delle autorità nazionali e l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 82, par. 1, TFUE)⁶⁴. Il secondo attiene invece allo sviluppo di “una cooperazione di polizia che associa tutte le autorità competenti degli Stati membri, compresi i servizi di polizia, i servizi delle dogane e altri servizi incaricati dell'applicazione della legge specializzati nel settore della prevenzione o dell'individuazione dei reati e delle relative indagini” (art. 87, par. 1, TFUE)⁶⁵. Il terzo di “coordinamento, sostegno e completamento” riguarda l'azione dell'Unione volta a “incentivare e

ne europea riguardo agli Usa: lo scudo Ue/Usa per la privacy, in *Eurojus.it*, 26 aprile 2016, reperibile online. Nei confronti della nuova decisione è stato già proposto ricorso dal medesimo ricorrente, il 16 settembre 2016, causa T-670/16, *Digital Rights Ireland c. Commissione*.

⁶² Nella specie, il responsabile del trattamento, una società registrata in Slovacchia che gestisce siti Internet di annunci immobiliari riguardanti beni situati in Ungheria, non aveva proceduto alla cancellazione dei dati personali degli inserzionisti di tali siti, nonostante la loro richiesta in tal senso, e aveva comunicato tali dati ad agenzie di recupero crediti al fine di ottenere il pagamento di fatture insolute. Investita di denunce degli inserzionisti, l'autorità di controllo ungherese si era dichiarata competente ed aveva inflitto alla società slovacca un'ammenda per avere violato la legge ungherese che aveva trasposto la direttiva 95/46.

⁶³ Non è possibile in questa sede ricordare le analoghe e complicate vicende del PNR nel contenzioso UE-USA degli anni 2000, cui si rinvia a P. PUOTI, *Lotta al terrorismo, sicurezza del trasporto aereo e protezione dei dati personali nel recente contenzioso Usa/Ue*, in G. BRONZINI, F. GUARRIELLO, V. PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa: diritti, istituzioni, politiche*, Roma, 2009, p. 421 ss.

⁶⁴ A tal fine, il TFUE prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare una serie di misure volte ad armonizzare il diritto penale processuale.

⁶⁵ In questo caso è previsto che l'Unione, attraverso la procedura decisionale ordinaria, adotti le adeguate misure, che riguardano: “a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni; b) un sostegno alla formazione del personale e la cooperazione relativa allo

sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità" (art. 84 TFUE).

Davanti alla Corte di giustizia, la posizione di Commissione e Consiglio (nonché di Francia, Regno Unito, Estonia e Bulgaria) era favorevole alla scelta delle basi giuridiche finalizzate all'obiettivo della sicurezza degli articoli 82 e 87 TFUE. Nella sua richiesta di parere, il Parlamento europeo sosteneva invece la base giuridica preponderante dell'art. 16 TFUE, proponendo un'interpretazione complessiva del progetto di accordo sotto l'esclusivo "ombrello" della tutela dei dati personali⁶⁶.

La Corte ha ritenuto applicabile la soluzione della doppia base giuridica in relazione alla duplice e inscindibile finalità dell'accordo (articoli 16, par. 2, e 87, par. 2, lett. a, TFUE), scartando invece la base giuridica dell'art. 82 (cooperazione giudiziaria in materia penale), giudicata non coerente alla fattispecie legislativa.

L'obiettivo di garantire la sicurezza pubblica nel trasferimento/trattamento dei dati dai vettori aerei (soggetti privati) che coinvolge l'autorità competente canadese si pone su un piano integrato rispetto alle finalità di protezione dei dati personali a cui è dedicata una gran parte delle norme contenute nel progetto di accordo⁶⁷. Tra le due basi giuridiche non è identificabile una base preponderante o principale, né una accessoria all'altra⁶⁸. Peraltro, tale doppia base giuridica non comporta procedure di adozione differenti, perché entrambe le norme prevedono la procedura legislativa ordinaria, che implica il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio e la partecipazione del Parlamento in qualità di co-legislatore. In definitiva, per la tutela dei dati personali la scelta della Corte attribuisce un rilievo senza precedenti alla base giuridica dell'art. 16 TFUE, anche nel settore della cooperazione penale.

La soluzione sviluppata in modo assai articolato dalla Corte ha evidenti conseguenze politico-istituzionali. D'ora in poi, il bilanciamento degli interessi in gioco tra diritti fondamentali ed esigenze di sicurezza nella cooperazione di polizia non risulterà eludibile in fattispecie legislative simili.

8. Nella sentenza *Google*⁶⁹, la Corte ha trovato il modo di ampliare l'ambito di applicazione territoriale della direttiva 95/46 sulla tutela dei dati personali ad un

scambio di personale, alle attrezzature e alla ricerca in campo criminologico; c) le tecniche investigative comuni ai fini dell'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata".

⁶⁶ Punto 55.

⁶⁷ La scelta della base giuridica di un atto dell'Unione, compreso quello adottato ai fini della conclusione di un accordo internazionale, deve fondarsi su elementi oggettivi suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano lo scopo e il contenuto di tale atto (sentenze della Corte di giustizia del 6 maggio 2014, causa C-43/12, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2014:298, punto 29, nonché del 14 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2016:435, punto 43 e giurisprudenza *ivi* citata). In via d'eccezione, se è dimostrato, invece, che l'atto persegue contemporaneamente più finalità oppure ha più componenti legate tra loro in modo inscindibile, senza che una sia accessoria rispetto all'altra, cosicché siano applicabili diverse disposizioni dei Trattati, un atto siffatto deve fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti (sentenza del 14 giugno 2016, causa C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2016:435, punto 44 e giurisprudenza *ivi* citata). Tuttavia, il ricorso a una duplice base giuridica è escluso quando le procedure previste dalle rispettive norme siano incompatibili (sentenza del 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2008:605, punto 37 e giurisprudenza *ivi* citata).

⁶⁸ Parere 1/15, punto 77.

⁶⁹ Sentenza *Google Spain e Google*.

motore di ricerca con sede in uno Stato terzo. A tal fine, la Corte ha ritenuto non applicabile la giurisdizione dello Stato del trattamento materiale dei dati personali, bensì quella dello Stato membro in cui il motore di ricerca abbia una succursale o una filiale per la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari. Non è ritenuto necessario lo “stabilimento in senso stretto” ma che il trattamento dei dati personali sia svolto nel contesto delle attività del motore di ricerca⁷⁰.

Il ragionamento della Corte si è basato su due argomentazioni. In primo luogo, l’attività pubblicitaria del soggetto sussidiario rende l’attività del responsabile del trattamento “economicamente redditizia” mentre il controllante viceversa consente all’agente pubblicitario di eseguire la propria attività⁷¹. In secondo luogo, una parte significativa del trattamento dei dati personali (la visualizzazione dei risultati di ricerca sul sito web) è accompagnata dalla visualizzazione della pubblicità venduta nello Stato destinatario⁷². In realtà, la relazione tra questi due argomenti non risulta particolarmente approfondita ma la Corte ribadisce più volte la speciale necessità di un’interpretazione teleologica dei diritti in parola⁷³.

Di certo, l’estensione di applicabilità alle imprese che hanno la sede e i principali impianti di trattamento in Paesi terzi accresce l’effettività del diritto dell’Unione, assicurando una protezione globale dei diritti fondamentali e un “livello paritario di gioco” tra i concorrenti sul mercato unico europeo. L’interpretazione estensiva della formula del “contesto delle attività di uno stabilimento” delle imprese destinatarie (art. 4 della direttiva 95/46) è motivata dalla finalità di assicurare, in qualsiasi contesto, garanzie equivalenti ai dati personali e di contrastare le strategie di aggiramento/elusione della disciplina dell’Unione⁷⁴. Al riguardo, si è parlato impropriamente di applicazione extraterritoriale della tutela dei dati personali⁷⁵, mentre si tratta in realtà di un ambito di applicazione territoriale del diritto dell’Unione alle imprese di Stati terzi che operano offrendo beni e servizi nel mercato unico, con qualche forma (anche lieve) di stabilimento.

⁷⁰ *Ivi*, punti 53 e 54.

⁷¹ *Ivi*, punto 56.

⁷² *Ivi*, punto 57.

⁷³ *Ivi*, punto 58.

⁷⁴ Per approfondimenti, ci sia consentito rinviare a G. CAGGIANO, *L’interpretazione del ‘contesto delle attività di stabilimento’ dei responsabili del trattamento dei dati personali*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, p. 616 ss. (anche in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, p. 55 ss.) In dottrina, v. anche P. PIRODDI, *Profili internazionalprivatistici della responsabilità di un motore di ricerca per il trattamento dei dati personali*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, p. 623 ss.; B. VAN ALSENOY, M. KOEKKOEK, *Internet and Jurisdiction after Google Spain: The Extra-territorial Reach of the EU’s Right to Be Forgotten*, in *International Data Privacy Law*, 2015, p. 105 ss.; C. KUNER, *Extra-territoriality and Regulation of International Data Transfers in EU Data Protection Law*, *ivi*, p. 235 ss.; M. TAYLOR, *Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction*, in *Brussels Privacy Hub*, WP 6, maggio 2016, reperibile *online*; M. GÖMANN, *The New Territorial Scope of Eu Data Protection Law: Deconstructing a Revolutionary Achievement*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 567 ss.

⁷⁵ Malgrado l’aumento delle attività transfrontaliere, gli effetti extraterritoriali sono ancora ampiamente percepiti come un’intrusione nella sovranità di un altro Stato: v. J. SCOTT, *The New EU ‘Extra-territoriality’*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1343 ss.

Fino ad oggi, la sentenza *Google* è stata l'unica in cui la Corte si è pronunciata direttamente su tale questione. Tuttavia, nello stesso senso si esprimono le sentenze *Weltimmo*⁷⁶ e *Amazon*⁷⁷ che riguardano attività intra-UE.

Nella sentenza *Weltimmo*, la Corte afferma l'applicazione della legge di uno Stato membro diverso da quello nel quale il responsabile del trattamento di tali dati è registrato. La Corte di giustizia ha affermato che lo "stabilimento" è un termine "ampio e flessibile". Un'organizzazione può essere considerata "stabilita" laddove eserciti qualsiasi attività reale ed efficace, anche minima attraverso accordi stabili. In altri termini, occorre valutare caso per caso sia il grado di stabilità dell'organizzazione sia l'esercizio effettivo delle attività in un altro Stato membro, in considerazione della natura specifica delle attività economiche e delle prestazioni di servizi in questione, specie da parte di imprese che offrono servizi esclusivamente tramite Internet. A tale riguardo, la presenza di un unico rappresentante, in determinate circostanze, può essere sufficiente a costituire un'organizzazione stabile se il medesimo opera con un grado di stabilità sufficiente con l'ausilio dei mezzi necessari per la fornitura dei servizi concreti di cui trattasi nello Stato membro in questione⁷⁸.

Questa ampia interpretazione della nozione di "stabilimento" non è stata circoscritta dalla sentenza *Amazon*, in cui la Corte si è limitata a chiarire che uno stabilimento non può esistere per il semplice fatto che il sito web dell'impresa è accessibile da un determinato Stato membro⁷⁹. In sostanza, anche in una lettura così ampia, si manifesta però la necessità di un insediamento tangibile sul territorio dell'Unione, vale a dire almeno un piccolo collegamento (*online*) all'attività reale dell'entità situata nello Stato terzo.

9. La giurisprudenza della Corte è ora codificata nel RGPD, secondo il quale "l'Unione o uno Stato membro può limitare, mediante misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti (...), qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro" (art. 23)⁸⁰.

Il RGPD ha codificato il modello di applicazione territoriale della tutela dei dati personali indicato dalla Corte. Il RGPD (art. 3, par. 2) si applicherà alle organizzazioni "stabilite nell'Unione" in cui i dati personali sono trattati "nel contesto delle attività di tale stabilimento", indipendentemente dalla circostanza che l'elaborazione effettiva dei dati avvenga nell'Unione o meno. Le organizzazioni non stabilite nell'Unione saranno destinatarie delle norme dell'Unione se trattano dati personali

⁷⁶ Sentenza del 1° ottobre 2015, causa C-230/14, *Weltimmo*, ECLI:EU:C:2015:639.

⁷⁷ Sentenza del 28 luglio 2016, causa C-191/15, *Amazon*, ECLI:EU:C:2016:612.

⁷⁸ La presenza di un singolo rappresentante può essere sufficiente. Nella sentenza *Weltimmo*, punti 32 e 42, l'impresa è stata considerata stabilita in Ungheria, nonostante sia incorporata in Slovacchia per aver utilizzato un sito web in ungherese che pubblicizza proprietà ungheresi, l'uso di un agente locale e l'uso di un indirizzo postale e conto bancario per scopi commerciali in loco.

⁷⁹ Sentenza *Amazon*, punto 76.

⁸⁰ Secondo il RGPD, relativo alle limitazioni ammissibili, "la sicurezza pubblica" e "la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica" (art. 23, par. 1, lettere c) e d)).

in relazione a: “offerta di beni o servizi” (non è richiesto il pagamento); o per “monitorare” il loro comportamento all’interno dell’UE. Deve essere evidente che l’organizzazione preveda che le attività siano indirizzate ai soggetti interessati residenti nell’Unione. Rispetto al testo della direttiva 95/46, il riferimento al “territorio dello Stato membro” è stato sostituito dal requisito che tale trattamento dovrebbe avvenire “nell’Unione”. Il legislatore ha ritenuto di escludere una funzione della norma per la soluzione del conflitto di leggi, considerato che le disposizioni del regolamento sono di applicazione uniforme sull’intero territorio dell’Unione.

Le indicazioni principali rivolte dalla Corte di giustizia ai legislatori europeo e nazionali riguardano il bilanciamento tra protezione dei dati personali e sicurezza, sotto il profilo della stretta necessità e proporzionalità, dell’effettività dei ricorsi e del ruolo delle autorità indipendenti e, per quanto compatibile con le misure penali, dell’informazione e del consenso degli interessati. Sul piano esterno, le indicazioni della Corte hanno già portato a nuovi accordi internazionali più rispettosi di tale bilanciamento, mentre sul piano interno la sostituzione della direttiva *data retention* trova resistenza da parte del legislatore europeo nell’ambito della revisione delle norme sulle comunicazioni elettroniche⁸¹.

Ai legislatori nazionali, la Corte fornisce nella sentenza *Tele2* indicazioni specifiche per eliminare l’incompatibilità riscontrata con la Carta. La normativa può consentire, a titolo preventivo, la conservazione mirata di dati di tal natura, per finalità di lotta contro la criminalità grave, ma alla condizione che tale conservazione sia limitata allo stretto necessario per quanto riguarda le categorie di dati, i mezzi di comunicazione interessati, le persone coinvolte, nonché la durata prevista. Infine, la Corte ha messo in evidenza come la normativa nazionale debba prevedere la conservazione dei dati in questione nel territorio dell’Unione nonché la loro distruzione irreversibile al termine della durata di conservazione. Il decalogo appare particolarmente stringente e, in questo senso, si segnalano le difficoltà di attuazione della sentenza in parola da parte del legislatore europeo in occasione di una nuova direttiva *data retention*⁸² e nella proposta di riforma della direttiva *e-privacy*, e una estrema frammentazione delle legislazioni nazionali in materia⁸³.

Infine, per un nuovo testo di accordo UE-Canada, la Corte formula precisi criteri: determinare in modo più chiaro e preciso taluni dati PNR; prevedere che i modelli e i criteri utilizzati siano specifici e affidabili nonché non discriminatori; prevedere che l’inserimento nelle banche dati sia limitato a quelle gestite in relazione alla lotta al terrorismo e ai reati gravi di natura transnazionale; prevedere che i dati PNR possano essere comunicati alle autorità pubbliche di un altro Paese extra-

⁸¹ Council of European Union, doc. 10098/17, 6 novembre 2017, Eurojust Report, Data retention regimes in Europe in light of the CJEU ruling of 21 December 2016 in Joined Cases C-203/15 and C-698/15.

⁸² Gli Stati membri sembrano intenzionati a introdurre un vago concetto di “restricted data retention”, che andrebbe applicato soltanto se necessario, in casi di terrorismo, crimini seri e cyberattacchi, e previa presenza di prove oggettive, ma che presupporrebbe la conservazione dei dati di tutti i cittadini: v. EU COUNTER-TERRORISM COORDINATOR, *Contribution to the discussion on data retention*, doc. 9699, 15 settembre 2017.

⁸³ In Italia, in totale contraddizione con le indicazioni della Corte di giustizia, v. legge 20 novembre 2017, n. 167, Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2017, art. 24.

UE solo se quest'ultimo sia legato da accordo equivalente con l'Unione oppure a seguito di una decisione di adeguatezza della Commissione; prevedere un diritto all'informazione individuale dei passeggeri aerei in caso di uso dei dati PNR o in caso di comunicazione ad altre autorità o a privati; garantire la vigilanza di un'autorità di controllo indipendente.

Una serie di altri atti legislativi nazionali e dell'Unione, che presentano “difetti di fabbricazione” assai simili, potrebbero essere sottoposti nel prossimo futuro al giudizio della Corte. Nel frattempo, tali atti devono continuare ad essere interpretati dai giudici nazionali in modo conforme alle indicazioni in parola.

Abstract

The Court of Justice Consolidates Its Constitutional Role in the Field of Personal Data

In the field of personal data protection, the role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) as a “constitutional guardian” seems to be central and strategic, not only on a European, but on a global scale. In fact, the CJEU has not only played the role of supreme recourse in the Union system to safeguard the supranational integration, but it played the role of judicial reviewer at all level of the balancing between the respect of fundamental rights and the general interest in the security, through the assessment of the necessity and proportionality of the measures taken at European and national level. The recognition of the Charter of fundamental rights as a source of primary law has contributed decisively to the latest developments in its case-law in the matter.

Adelina Adinolfi*

La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica

SOMMARIO: 1. Il percorso di tutela dei diritti fondamentali. – 2. Il ruolo emergente della Carta nella giurisprudenza nazionale. – 3. “Applicazione volontaria” e “applicazione vincolata” della Carta nella giurisprudenza nazionale. – 4. Il ruolo della Carta nella interpretazione del diritto interno. – 5. Alcuni aspetti problematici nell'utilizzo della Carta come *standard* nazionale di protezione.

1. Se guardiamo al percorso compiuto dalla integrazione europea – come ci sollecita a fare la celebrazione dei 60 anni dalla firma dei Trattati di Roma – lo sviluppo della tutela dei diritti fondamentali è senza dubbio, nella prospettiva giuridica, uno degli aspetti che meglio mostrano la profonda evoluzione che ha caratterizzato il sistema europeo. È ben noto come la tutela di tali diritti apparisse in origine assai distante dagli obiettivi prettamente economici dell'integrazione, e come si ritenesse che essa fosse già sufficientemente garantita dalle costituzioni nazionali e dalle fonti internazionali rilevanti, tra le quali in primo luogo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU). Questo assunto doveva, tuttavia, essere molto presto posto in discussione: si evidenziò non solo che l'integrazione economica poteva ben mettere in gioco i diritti fondamentali in relazione alle libertà enunciate dai Trattati, ma anche che la mancanza di un parametro di tutela comune poteva pregiudicare l'unità dell'ordinamento, in ragione del rischio di un'applicazione di differenti *standard* nazionali.

L'individuazione di soluzioni tecniche adeguate è stata lungamente dibattuta nel percorso di integrazione: da un lato, con l'idea di fondare la protezione su strumenti già esistenti, e quindi sviluppando quell'orientamento relativo all'adesione della Comunità alla CEDU che, con alterne vicende, ha attraversato tutta la storia dell'integrazione e non ha ancora raggiunto il suo punto d'arrivo. D'altra parte si sosteneva, invece, l'opportunità di predisporre una tutela specifica per l'ordinamento comunitario, mediante l'elaborazione di quel “catalogo di diritti” destinato poi a concretizzarsi, molto più recentemente, con la Carta dei diritti fondamentali.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Firenze.

Parallelamente al dibattito politico e istituzionale, si sviluppava la giurisprudenza sui principi generali, certamente da considerare come uno dei contributi di stampo costituzionale tra i più significativi e marcatamente creativi della Corte di giustizia: i principi generali hanno infatti plasmato l'ordinamento sorto dalla integrazione europea, gettando le basi per la formazione di una "Comunità di diritto" e per la creazione di una peculiare dimensione della legalità comunitaria, con caratteristiche di autonomia rispetto agli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

È singolare che tali diverse strategie, che hanno portato ad una pluralità di esiti, siano tutte state cristallizzate dalla riforma operata con il Trattato di Lisbona, ponendo così l'esigenza di assicurare la coesistenza e lo sviluppo armonico di un sistema di tutela assai variegato e complesso. L'art. 6 TUE, nella sua attuale formulazione, denota infatti la volontà di non scegliere come esclusiva o prioritaria una delle soluzioni prospettate, ma ha inteso invece recepire le diverse tecniche realizzate o proposte in un ampio arco temporale. La coesistenza di una varietà di fonti che ne deriva può risultare di non facile gestione da parte delle giurisdizioni nazionali: difficoltà possono emergere sia quando i giudici si trovano a dover applicare direttamente norme dell'Unione, sia quando devono invece tener conto dei diritti fondamentali in relazione a normative interne che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Una particolare complessità presenta non solo il compito del coordinamento tra le diverse fonti di tutela e la loro coerente interpretazione, ma altresì la determinazione dell'ambito applicativo del diritto dell'Unione al quale è collegata la rilevanza, rispetto alle norme interne, sia della Carta dei diritti fondamentali sia dei principi generali dell'Unione. Il sistema di tutela sinora realizzato non ha portato, infatti, a sviluppare una protezione dei diritti fondamentali di applicazione generale in rapporto alle norme interne, ma ne ha fissato i confini sovrapponendoli a quelli del diritto materiale dell'Unione; al di fuori dell'ambito del diritto dell'Unione, il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri resta affidato, perciò, alla sola procedura, di valenza essenzialmente politica, enunciata dall'art. 7 TUE.

In considerazione dei profili sopra accennati e della particolare complessità del quadro normativo delineato a seguito del Trattato di Lisbona può apparire utile tentare una sommaria ricognizione della giurisprudenza interna¹ che – senza la pretesa

¹ La giurisprudenza esaminata (della quale non sono forniti riferimenti puntuali per ragioni di spazio) deriva principalmente dall'indagine svolta nell'ambito di un progetto di ricerca europeo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali ("Don't knock on the wrong door: CharterClick! A user-friendly tool to detect violations falling within the scope of the EU Charter of Fundamental Rights", co-finanziato dalla Commissione europea nell'ambito del programma "Fundamental Rights and Citizenship" (JUST/2013/FRC/AG)); la giurisprudenza reperita è liberamente accessibile nella banca dati del progetto (<http://charterclick.ittig.cnr.it>); i risultati della ricerca saranno raccolti in un volume collettaneo. Informazioni sulla giurisprudenza nazionale sono tratte inoltre dalle relazioni annuali della Agenzia dei diritti fondamentali (di seguito "Rapporto FRA"), dalla banca dati (ordinata per articoli della Carta) nel sito della stessa Agenzia (fra.europa.eu/it), nonché dalle sentenze accessibili attraverso il sito www.europeanrights.eu. Limitandosi, tra la vastissima bibliografia, a citare solo alcuni dei più recenti contributi relativi allo specifico aspetto dell'incidenza della Carta rispetto alla giurisprudenza nazionale, cfr.: M. MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione civile. Rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e Mercato*, 2012, p. 335 ss.; G. BRONZINI, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo tra Corti*, Milano, 2013; D. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts, and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1267 ss.; Ł. BOJARSKI, D. SCHINDLAUER, K. WLADASCH, *The European Charter of Fundamental Rights as a Living Instrument*, Rome-Warsaw-Vienna, 2014; G. PALMISANO (ed.), *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, Leiden, 2014; R. CONTI, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di cassazione*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e*

di condurre un esame esaustivo né ad ampio raggio – si proponga di contribuire ad individuare le principali linee di tendenza accolte dalle giurisdizioni nazionali riguardo all'applicazione della Carta negli ordinamenti interni e al ruolo che questa svolge in rapporto alle fonti nazionali.

2. La circostanza che la Carta dei diritti fondamentali non cada in uno spazio privo di tutela, bensì giunga in una “casa già affollata”², insieme al fatto che essa si propone di “riaffermare” diritti già enunciati da altre fonti, poteva farne prospettare un impatto limitato nella giurisprudenza nazionale. Al contrario, benché l'attuale sistema sia tuttora in corso di progressiva formazione, un dato che emerge con particolare evidenza è il frequente e crescente riferimento alla Carta nella giurisprudenza nazionale della gran parte degli Stati membri³. Benché le “disposizioni fotocopia” della CEDU siano assai numerose nella Carta, essa è ampiamente menzionata, spesso sul presupposto e nella consapevolezza di un suo “valore aggiunto” rispetto alle altre fonti di protezione.

Risulta inoltre evidente, anche da un'analisi sommaria, che richiami a disposizioni della Carta si riscontrano non solo nei casi in cui questa *deve* essere applicata poiché si verte (ai sensi dell'art. 51, par. 1, della stessa) nell'ambito della “attuazione” del diritto dell'Unione, ma anche al di fuori di tale ambito, in relazione a situazioni aventi un carattere meramente interno.

È altresì utile osservare che in un numero crescente di casi la Carta non viene menzionata per iniziativa del giudice, bensì su richiesta delle parti⁴; tale dato può essere ritenuto significativo ai fini di dimostrare la crescente diffusione della conoscenza della Carta sia tra i potenziali interessati sia da parte degli operatori del diritto.

Se da un dato meramente quantitativo ci si sposta ad un'analisi di merito, appare chiaro come i richiami a disposizioni della Carta si presentino nella giurisprudenza nazionale con formulazioni, modalità e funzioni assai differenziate; tali richiami spaziano dal semplice riferimento testuale *ad abundantiam* (di carattere spesso meramente ricognitivo o “simbolico”), al ruolo di criterio interpretativo idoneo ad incidere – in modo più o meno rilevante – sul significato delle normative nazionali (talora anche di quelle di rango costituzionale) oppure sul bilanciamento tra diversi diritti, fino a costituire in qualche caso fonte diretta della decisione. Ne deriva un impatto non uniforme della Carta nella giurisprudenza nazionale e, in particolare, nel rapporto con le fonti interne.

Richiami alla Carta si riscontrano nei settori più vari, con una certa prevalenza riguardo alla cooperazione giudiziaria sia civile sia penale, all'immigrazione e all'asilo, nonché al diritto antidiscriminatorio e del lavoro⁵. Un ruolo di particolare

mutue implicazioni), Torino, 2016, p. 195 ss.; L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Consulta online*, 2016, n. 1, p. 51 ss.; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Paris, 2017; A. JACAB, *Application of the EU CFR by National Courts in Purely Domestic Cases*, in A. JACAB, D. KOCHENOV, *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017.

² Secondo l'efficace espressione utilizzata dall'Avvocato generale P. CRUZ VILLALÓN, *Rights in Europe: The Crowded House*, King's College London, Centre of European Law, Working Papers in European Law, n. 1/2012.

³ Vi sono peraltro, come è facilmente comprensibile, notevoli differenze riguardo alla rilevanza conferita alla Carta da parte delle giurisdizioni di uno stesso Stato membro; il rapporto FRA del 2017 cita come emblematico il caso della Lituania: “the Constitutional Court used the Charter once, the Supreme Court used it 10 times, and the Supreme Administrative Court used it 178 times”.

⁴ Rapporto FRA 2017, p. 38.

⁵ Come risulta dal Rapporto FRA 2017, p. 30, ove si indicano tra i settori nei quali più di frequente è stata citata la Carta sono quelli dell'asilo, dell'immigrazione e del diritto penale; nel 2014-2015 la Carta è stata di frequente citata anche riguardo alla protezione dei dati e alla tutela della vita familiare.

importanza ha assunto una disposizione “trasversale” della Carta, l’art. 47 relativo al diritto ad ottenere tutela giurisdizionale effettiva. Tale disposizione determina un’ampia applicazione della Carta anche per effetto dell’art. 19 TUE, ai sensi del quale gli Stati membri hanno l’obbligo di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva “nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione”. La Carta influisce, per questa via, sulla interpretazione di una pluralità di regole nazionali processuali, quali quelle relative al diritto alla difesa e, in particolare, al patrocinio a spese dello Stato allorché sia in gioco la tutela di diritti conferiti da norme dell’Unione.

3. Cercando di ricondurre ad alcuni modelli, attraverso una sintetica ricognizione, il ruolo che la Carta assume nella giurisprudenza interna – e tentando, quindi, una sorta di tassonomia del suo utilizzo – occorre anzitutto rilevare che, come sopra anticipato, essa è spesso richiamata quale criterio di riferimento “non vincolato” da parte del giudice, cioè al di fuori dell’ambito applicativo definito dal diritto dell’Unione.

È opportuno ricordare che la Corte di giustizia ha fornito un’interpretazione ampia del termine “attuazione” enunciato dall’art. 51 della Carta, intendendolo in modo analogo ai criteri che delimitano il campo applicativo dei principi generali in relazione a norme interne⁶. L’orientamento così accolto appare senza dubbio opportuno anzitutto al fine di assicurare la coerenza nella portata applicativa, rispettivamente, dei principi generali e della Carta, considerato anche che quest’ultima spesso riafferma principi già in precedenza riconosciuti nella giurisprudenza della Corte. L’identità dell’ambito applicativo dovrebbe, inoltre, agevolare le giurisdizioni nazionali, comportando l’applicazione di criteri già noti in quanto da tempo operanti in relazione ai principi generali.

Con l’obiettivo di fornire ai giudici nazionali uno schema interpretativo di agevole utilizzo, nella sentenza *Fransson*⁷ la Corte ha chiarito che “i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse”. Tale criterio, apparentemente semplice ma spesso non esente da difficoltà nella sua declinazione rispetto a casi concreti, definisce l’ambito applicativo della Carta e delimita altresì la competenza interpretativa della Corte; infatti, soltanto se una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione “la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto”⁸.

Un esame della giurisprudenza nazionale dimostra anzitutto come talora non emerga alcuna consapevolezza della limitatezza del campo applicativo della Carta; la complessa questione del significato del termine “attuazione” viene deliberatamente o inconsapevolmente trascurata, citando la Carta senza motivare quale sia il collegamento con la norma materiale di diritto dell’Unione che ne giustifica la rilevanza. Nel complesso, la questione del campo applicativo sembra considerata

La rilevanza della Carta sulla giurisprudenza interna in materia di immigrazione è approfondita in un recente studio dell’ECRE, *Preliminary Deference? The Impact of Judgements of the Court of Justice of the EU in Cases X.Y.Z., A.B.C. and Cimade and Gisti*, febbraio 2017, www.asylumlawdatabase.eu.

⁶ Su cui v., tra le altre, la sentenza del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*, punto 13.

⁷ Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10.

⁸ Una percentuale piuttosto elevata di rinvii pregiudiziali richiama la Carta. Come risulta dal Rapporto FRA 2017, “in recent years, on average, around one tenth of these requests have referred to the Charter (...). In 2016, national courts sent 349 requests for preliminary rulings, and 48 of these referred to the Charter”.

dai giudici nazionali soprattutto nei casi in cui si nega l'applicabilità della Carta⁹ piuttosto che quando essa viene considerata rilevante ai fini del giudizio¹⁰.

Ne deriva che varie pronunce sono collocabili in un'area grigia nell'ambito della quale non emerge se il giudice si sia posto la questione della applicabilità della Carta sulla base dei criteri enunciati dal diritto dell'Unione. È significativo al riguardo che l'Agenzia per i diritti fondamentali, nel proprio rapporto annuale, intitoli il paragrafo sul campo di applicazione della Carta "una questione spesso ignorata". Così, citando qualche caso in cui sembra alquanto improbabile che il "criterio *Fransson*" possa essere soddisfatto, la Carta risulta menzionata in una decisione greca che concerneva la fusione di alcune scuole elementari, in una sentenza della Corte costituzionale della Repubblica ceca che riguardava il divieto di svolgimento di una manifestazione contro l'aborto di fronte ad una scuola elementare, in una pronuncia della Corte costituzionale portoghese relativa al diritto di non avvalersi dell'insegnamento della religione, e, ancora, in una sentenza della Bulgaria nella quale il riferimento all'art. 10 relativo alla libertà religiosa è stato invocato per affermare il diritto di un detenuto musulmano ad un certo regime alimentare¹¹.

Il carattere "non vincolato" del richiamo alla Carta è talora espresso nella pronuncia, allorché il giudice manifesta la propria consapevolezza di operare in una situazione meramente interna; emerge così la scelta di utilizzare la Carta al di fuori del campo applicativo delineato dal diritto dell'Unione, precisando, in genere con un breve inciso, che essa è menzionata "sebbene si verta al di fuori" dell'attuazione del diritto dell'Unione¹². Più rare, e certamente di maggiore interesse, sono le ipotesi nelle quali è data una giustificazione di tali richiami, come appare assai bene, tra l'altro, da alcuni orientamenti giurisprudenziali italiani per i quali la Carta è qualificata come una "fonte di libera interpretazione del dato normativo nazionale"¹³ in quanto esprime principi comuni agli ordinamenti europei oppure è menzionata valorizzandone la generale rilevanza orientativa sul piano ermeneutico¹⁴. Tali casi

⁹ Così una sentenza danese che ha negato l'applicabilità del diritto al rispetto della vita privata enunciato dalla Carta riguardo all'obbligo di indicare il proprio nome e cognome sulla cassetta postale; richiamando la sentenza *Fransson*, la Corte danese ha dichiarato che non si verteva nell'ambito della attuazione del diritto dell'Unione (Rapporto FRA 2017, p. 42). V. anche la sentenza della High Court of Ireland del 27 luglio 2016 (non applicazione della Carta riguardo all'espulsione del cittadino di Stato terzo genitore di minori cittadini dell'Unione, differenziando dalla situazione del caso *Zambrano*).

¹⁰ Per un caso in cui si chiarisce la portata applicativa della Carta, precisando che "certamente ci muoviamo nel 'cono d'ombra' del diritto dell'Unione", v. ad es. la Corte di cassazione italiana, sez. lavoro, del 30 settembre 2015, n. 19457.

¹¹ Cfr. riguardo ad alcune di tali pronunce il Rapporto FRA 2017, p. 30.

¹² Una diversa formula si trova, ad es., nella sentenza della Corte di cassazione, sez. III civile, del 30 marzo 2011, n. 7237, ove si indica che la Carta è "da tenere presente, in relazione al caso in esame, non strettamente collegata alla competenza tipica del diritto comunitario, come delimitato dai Trattati dell'Unione, ma come sfondo assiologico non solo di quelli, ma di tutti i diritti-doveri disciplinati e previsti negli ordinamenti degli Stati membri".

¹³ Si legge nella sentenza della Corte di cassazione del 17 settembre 2012, n. 12144, che la Carta "certamente non direttamente applicabile alla fattispecie *ex art. 51* della stessa (...) (non investendo la presente controversia una questione di diritto dell'Unione), può certamente operare come fonte di libera interpretazione anche del dato normativo nazionale, stante il suo 'carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei' (Corte cost. n. 135/2002) e, quindi, in linea generale, operanti anche nei sistemi nazionali".

¹⁴ Cfr. la sentenza del Tribunale dei Minori di Trieste del 22 dicembre 2010 nella quale il richiamo alla Carta in una situazione meramente interna è giustificato per il fatto che essa "è certamente munita della massima pregnanza persuasiva ed orientativa sul piano ermeneutico anche al di fuori delle ipotesi di diretta applicazione". V. anche la sentenza del Tribunale di Novara del 1° marzo 2010 nella quale, pur riconoscendo che si trattava di una situazione meramente interna, si rileva che la Carta raccoglie "un

denotano la volontà del giudice nazionale di collocarsi in una prospettiva europea di tutela, adeguando ad essa il contenuto dei principi espressi dalle fonti nazionali e mostrando una particolare sensibilità ed attenzione rispetto alla dimensione internazionale di protezione dei diritti umani e alla costruzione di un sistema di valori comuni. Peraltro, non può trascurarsi che gli orientamenti volti a considerare la Carta oltre l'ambito vincolato della sua attuazione appaiono come un naturale prolungamento della rilevanza che ad essa era stata attribuita prima che, con la riforma di Lisbona, le venisse attribuita la medesima efficacia dei Trattati dell'Unione¹⁵.

La presenza, in pronunce emesse in vari Stati membri, di richiami alla Carta anche in situazioni estranee all'ambito applicativo in cui essa opera con efficacia vincolante favorisce un fenomeno di armonizzazione spontanea dei parametri nazionali di tutela: il riferimento in via interpretativa alla Carta porta, infatti, ad intendere in modo tendenzialmente omogeneo negli Stati membri i corrispondenti diritti operanti sulla base di principi costituzionali e della CEDU. Tale atteggiamento di apertura verso il nuovo parametro di tutela non esclude, tuttavia, l'esigenza di definire il campo applicativo della Carta, poiché solo in tale ambito opera l'obbligo di interpretarla in conformità ai particolari criteri del diritto dell'Unione, nonché di applicarla coerentemente ai principi relativi all'assetto delle fonti e ai rapporti tra diritto dell'UE e norme interne; è in tale ambito, infatti, che opera il principio del primato e, in particolare, che emerge la questione della idoneità di disposizioni della Carta a produrre un effetto diretto, determinando, di conseguenza, l'obbligo di disapplicare la normativa interna incompatibile. La peculiare efficacia nel rapporto con le fonti interne è, del resto, ciò che conferisce alla Carta un "valore aggiunto" anche in relazione alla CEDU¹⁶; il dato concernente l'efficacia formale della Carta si aggiunge, quindi, al valore che essa presenta sul piano interpretativo con riguardo sia alla presenza di nuovi diritti sia alla formulazione innovativa di quelli già garantiti sulla base di fonti preesistenti.

La determinazione dei casi di "applicazione vincolata" della Carta è peraltro necessaria anche ai fini del rinvio pregiudiziale. Secondo l'orientamento sopra ricordato espresso nella sentenza *Fransson*, soltanto nei casi in cui la Carta *deve* trovare applicazione la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi sulla interpretazione delle disposizioni che vi sono enunciate. Occorre tuttavia ricordare l'orientamento della Corte di giustizia relativo alla ricevibilità di questioni poste in situazioni nelle quali deve essere applicata nel giudizio una normativa nazionale che, per la disciplina di una fattispecie meramente interna, opera un rinvio al diritto dell'Unione¹⁷; allorché ricorra tale particolare ipotesi, sembra ragionevole ritenere che la Corte possa interpretare anche disposizioni della Carta, fornendo al giudice gli elementi necessari ad accertare la con-

elenco di principi costituzionali comuni europei, validi anche per interpretare e per dare più vigore alle nostre norme costituzionali e ordinarie interne e dunque senza necessità di affrontare *ex professo* (...) il problema se la materia *de qua* esuli o meno dalla riserva degli 'affari interni' ex art. 51 della Carta".

¹⁵ Limitandosi ad un unico riferimento, basti ricordare la sentenza della Corte costituzionale italiana del 24 aprile 2002, n. 135, nella quale la Carta è stata "richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei".

¹⁶ Occorre peraltro considerare che dall'art. 6 TUE non può trarsi la conseguenza dell'inserimento della CEDU tra le fonti del diritto dell'Unione (cfr., tra le altre, per precisazioni in questo senso, la sentenza della Corte costituzionale italiana del 7 marzo 2011, n. 80, e quella della Corte suprema amministrativa polacca del 30 maggio 2014, n. I ONP 1/14).

¹⁷ Ci si vuole riferire alla giurisprudenza avviata della Corte di giustizia con la sentenza del 17 luglio 1996, causa C-28/95, *Leur-Bloem*, e, più recentemente, ai casi, tra gli altri, *Agafitei* (sentenza del 7 luglio 2011, causa C-310/10), *Cicala* (sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-482/10) e *Isbir* (sentenza del 7 novembre 2013, causa C-522/12).

formità di una normativa nazionale rispetto a tali disposizioni, non diversamente dalle situazioni nelle quali si verta nell'ambito della "attuazione" del diritto dell'Unione.

Un atteggiamento poco rigoroso da parte delle giurisdizioni nazionali riguardo all'individuazione dell'ambito applicativo del diritto dell'Unione può spiegare le ragioni dell'elevato numero di ordinanze di non ricevibilità relative a questioni in via pregiudiziale concernenti l'interpretazione della Carta¹⁸. Si può segnalare, in via solo esemplificativa, che la Corte ha ritenuto, tra l'altro, che non rientrano nell'attuazione del diritto dell'Unione una decisione dell'Agenzia italiana del farmaco volta a limitare l'impiego di un medicinale ai soli centri ospedalieri pubblici e privati¹⁹, una normativa nazionale romena che imponeva diminuzioni salariali a diverse categorie di dipendenti pubblici²⁰, la legge italiana di abrogazione del delitto di ingiuria²¹, o, ancora, una normativa bulgara che non garantiva il ricorso avverso certi provvedimenti relativi ad un piano urbanistico generale della capitale²², e, infine, la decisione italiana sul risarcimento del danno derivante dalla ristrutturazione di un immobile in base ad un atto asseritamente illegittimo²³.

Le recenti raccomandazioni della Corte di giustizia relative al rinvio pregiudiziale lasciano intendere l'esigenza di un atteggiamento più rigoroso da parte dei giudici nazionali; infatti, dopo aver ricordato che le "disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", ivi si precisa che "sebbene le ipotesi di una siffatta attuazione possano essere diverse, è tuttavia necessario che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulti in maniera chiara e inequivoca che una norma di diritto dell'Unione *diversa dalla Carta* è applicabile nel procedimento principale"²⁴. Ad ulteriore chiarimento, si afferma altresì, in relazione alla competenza in via pregiudiziale, che "le disposizioni della Carta eventualmente richiamate dal giudice del rinvio non possono giustificare, di per sé, tale competenza". Le raccomandazioni, come appare evidente, intendono quindi sollecitare i giudici nazionali, dinanzi ai numerosi casi di non ricevibilità, a precisare nella ordinanza di rinvio le ragioni per le quali si verte, a loro avviso, nell'ambito della attuazione del diritto dell'Unione.

Si pone peraltro l'esigenza che i confini della "applicazione vincolata" della Carta siano chiariti, in relazione ai singoli casi, anche al fine di evitare il rischio (di segno opposto a quello sopra rilevato) che sfuggano al rinvio questioni interpretative sorte all'interno dell'ambito di "attuazione" del diritto dell'Unione, pregiudicando, così,

¹⁸ V. i dati citati nel Rapporto FRA 2017, p. 41, e 2016, p. 41.

¹⁹ Ordinanza del 25 febbraio 2016, causa C-520/15, *Aiudapds c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e Ministero della Salute*.

²⁰ Ordinanza del 10 maggio 2012, causa C-134/12, *Corpul Național al Polițiștilor*.

²¹ Ordinanza del 13 dicembre 2016, causa C-484/16, *Semeraro*.

²² Ordinanza del 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Krasimir Asparuhov Estov e a. c. Ministerski savet na Republika Bulgaria*.

²³ Ordinanza del 14 marzo 2013, causa C-555/12, *Loreti c. Comune di Zagarolo*, dalla quale emerge con particolare evidenza l'esigenza che i giudici nazionali definiscano l'ambito applicativo della Carta. La Corte osserva, infatti, che "nella sua ordinanza di 55 pagine, il giudice del rinvio analizza la nozione di 'comportamento amministrativo' nelle varie fonti normative che vi fanno riferimento, la dicotomia esistente tra interessi legittimi e diritti soggettivi, nonché le diverse teorie dottrinali e giurisprudenziali relative a tale questione. Egli sottolinea la complessità della teoria che sorregge il riparto di giurisdizione tra i diversi giudici nel diritto italiano" (punto 11). Tuttavia, "nessun elemento nella decisione di rinvio indica (...) che il procedimento principale coinvolga una normativa nazionale di attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta" (punto 16).

²⁴ Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, in *GUUE* C 439, 25 novembre 2016, par. 10 (corsivo aggiunto).

non solo l'uniformità di interpretazione, ma anche il rispetto dell'obbligo di proporre la domanda posto al giudice nazionale che emette sentenze non impugnabili²⁵.

4. Alla frequenza dei riferimenti alla Carta non si accompagna, come si è sopra accennato, una medesima qualità e funzione dei richiami effettuati. Spesso le disposizioni della Carta sono citate solo *ad abundantiam*, insieme a fonti diverse, quali la Costituzione o la CEDU e, più raramente, con altre convenzioni sui diritti umani²⁶. Il richiamo può assumere un valore essenzialmente simbolico, talora con un mero cenno alla circostanza che un diritto è riconosciuto “oggi” (o “ormai”) *anche* dalla Carta, oppure proporsi di rafforzare la rilevanza di un diritto o principio, evidenziando l'importanza che esso assume *anche* in base a tale nuova fonte.

Sono più rari i casi in cui la Carta determina, invece, il flusso interpretativo nella opposta direzione, cioè è essa a motivare un'interpretazione innovativa delle fonti nazionali²⁷ o della CEDU invece di “confermarne” il contenuto²⁸.

Talora nelle sentenze esaminate ci si limita a citare la mera formulazione del diritto o principio enunciato dalla Carta, senza accompagnarla ad un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia; il richiamo alla Carta resta così un dato essenzialmente formale poiché non è accertato il significato che a quel diritto è attribuito nella giurisprudenza dell'Unione, in relazione anche al rapporto con altri diritti meritevoli di tutela. In alcune pronunce, invece, specie in materia di immigrazione e asilo e di tutela della vita familiare, la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo viene riferita in modo dettagliato nei contenuti e considerata in relazione alla sua incidenza rispetto al caso in esame²⁹. È vero che il criterio interpretativo indicato dall'art. 52, par. 3, della Carta non menziona espressamente

²⁵ L'Agenzia per i diritti fondamentali sollecita, in un proprio parere (parere 1.2) “a more consistent ‘Article 51 (field of application) screening’ to assess at an early stage whether a judicial case or legislative file raises questions under the EU Charter of Fundamental Rights”.

²⁶ Come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici; v. ad es. la sentenza della Corte di appello di Évora (Portogallo) del 24 aprile 2012, n. 145/08.9GAVRS.EI in cui si richiama, riguardo al doppio grado di giurisdizione in materia penale, l'art. 14, par. 5, del Patto insieme agli articoli 47 e 48 della Carta e al Protocollo 7 alla CEDU. Nella sentenza della Corte di cassazione del 23 maggio 2017, n. 12911, la Carta è richiamata insieme alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità; in altre pronunce insieme alla Carta sociale europea (ad es., nella sentenza del 19 maggio 2017 della Cour constitutionnelle del Belgio) e a Convenzioni dell'OIL (nella stessa sentenza, la Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale).

²⁷ Così nella sentenza del Verwaltungsgerichtshof del Baden-Württemberg del 7 marzo 2013 (1872/12) in cui la normativa tedesca è interpretata alla luce del principio di tutela della vita privata enunciato dall'art. 7 della Carta in relazione al riconoscimento dello *status* di rifugiato a uno straniero che correva il fondato rischio di persecuzione a motivo del proprio orientamento sessuale. V. anche la sentenza del Tribunale di Genova del 4 ottobre 2012 in cui la normativa nazionale relativa al licenziamento è interpretata alla luce della Carta in relazione al divieto di discriminazione in base all'età.

²⁸ Come nel caso della interpretazione evolutiva della CEDU alla luce della Carta in relazione al matrimonio tra persone dello stesso sesso, che ha dato luogo a vari orientamenti della giurisprudenza nazionale. In una pronuncia svedese il richiamo all'art. 24 della Carta ha portato invece a non infliggere una pena detentiva, prevista dalla normativa nazionale per i responsabili della agevolazione di immigrazione clandestina, nei confronti di un cittadino svedese che aveva consentito l'ingresso di un minore (cfr. il Rapporto FRA 2017, p. 42).

²⁹ Uno studio di ECRE, *Preliminary Deference?*, cit., è dedicato alla rilevanza della Carta in materia di immigrazione. Riferimenti approfonditi alla giurisprudenza si riscontrano, tra l'altro, nella decisione dell'8 maggio 2015 del Consiglio di Stato greco riguardo al principio *ne bis in idem* (dove il richiamo all'art. 50 si accompagna ad una disamina della giurisprudenza), nella sentenza della Corte di cassazione, SS.UU., del 17 luglio 2014, n. 16380, e in una decisione della Corte suprema svedese del 25 aprile 2014, n. B5191-13.

la giurisprudenza della Corte europea, stabilendo che qualora la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU “il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”. Benché manchi un riferimento espresso, sembra tuttavia ragionevole ritenere che debba essere dato rilievo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel determinare il significato e la portata delle norme della Carta che enunciano diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU. Peraltro la spiegazione relativa all’art. 52, par. 3, chiarisce che il significato e la portata dei diritti enunciati dalla CEDU e dai relativi protocolli “sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”.

Emerge dalla giurisprudenza esaminata un valore limitato conferito alle Spiegazioni benché esse dovrebbero essere tenute in “debito conto” ai fini dell’interpretazione della Carta ai sensi del suo art. 52, par. 7, e dell’art. 6, par. 1, TUE. Non sono frequenti i riferimenti diretti a tale documento³⁰ e talora essi concernono le c.d. disposizioni orizzontali della Carta³¹; in genere anche la presenza di “norme fotocopia” rispetto a quelle enunciate dalla CEDU è rilevata direttamente dal giudice senza l’ausilio – quanto meno espresso – delle Spiegazioni. Ciò non esclude che queste siano state utilizzate senza che ne sia fatta espressa menzione, benché possa, invece, ipotizzarsi una scarsa conoscenza di tale strumento.

Rispetto al rapporto con le fonti nazionali, la Carta è utilizzata sia nei giudizi di costituzionalità (come emerge, dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali di vari Stati membri³²), sia nella interpretazione di norme interne, sia anche come strumento di integrazione delle lacune dell’ordinamento nazionale. Se ne evidenzia la rilevanza soprattutto laddove il riferimento alla Carta consente di affrontare questioni nuove³³. Ciò porta a prospettare un più rilevante ruolo della Carta allorché essa tutela diritti “nuovi”, cioè, in particolare, non enunciati dalla CEDU, come l’art. 1 sulla dignità umana, l’art. 18 sul diritto di asilo e l’art. 24 sulla tutela dei minori.

Una particolare importanza presenta la possibilità che la Carta sia utilizzata come fonte diretta per il conferimento di un diritto; si segnala in proposito la sentenza del Tribunale amministrativo austriaco che ha riconosciuto il diritto al patrocinio a spese dello Stato direttamente in base all’art. 47 della Carta, in una ipotesi in cui tale diritto non era garantito dalla normativa nazionale³⁴.

³⁰ Cfr. la sentenza della Corte di cassazione, sez. lavoro, del 30 settembre 2015, n. 19457 (in relazione all’art. 27 della Carta riguardante la consultazione dei lavoratori nell’impresa).

³¹ Ad es. *Stockholms tingsrätt*, sentenza del 29 ottobre 2012, T 16869-10; Court of Appeal (Civil Division), sentenza del 21 luglio 2015, *Afzaal Ahmad Kiani v The Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 776, art. 52.

³² Rapporto FRA 2017, p. 43, e Rapporto FRA 2015, p. 45, dove si fa riferimento alla giurisprudenza delle Corti costituzionali di Portogallo, Slovacchia e Romania. Riguardo all’ordinamento italiano si veda M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, 2014, www.cortecostituzionale.it, e E. SCARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1.

³³ Come nella pronuncia in cui la Corte federale tedesca ha dato ampio rilievo alla Carta per risolvere una controversia relativa alla vendita sul server *e-bay*, dichiarando che quest’ultimo ha un obbligo di controllo rispetto ad eventuali violazioni del marchio nella sua piattaforma *online*: v. Rapporto FRA 2016, p. 44, anche per altri casi di utilizzo della Carta a fini integrativi.

³⁴ *Verwaltungsgerichtshof*, pronuncia del 3 settembre 2015, 2015/21/0032, ove si legge che “Verfahrenshilfe gegebenenfalls, wenn keine geeignete innerstaatliche Anspruchsgrundlage existiert, direkt auf Basis von Art. 47 Abs. 3 GRC zu gewähren ist” (par. 3.1). Cfr. anche la sentenza del Tribunal Constitucional portoghese del 31 maggio 2017, nella quale è dato rilievo all’art. 47 della Carta in relazione

In qualche caso la giurisprudenza nazionale ha affermato l'idoneità di disposizioni della Carta a produrre effetti diretti, talora anche orizzontali, e quindi a determinare la disapplicazione delle norme interne contrastanti³⁵. Al contrario, in una pronuncia è stata negata del tutto la idoneità dei principi generali, anche se enunciati dalla Carta, a produrre effetti diretti orizzontali³⁶. Il carattere ancora incerto della idoneità della gran parte delle disposizioni della Carta a produrre effetti diretti³⁷ suggerirebbe la opportunità di proporre una domanda in via pregiudiziale allorché la questione sia sollevata in un giudizio nazionale.

Talvolta emerge come il problema rilevabile dalla giurisprudenza sia non solo e non tanto quello del campo applicativo della Carta, bensì attenga alla portata della specifica disposizione richiamata. A tale riguardo sorprendono i vari richiami all'art. 41 della Carta – che enuncia il diritto ad una buona amministrazione – presenti soprattutto nella giurisprudenza francese³⁸. La formulazione della norma, e le relative Spiegazioni, indicano come questa sia riferita all'attività dell'amministrazione dell'Unione e non a quella nazionale³⁹; ciò non scoraggia alcuni giudici dal ritenere applicabile l'art. 41 anche all'attività delle amministrazioni degli Stati membri. Se in alcuni ordinamenti tale atteggiamento è avvalorato da un rinvio effettuato dalle normative interne ai principi dell'Unione, si riscontrano richiami all'art. 41 anche in situazioni effettivamente estranee all'ambito applicativo della norma. Certamente non può negarsi come in questo caso il rapporto tra fonti sia particolarmente complesso giacché i principi generali enunciati dalla Corte di giustizia relativi alla buona amministrazione operano anche rispetto alle autorità nazionali allorché esse applicano o

al patrocinio a spese dello Stato a favore delle persone giuridiche (cfr. anche le sentenze dello stesso Tribunale del 9 novembre 2016 e del 16 febbraio 2017).

³⁵ Si veda per riferimenti il Rapporto FRA 2016, p. 46, in relazione alle pronunce della Corte d'appello britannica nelle quali si giunge alla conclusione che l'art. 47 sia idoneo a produrre effetti diretti (casi *Benkharbouche* e *Janah*, sui quali cfr. S. PEERS, *Rights, Remedies and State Immunity: The Court of Appeal Judgment in Benkharbouche and Janah*, in *EU Law Analysis*, 6 febbraio 2015, reperibile online, e S. VEZZANI, *Immunità dello Stato estero dalla giurisdizione e diritto di accesso al giudice alla luce della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine al caso Benkharbouche e Janah*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 904 ss.).

³⁶ Rapporto FRA 2017, p. 45.

³⁷ La idoneità a produrre effetti diretti è stata sinora riconosciuta dalla Corte di giustizia, sulla base di criteri già sviluppati in relazione alle altre fonti del diritto dell'UE (come la disposizione che enuncia il divieto di discriminazione in base all'età), mentre è stata esclusa rispetto all'art. 27 che prevede il diritto dei lavoratori all'informazione e consultazione nell'impresa (sentenza 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *AMS*). Si può inoltre ragionevolmente ritenere che siano idonee a produrre effetti diretti le disposizioni della Carta che esprimono principi riguardo ai quali tale effetto è stato già riconosciuto in quanto enunciati dai Trattati dell'Unione o espressi da principi generali.

³⁸ V., tra le altre, la sentenza del Conseil d'Etat del 4 giugno 2014, causa n. 370515 (ove si esclude che l'art. 41 sia stato violato) e la sentenza del T.A.R. Umbria, sez. I, sentenza 21 febbraio 2013, n. 105 (nella quale si afferma che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona "ha elevato l'obbligo di motivazione a principio comunitario, quale parte integrante del 'diritto ad una buona amministrazione' garantito dall'art. 41 c. 2 della suddetta Carta; ciò comporta, tra l'altro, il necessario adeguamento, in via ermeneutica, delle norme di diritto interno potenzialmente in contrasto"). V. anche in via esemplificativa la decisione della Corte suprema polacca del 25 luglio 2013 che fa riferimento a tale disposizione in relazione ad una delle cause di licenziamento dei giudici.

³⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2014, cause riunite C-141 e 372/12, *YS e a.*, nella quale si afferma: "Dal tenore letterale dell'articolo 41 della Carta emerge quindi chiaramente che esso si rivolge unicamente alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, e non agli Stati membri", ma "è pur vero che il diritto a una buona amministrazione, sancito da tale disposizione, riflette un principio generale del diritto dell'Unione".

attuano il diritto dell'Unione. Il compito del giudice nazionale si fa quindi ancor più difficile, in questo caso, a motivo di una difformità del campo applicativo delle fonti dell'Unione, dalla quale deriva l'esigenza che in relazione alla attività amministrativa nazionale sia fatto riferimento al principio generale piuttosto che alla Carta⁴⁰.

5. Alla tendenza, nel complesso assai generosa, della giurisprudenza interna ad utilizzare la Carta per rafforzare, integrare o estendere la tutela dei diritti fondamentali, si contrappongono situazioni problematiche che emergono essenzialmente allorché vi sia una divergenza tra lo *standard* richiesto dal diritto europeo e quello nazionale più elevato⁴¹.

Ne deriva una conseguenza che può apparire paradossale.

Da un lato, infatti, la Carta tende ad assumere il ruolo di parametro di riferimento a vocazione generale nella tutela dei diritti fondamentali; essa si pone come sintesi e punto di arrivo dei valori europei, quale fonte in grado di esprimere principi comuni agli Stati membri, assumendo rilievo anche al di fuori del suo "campo applicativo vincolato" come definito in base all'art. 51 della stessa.

D'altra parte, il richiamo alla Carta in alcune situazioni, soprattutto attinenti all'area penalistica o ad alcuni aspetti della tutela giurisdizionale, può confliggere con i principi nazionali, suscitando reazioni critiche e un atteggiamento volto a preservare i valori costituzionali nazionali rispetto alla "invadenza" di quelli di origine europea.

Tale assetto, secondo una lettura che se ne può proporre, deriva dalla duplice natura che sin dall'origine ha caratterizzato lo sviluppo della tutela dei diritti fondamentali nella Comunità, e che ancora si riflette sugli attuali orientamenti della giurisprudenza; se, infatti, attraverso i principi generali si è consentito l'ingresso nel sistema comunitario di parametri di legittimità e di criteri di interpretazione volti a garantire i diritti dei singoli e a costruire una legalità tipicamente comunitaria, d'altra parte si è inteso, come ho sopra ricordato, salvaguardare l'unità del diritto comunitario, garantendo il principio del primato anche nel rapporto con le fonti nazionali di rango costituzionale.

La dimensione di tutela legata al principio del primato resta sotto traccia nelle pronunce che valorizzano la dimensione individuale nella protezione dei diritti, ma emerge tuttora in superficie, investendo gli aspetti più problematici del rapporto tra ordinamenti, ogni volta che l'affermazione dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione fa trasparire la diversa fisionomia che tale tutela assume quale elemento volto ad evitare i rischi – e gli effetti di disgregazione – insiti in una tutela differenziata.

⁴⁰ Conforme a tale particolare assetto è una sentenza della Corte Suprema slovacca nella quale si afferma che il diritto ad una buona amministrazione enunciato dall'art. 41 non è applicabile come tale, ma in quanto espresso da un principio generale: Rapporto FRA 2017, p. 42.

⁴¹ Tra le pronunce che hanno messo in luce le resistenze ad accettare uno *standard* di tutela derivante dal diritto dell'Unione meno elevato di quello nazionale (determinando anche alcuni fenomeni di "ribellione" da parte delle giurisdizioni nazionali) si possono ricordare le sentenze della Corte costituzionale tedesca del 2 aprile 2013, caso *Antiterrordatei*, del 15 dicembre 2015, caso *R*, e della Corte suprema danese del 6 dicembre 2016, caso 15/2014. Si ricorda anche il notissimo "caso *Taricco*" (sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14). Con la sentenza del 5 dicembre 2017 (causa C-42/17, *M.A.S.* e *M.B.*) la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana, ha ricondotto l'esigenza del rispetto del principio di legalità alle stesse fonti dell'Unione, richiamando l'art. 49 della Carta (par. 52), al quale deve essere conferito il medesimo significato del corrispondente diritto garantito dalla CEDU (par. 54), nonché l'appartenenza del principio alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (par. 53). Muovendo da quanto già affermato nella pronuncia del 2015 (par. 53), la Corte ha perciò precisato che l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare regole nazionali non conformi all'obbligo di contrastare efficacemente le frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione incontra un limite allorché la "disapplicazione comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene".

Oggi tale rischio – e il conseguente orientamento volto a contrastarlo – appare maggiormente evidente in ragione dello sviluppo di normative che sempre più richiedono, per poter operare correttamente, la mutua fiducia nei sistemi nazionali anche per gli aspetti riguardo ai quali non opera l’armonizzazione. Il mandato d’arresto europeo è certamente il caso più emblematico delle difficoltà che implica il coordinamento di normative nazionali che toccano la tutela dei diritti fondamentali⁴².

La Carta non può restare esente dal collocarsi in questa tensione dialettica, anzi essa rende più evidente il duplice ruolo che la tutela dei diritti fondamentali gioca nel sistema europeo; se infatti rafforza i diritti di cittadinanza e allo stesso tempo persegue una vocazione universalistica enunciando diritti che per la gran parte sono riferiti alle “persone”, d’altra parte, il solo dato della presenza di un elenco scritto e vincolante con efficacia di fonte primaria rende più netto l’impatto del principio del primato, specie laddove questo si imponga al di sopra delle norme nazionali di tutela dei diritti fondamentali.

L’eventualità che sulla base del diritto dell’Unione sia riconosciuto un livello di tutela meno elevato di quello previsto dalle fonti nazionali può incrinare il rapporto di mutua fiducia sul quale si fonda l’applicazione di varie normative dell’Unione⁴³ e suscitare reazioni critiche tali da pregiudicare il rispetto del principio del primato. L’esigenza di contenere tale rischio richiede non solo di favorire lo sviluppo di valori comuni europei modellati verso lo *standard* più garantista, anche attraverso un’interpretazione della Carta che non trascuri di riferirsi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ma anche di perseguire, laddove le competenze dell’Unione lo consentano, un più accentuato grado di armonizzazione delle regole di diritto materiale⁴⁴. Una limitazione degli spazi discrezionali lasciati alle normative nazionali nei settori oggetto di coordinamento, mediante una precisa armonizzazione sulla base di regole fondate su valori comuni, dovrebbe contribuire a raggiungere una soluzione condivisa, prevenendo situazioni nelle quali l’applicazione del diritto dell’Unione possa essere ostacolata o preclusa in ragione del ricorso a diversi *standard* di tutela nazionale.

Abstract

The Role of the EU Charter of Fundamental Rights in National Case-law: Some Thoughts for a Tentative Systematic Assessment

The widespread and increasing role of the EU Charter in national case-law reveals a multifaceted reality, which spreads from a merely formal reference to the Charter to a truly substantive role of it in ensuring protection of fundamental rights. The article, mostly based on the outcomes of a European project, attempts a short review of the case-law aimed to detect and discuss the main different ways the Charter is used in national judicial decisions.

⁴² Ci si riferisce al caso *Melloni* (sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11) e all’ampia giurisprudenza successiva.

⁴³ E. BROUWER, D. GERARD, *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, MWP 2016/13, Max Weber Programme.

⁴⁴ Infatti, come osserva M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 3: “Più problematici sono gli ambiti dove l’Unione ha compiti di ‘coordinamento’, ma non di armonizzazione, di normative che restano di competenza degli Stati membri”.

Maria Caterina Baruffi*

When Italy Crosses the UK: An Overview of the Application of Brussels IIa Regulation in the Italian Legal Order

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Possible implications of Brexit on cross-border family disputes within the EU. – 3. The application of Brussels IIa Regulation with regard to matrimonial matters: the concept of habitual residence. – 4. The *lis pendens* rule. – 5. The application of Brussels IIa Regulation with regard to parental responsibility issues: the general rule on jurisdiction and the conditions for prorogation of jurisdiction. – 6. The effects on jurisdiction regarding ancillary maintenance claims. – 7. Child abduction proceedings. – 8. The exceptional rule of transfer of proceedings (or *forum conveniens*). – 9. The jurisdictional regime regarding provisional and urgent measures. – 10. Final remarks: current trends in Italian case law implementing the Brussels IIa Regulation and a look into the Recast proposal.

1. It has been more than ten years since Regulation (EC) No. 2201/2003 (hereinafter also Brussels IIa Regulation)¹ became applicable in the EU Member States (except Denmark)² on 1 March 2005 and a significant amount of case law regarding its interpretation and application has developed at both EU and domestic level. At

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Verona.

** This paper carries out a practice-oriented analysis, and therefore the references to legal literature will be limited to an essential selection of recent contributions. The case law herein cited and discussed has been collected as part of the activities of the project JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7729 "Planning the future of cross-border families: a path through coordination – EUFam's" co-funded by the Justice Programme of the European Union, within which the University of Verona serves as partner. The case law database is freely available on the project website www.eufams.unimi.it. The contents of this publication are the sole responsibility of the Author and can in no way be taken to reflect the views of the European Commission.

¹ Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000.

² As it is specified by Recital 31 of the Regulation. Instead, the UK and the Republic of Ireland gave notice of their wish to take part in the adoption and application of said legal instrument in accordance with Article 3 of the Protocol No. 21 on the position of the United Kingdom and the Republic of Ireland annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, and are thus bound by it (see Recital 30 of the Regulation).

times, however, the implementation of this legal instrument in Member States' legal orders has given rise to difficulties and diverging interpretations of its provisions.

This paper focuses on the topic of the application of Brussels IIa Regulation because of the prospective impact of the withdrawal of the UK from the EU a maximum of two years after the notification of the intention to leave, i.e. at the latest on 29 March 2019 (provided that no extension of this two-year term has been decided). The UK Government, as will be further discussed in more detail, has indeed announced that it intends to convert directly applicable EU law (such as Regulations) into UK laws. As a result, the national case law applying the current Brussels IIa regime, which over the years has become a consolidated source of reference for practitioners and scholars, will continue to provide valuable guidance for the future relationships between the UK and the EU Member States within the judicial co-operation system. In particular, the perspective adopted in this paper takes into account some critical issues in the application of the Brussels IIa Regulation that emerged from Italian practice by analysing selected decisions rendered in cases concerning Italy and the UK³. In addition, where relevant, the analysis also considers the interrelation between the Brussels IIa Regulation and other international conventions, such as the 1980 Hague Convention on child abduction⁴ and the 1996 Hague Convention on children protection⁵, as well as other EU legal instruments, such as the Maintenance Regulation⁶.

The paper is structured as follows: firstly, a general overview of some of the possible implications of Brexit for cross-border family disputes is provided, then the inquiry turns to Italian case law applying the Brussels IIa Regulation. In this regard, specific issues concerning matrimonial matters, parental responsibility and child abduction are dealt with. The paper concludes with a more general critical appraisal of the application of said Regulation in the Italian legal order. In addition, as the Brussels IIa regime is currently the subject of a revision process that started last year with the publication of the European Commission's proposal⁷, some further

³ In the literature, for a comprehensive evaluation of the Italian case law applying the EU Regulation in civil, commercial and family matters see S. BARIATTI, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale*, Milan, 2016.

⁴ The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. The full text of the Convention and the updated status table are available at www.hcch.net.

⁵ Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. The full text of the Convention and the updated status table are available at www.hcch.net.

⁶ Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and co-operation in matters relating to maintenance obligations. With regard to the UK, see Commission Decision 2009/451/EC of 8 June 2009 on the intention of the United Kingdom to accept Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and co-operation in matters relating to maintenance obligations. However, the UK (like Denmark) is not bound by the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law applicable to Maintenance Obligations, which Article 15 of Maintenance Regulation refers to. Consequently, the law applied to maintenance obligations in the English courts will be English law (on this issue, see for example *Charalambous v. Charalambous* [2004] EWCA Civ 1030, 30 July 2004, para. 31, available at www.bailii.org).

⁷ Proposal of 30 June 2016 for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM(2016) 411 final. See *infra*, para. 10 for further references and comments.

considerations on the practical application of the Regulation in light of its future recast are set out.

2. As the relations between the UK and the other EU Member States will be subject to unprecedented changes following the Brexit referendum of June 2016, the paper opens with some preliminary considerations on the possible implications for the respective PIL regimes.

Before assessing more substantial aspects, it is useful to recall that on 29 March 2017 the European Council received from the British Prime Minister notification of the UK's intention to leave from the EU. The process of withdrawal under Article 50 TEU has formally started and the EU Treaties will cease to apply in the UK when the agreement between the EU and the withdrawing State enters into force, or, failing that, two years after the notification. The first step on the EU side was the definition of the guidelines setting out the framework for negotiations, which the European Council adopted on 29 April 2017⁸. Subsequently, on 5 April the European Parliament adopted its resolution on the negotiations⁹, and on 22 May the EU27 Council adopted the decision authorising the opening of the process¹⁰, accompanied by negotiation directives to be implemented during the first phase. As most recent step, the first round of negotiations took place in Brussels on 19 June.

The impact of Brexit on the existing cross-border judicial system has been dealt with in two reports recently published by the House of Lords¹¹ and the House of Commons¹² respectively. These sources, however, do not seem to provide sufficient clarity on a topic that remains essential in pursuing the objective of an “orderly withdrawal” that is a recurring motto from both sides of the negotiations. Indeed, it appears contradictory to recommend that the Government should maintain the closest possible co-operation with the EU on family justice matters, stressing the practical value of principles such as the mutual recognition and enforcement of judgments, and, at the same time, to invoke the end of the substantive jurisdiction of the CJEU in the UK without proposing any feasible alternative to the uniform and binding interpretation of the EU judiciary¹³.

A further reference for the future regulation of transnational justice comes from the White Paper “Legislating for the United Kingdom’s Withdrawal from the European Union”, published on 30 March 2017¹⁴. Here the Government explains the contents of its prospective Great Repeal Bill, which will repeal the European

⁸ Guidelines of the European Council following the United Kingdom notification under Article 50 TEU, EUCO XT 20004/17, 29 April 2017.

⁹ Resolution of the European Parliament on negotiations with the United Kingdom following its notification that it intends to withdraw from the European Union, 5 April 2017, (2017/2593(RSP)).

¹⁰ Council Decision authorising the opening of the negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for an agreement setting out the arrangements for its withdrawal from the European Union, XT 21016/17, 15 May 2017.

¹¹ House of Lords, European Union Committee, *Brexit: justice for families, individuals, and businesses?*, 17th Report of Session 2016-17, published on 20 March 2017.

¹² House of Commons, Justice Committee, *Implications of Brexit for the justice system*, Ninth Report of Session 2016-17, published on 22 March 2017.

¹³ *Ibidem*, pp. 12-14 and pp. 16-18.

¹⁴ Department for Exiting the European Union, *Legislating for the United Kingdom’s Withdrawal from the European Union*, 30 March 2017, updated on 15 May 2017, available at www.gov.uk.

Communities Act 1972, while ensuring that “wherever possible, the same rules and laws apply after [the UK] leaves the EU as before”¹⁵. In particular, the Bill is intended to convert directly applicable EU law (such as Regulations) into UK laws, and to preserve UK laws implementing EU obligations (e.g. giving effect to Directives). It is, however, clear that this solution, lacking a more comprehensive co-operation agreement between the UK and the EU, would impose stricter obligations on the UK than those under which it is currently bound. The UK would in fact be required to apply the current judicial co-operation regime (converted into domestic law) in its relations with the other EU Member States (most notably, the principle of mutual recognition and the enforcement rules), while the latter would not be under the same obligations since they are not bound to UK laws.

Moreover, as regards the sensitive issue of CJEU jurisdiction, the White Paper proposes to give historic CJEU case law the same binding, or precedent, status in domestic courts as decisions of the UK Supreme Court. Of course, it should be noted that the concept of “historic CJEU case law” appears misleading, to say the least, and does not provide any practical guidance for its determination.

As for the EU’s side, the task force set up by the European Commission to conduct the Brexit negotiations has recently issued a position paper containing the main principles concerning judicial cooperation in civil and commercial matters¹⁶. The short text, however, seems to have a more limited scope, as it actually deals with the provisional application of the EU legal instruments to choice-of-forum and choice-of-law agreements made prior to the withdrawal date of the UK, and to judicial proceedings that are ongoing on the withdrawal date.

While no indications are yet available regarding the exact features of the withdrawal agreement or the Great Repeal Bill, it is possible to make some specific remarks on the future of cross-border family disputes from the perspective of international law¹⁷. Currently, the UK is bound by both the 1980 and the 1996 Hague Conventions, having ratified them in its capacity as member of the Hague Conference of Private International Law. As a result, it is reasonable to imagine that the UK will remain a contracting State of both Conventions given that the future withdrawal from the EU will not have any direct relevance on their binding force.

As far as the 1980 Convention is concerned, its provisions will continue to apply to abduction cases involving the UK and both EU and third States, without the complementary rules provided in the Brussels IIa Regulation in the absence of any specific agreement. Most notably, UK courts will no longer be able to resort to the procedure for overriding non-return orders issued by another Member State (Article 11(6-8) of Brussels IIa Regulation).

As to the 1996 Convention, its comprehensive regulation of child protection measures will become the main source of law to address cross-border parental

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶ European Commission, Task Force for the Preparation and Conduct of the Negotiations with the United Kingdom under Article 50 TEU, Position paper transmitted to EU27 on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters, 28 June 2017.

¹⁷ More in general see P. BEAUMONT, *Private International Law Concerning Children in the UK after Brexit: Comparing Hague Treaty Law with EU Regulations*, Working Paper Series 2017 of the Centre for Private International Law, University of Aberdeen, No. 2, available at www.abdn.ac.uk.

responsibility disputes in the UK. Indeed, it has been underlined that after Brexit, UK case law regarding the Convention will increase considerably¹⁸, thus contributing to the international success and visibility of said legal instrument.

A rather different set of considerations is necessary with regard to another PIL instrument to which the UK is currently bound, namely the 2007 Hague Maintenance Convention¹⁹. The UK is in fact a party to that Convention as a member of a REIO (regional economic integration organisation, i.e. the EU), and it will need to sign and ratify it directly as a contracting State.

These Conventions will certainly continue to provide reliable regimes within which legal practitioners can operate after Brexit. However, as already mentioned, the possibility of maintaining closer judicial co-operation between the UK and the other Member States by means of specific agreements will furthermore ensure a smoother transition aimed at protecting the rights of citizens and families on the move.

3. As mentioned above, the analysis now focuses on national case law applying the current Brussels IIa Regulation, which in the future will provide a qualified source of reference for the future PIL regimes between the UK and the EU Member States. More precisely, selected cases involving the UK and Italy will be considered.

Regarding matrimonial matters, as is well known, the material scope of application of Brussels IIa Regulation only covers the various instances of dissolution of a marriage, namely divorce, legal separation and marriage annulment. In Italy, in contrast to many other Member States such as the UK, a court may declare a divorce only provided that there has been a previous period of legal separation between the spouses²⁰. As a result, the alternative heads of jurisdiction provided for in Article 3(1) of the Regulation, which are deemed to favour – to some extent – practices of “forum shopping” or “forum running”, may occasionally lend themselves to misuses of the regulatory framework. An instructive example to this end comes from the notorious case *Rapisarda v. Colladon* of 2014²¹. The proceedings concerned 180 divorce petitions that were lodged before UK county courts by Italian couples on

¹⁸ See *M & L (Children), Re* [2016] EWHC 2535 (Fam), 14 October 2016, available at www.bailii.org, in which the High Court stressed that after the Brussels IIa Regulation will cease to apply to the UK, “the provisions of the 1996 Hague Convention will undoubtedly acquire a greater prominence” (para. 1).

¹⁹ Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance. The full text of the Convention and the updated status table are available at www.hcch.net.

²⁰ In this regard, the relevant domestic legislation has been recently amended by the Law of 6 May 2015, No. 55, which modified the Italian law on divorce (Law of 1 December 1970, No. 898). More precisely, the new law reduced the period of previous consensual separation (*separazione consensuale*) to six months from the time the couple appeared before the court and the act of divorce was registered by the President of the court, as well as the period of previous judicial separation (*separazione giudiziale*) to twelve months.

²¹ *Rapisarda v. Colladon (Irregular Divorces)* [2014] EWFC 35, 30 September 2014, available at www.bailii.org. In this instance, the misuse of the provisions set forth in the Regulation in order to conduct the divorce proceedings in the UK was so evident that the President of the Family Division, Sir J. Munby, described it “as a conspiracy to pervert the course of justice on an almost industrial scale”. The case was also reported in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 264-267.

the grounds that the habitual residence of either the applicant or the respondent was in England. However, these statements later proved to be false, as the address given was identical in all 180 petitions. The Queen's Proctor brought the case before the UK High Court of Justice (Family Division), which eventually set aside the divorce decrees nisi and absolute as being void on the grounds of fraud, and, for the same reason, dismissed the petitions in those proceedings still pending before county courts.

Besides such borderline cases, the application of Article 3 of Brussels IIa Regulation has actually not raised much concern in Italian case law²². Domestic courts have interpreted the key connecting factor of habitual residence as "the place where a person has established, on a fixed basis, his/her permanent centre of interests and where he/she carries out most of his/her personal and professional life"²³. While the CJEU has yet to identify a well-established concept of habitual residence with regard to matrimonial matters, such a notion seems in any case consistent with the guidance provided by supranational case law, which stresses the importance of a comprehensive factual evaluation of a person's personal and professional ties. At times, however, Italian courts tend to overestimate the documents exhibited by the parties, such as certificates of residence or income tax returns, in order to locate the habitual residence without carrying out a proper factual assessment as required by the CJEU²⁴.

As to matrimonial cases involving Italy and the UK, however, it is frequently the case that Italian couples habitually resident in the UK avoid referring to such connecting factors and prefer to initiate legal separation (or divorce) proceedings before Italian courts pursuant to the ground of jurisdiction provided for in Article 3(1)(b) of Brussels IIa Regulation (common nationality of the parties). For example, in one case a married couple of Italian nationals habitually resided in London, where their children were born and where they also got in contact with an English mediator in order to reach an agreement regarding the regulation of family holidays. Nonetheless, the husband chose to lodge an application for fault-based legal separation and shared custody of the children with the Court of First Instance of Milan, which properly held its jurisdiction only as to the separation petition pursuant to Article 3(1)(b) of Brussels IIa Regulation²⁵.

²² For an overview, see I. VIARENGO, *International Divorce Proceedings in Italy: Issues Arising in the Case Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 701-724.

²³ See, among others, Corte di cassazione, SS.UU., judgment of 17 February 2010, No. 3680; Corte di cassazione, SS.UU., judgment of 25 June 2010, No. 15328, both available in the legal database *Pluris* (pluris-cedam.utetgiuridica.it).

²⁴ For an example of these decisions, see Tribunale di Belluno, judgment of 30 December 2011, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it (separation and parental responsibility proceedings between Moroccan nationals where the Italian jurisdiction regarding matrimonial matters was grounded on Article 3(1)(a), fifth indent of Brussels IIa Regulation); Tribunale di Roma, judgment of 20 February 2013 (separation and parental responsibility proceedings between Peruvian nationals where the Italian jurisdiction regarding matrimonial matters was grounded on Article 3(1)(a), fifth indent of Brussels IIa Regulation).

²⁵ Tribunale di Milano, sezione IX civile, order of 16 November 2012 (this case is further examined *infra*, para. 6). For a similar example, see also Tribunale di Milano, sezione IX civile, judgment of 8 April 2011, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it (Italian nationals habitually resident in Scotland).

With regard to the UK, however, two further clarifications on these issues are necessary. First, as to the ground of jurisdiction laid down in Article 3(1)(b), in the case of the UK (and the Republic of Ireland), it is required that both spouses are domiciled in the forum State according to the domestic law (instead of having a common nationality). Domicile is a peculiar legal notion that is used in common law systems, and is understood as the place where a person has fixed his/her residence with the intention of making it permanent²⁶. Consequently, even though a person may hold different residences, his/her domicile is unique. It is thus used to identify a connection between a given person and the country in which he/she has his/her home on a permanent and indefinite basis. Moreover, it has been underlined that the concept of domicile in the context of Brussels IIa Regulation needs to be understood according to the meaning it has in the UK and the Republic of Ireland, as opposed to the reference to domicile provided in the Brussels I regime that grounds the criterion of general jurisdiction (now Article 5 of Regulation 1215/2012)²⁷.

Second, the UK is a State with different legal systems (namely, England and Wales; Scotland; Northern Ireland; Gibraltar) and thus Article 66 of Brussels IIa Regulation requires that each territorial unit must be treated as a separate State for the purposes of establishing the habitual residence and/or the domicile of a person. As a result, both these notions need to be referred to the specific territory, and not to the UK as a whole, in order to ground the jurisdiction pursuant to the relevant provisions of the Regulation²⁸.

4. The above-mentioned legal requirement of a fixed period of legal separation before a judgment of divorce can be issued may also justify the frequent application of the *lis pendens* rule set forth in Article 19(1) of Brussels IIa Regulation when the dispute involves Italy and the UK. More precisely, the particular situation of concurrent separation and divorce disputes is known as “false *lis pendens*”²⁹ since the two proceedings do not possess, strictly speaking, the same cause of action, but only involve the same parties. In some cases, an earlier application for legal separation was even lodged in Italy with the precise purpose of effectively preventing divorce proceedings before the courts of those Member States where such a legal requirement (previous separation) is not provided. As a consequence of the *prior tempore*

²⁶ See *amplius* P. STONE, *EU Private International Law*, Cheltenham, 2014, III ed., pp. 426-427.

²⁷ In this regard see the Explanatory Report on the Convention of 20 May 1998 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, drafted by Prof A. BORRÁS, para. 34.

²⁸ The wording of Article 66 of Brussels IIa Regulation leaves unresolved the question whether the Regulation also applies to jurisdictional disputes arising between different territorial units within the UK. Some courts have indeed been called upon to rule on the issue, and the prevailing opinion supports an “orthodox” view that the Regulation does not apply in similar cases (*Re W-B (Family Jurisdiction: Appropriate Jurisdiction within the UK* [2012] EWCA Civ 592, 18 April 2012, and *London Borough of Camden v. Caratt & Others* [2013] EWHC 2336 (Fam), 31 July 2013, both available at www.bailii.org; however, in *MAS v. VD & Anor* [2006] ScotSC 53, 1 June 2006, available at www.bailii.org, the application of the Regulation was accepted in a dispute between England and Scotland).

²⁹ The term was first adopted in the Explanatory Report on the Convention of 20 May 1998 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, drafted by Prof A. BORRÁS. The scope of the false *lis pendens* is actually limited to matrimonial disputes due to the different substantial legislation existing between Member States.

rule pursuant to Article 19(1), the court second seized shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seized is established. It is worth stressing that such provision only applies insofar as the legal proceedings are pending before courts of different Member States, and not third States³⁰.

A correct application of Article 19(1) was recently given in a decision rendered by the Court of First Instance of Milan on 24 February 2017³¹. The factual background of the case referred to divorce proceedings initiated on 2 June 2016 by the wife in London and an application for legal separation and regulation of parental responsibility lodged on 15 June 2016 by the husband in Italy. The Italian Court stayed the pending legal separation proceedings until the English Court – first seized – would establish its jurisdiction to rule on the divorce petition. Conversely, as regards parental responsibility matters, it ordered that the proceedings should continue. To support its reasoning, the Court expressly recalled the CJEU judgment in *A v. B*, which dealt with a case of *lis pendens* between France and the UK and interpreted the concept of “established jurisdiction” within the meaning of Articles 16 and 19 of Brussels IIa Regulation³².

5. Moving on to consider parental responsibility issues, the Brussels IIa Regulation provides for only one general head of jurisdiction, with a few exceptions that will be examined later³³. Such main provision is Article 8, which again refers to the fundamental connecting factor of habitual residence. Indeed, the courts of the Member State where the child is habitually resident at the time the court is seized shall have jurisdiction to rule on parental responsibility. As is the case with matrimonial disputes, in this regard the determination of a child’s habitual residence also

³⁰ It is actually debated whether the exclusive character of the grounds of jurisdiction set forth in Brussels IIa Regulation (pursuant to its Article 7) would furthermore prevent the application of domestic rules on international *lis pendens* when the other dispute is pending before a court of a third State (in Italy, more precisely, the relevant provision would be Article 7 of the Law of 31 May 1995, No. 218 – Italian PIL Act). A referral on this issue is now pending before the United Divisions of the Italian Supreme Court, which have yet to render the final judgment (see Corte di cassazione, sezione VI civile, order of 2 May 2016, No. 8916).

³¹ Tribunale di Milano, sezione IX civile, order of 24 February 2017, available at www.quotidiano-giuridico.it, 5 April 2017, commented by M. C. BARUFFI, *La litispendenza internazionale tra i giudizi di separazione e divorzio*. Concerning Article 19 of Brussels IIa Regulation, the Italian Supreme Court has recently referred another interesting matter to the Court of Justice, namely whether the failure to establish a *lis pendens* situation (in a case between Italy and Romania) may allow the requested court – first seized – to refuse the recognition of the decision rendered by the court second seized on the basis of the procedural public policy (Article 24 of the Regulation): see Corte di cassazione, sezione I civile, order of 20 June 2017, No. 15183, available at www.italgiure.giustizia.it.

³² Court of Justice, judgment of 6 October 2015, case C-489/14, *A v. B*, EU:C:2015:654, paras. 28-38. All judgments of the CJEU cited in this paper are available at curia.europa.eu. The case was peculiar also because it dealt with the possible impact of different time zones on the *lis pendens* rule. In this regard, the Court of Justice explained that the time difference “is not in any event capable of frustrating the application of (...) Article 19 of Regulation No 2201/2003, which, taken in conjunction with the rules in Article 16 of that regulation, [is] based on chronological precedence” (para. 44).

³³ In the literature on this issue, see for example L. CARPANETO, *Giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: il regolamento n. 2201/2003*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili*, IV, *Tematiche di interesse notarile, Profili internazionalprivatistici*, Milano, 2015, pp. 921-962

heavily relies on factual elements, among which the duration, the conditions and the grounds for the stay on the territory of a given Member State, as well as his/her nationality, enrolment in school, linguistic knowledge, family and social relationships³⁴. It follows that courts usually take a case-by-case approach when assessing such concepts, to an even greater extent than in matrimonial disputes³⁵. Moreover, it is significant that recently the Court of Justice has been called upon to interpret the concept of habitual residence of a child in a case of an infant who was born in a Member State (Greece) other than that where her parents resided together (Italy) and who has been then wrongfully retained there³⁶. In particular, it held that the parents' initial intention of returning the child to a different Member State could not amount to be the prevailing consideration in establishing her habitual residence. Otherwise, in the case of infants it would always be located at the place of habitual residence of the parents, resulting in a misinterpretation of such concept within the meaning of the Regulation. Similarly, in another recent case, the Court of Justice was again requested to rule on the habitual residence in parental responsibility proceedings and held that the determination of a child's habitual residence in a given Member State "requires at least that the child has been physically present in that Member State"³⁷.

In family law practice it is quite common that separation or divorce cases also involve the regulation of parental responsibility rights such as the child's custody or rights of access. Precisely to this purpose, the Brussels IIa Regulation sets forth specific requirements for a court of a Member State exercising jurisdiction under its Article 3 on an application for divorce, legal separation or marriage annulment to extend jurisdiction in any matter relating to parental responsibility connected with that application (prorogation of jurisdiction). Under Article 12(1) it is in fact necessary that (a) at least one of the spouses holds parental responsibility rights in relation to the child, (b) the jurisdiction of the courts has been accepted expressly or otherwise in an unequivocal manner by the spouses and by the holders of parental

³⁴ The CJEU case law has indeed singled out, by way of example, a number of recurring elements that need to be taken into account in order to establish a child's habitual residence: see judgment of 2 April 2009, case C-523/07, A, paras. 37-42; judgment of 22 December 2010, case C-497/10 PPU, *Mercredi*, para. 56, in relation to the habitual residence of an infant.

³⁵ Occasionally, however, Italian courts do not carry out any assessment of PIL issues before ruling on the merits of the case, with the result that it is not possible to infer the juridical bases on which the decision is grounded. For a recent example, see Tribunale di Roma, sezione I civile, decree of January 2017, available at www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com, in which the Italian jurisdiction appears to be based on Article 8 of Brussels IIa Regulation only because the decision refers to the prior assessment carried out by the Juvenile Court of Rome when dismissing the return request of the children to the UK. Moreover, it is worth mentioning this decision insofar as it ruled in the interests of the children by establishing their main placement with the father in the UK. Even though the mother had been living in Italy where the children had (apparently) their habitual residence, she was not considered a reliable parent for the purposes of allocating the rights of custody and the placement of the children.

³⁶ Court of Justice, judgment of 8 June 2017, case C-111/17 PPU, *OL v. PQ*. It must be noted that the case actually refers to the notion of habitual residence within the meaning of Article 11(1) of Brussels IIa Regulation, but the considerations of the preliminary ruling also apply to other provisions of that legal instrument. The opinion of Advocate General Bot has been delivered on 16 May 2017, which supports the conclusion that the physical presence of a child in a given Member State since her birth cannot constitute a wrongful removal to the extent that the parents intended for the child to be born in another Member State (paras. 64-91).

³⁷ Court of Justice, judgment of 15 February 2017, case C-499/15, *W and V v. X*, paras. 61-65.

responsibility, at the time the court is seized, and (c) the prorogation pursues in any case the superior interests of the child.

Where the conditions for a prorogation of jurisdiction laid down in Article 12 are not fulfilled, it may occur that, pursuant to the general provisions of Articles 3 and 8 of Brussels IIa Regulation, jurisdiction on matrimonial matters and parental responsibility is actually split between courts of different Member States. Indeed, when the child is not habitually resident in the Member State where the matrimonial proceedings is lawfully pending, there is a “disconnection” between the court that is competent to hear the case on matrimonial matters and that having jurisdiction on parental responsibility issues.

This practical effect has also been stressed in the Italian case law implementing the Regulation, as the courts have interpreted narrowly the conditions set forth in Article 12 in accordance with the best interests of the child and the principle of proximity that underlie the jurisdictional regime regarding parental responsibility (as explained in Recitals 12 and 13 of the Regulation). A case involving a married couple of Italian nationals habitually resided in the UK with their two children offers an example of this. In December 2010, the husband filed for judicial separation before the Tribunal of Palermo, claiming also the joint custody of the children. The wife then lodged a parental responsibility application with the English courts and also appeared before the Tribunal of Palermo arguing that it did not have jurisdiction, at least with regard to the parental responsibility and the children maintenance claims. In March 2011 the wife applied before the Italian Supreme Court for a ruling on the international jurisdiction of the Italian courts (*regolamento di giurisdizione*)³⁸. The Supreme Court acknowledged that the Italian Court had jurisdiction on the judicial separation claim on the basis of Article 3(1)(b) of Brussels IIa Regulation (common nationality of the parties). In contrast, it lacked jurisdiction as regards parental responsibility issues pursuant to Article 8 of Brussels IIa Regulation, since the children were habitually resident in London and, moreover, the Italian jurisdiction had not been accepted pursuant to Article 12 of the same Regulation. In this regard, the Supreme Court held that the acceptance of the jurisdiction of the Italian Court as to parental responsibility could not be inferred from the failure of the party to contest its jurisdiction on the personal separation petition, given that the two applications have different objects. Or, to put it differently, the party’s acceptance of the jurisdiction of the Italian Court on matrimonial matters could not be extended to the application regarding the children’s custody and maintenance. This view was supported by both the wording of Article 12 (“accepted expressly or otherwise in an unequivocal manner”) and the ultimate aim of protecting the best interests of the children. Consequently, in the case at issue, the English Court had exclusive juris-

³⁸ Corte di cassazione, SS.UU. civili, judgment of 30 December 2011, No. 30646, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it. Similarly, in another case involving Italian and British parties, the Supreme Court confirmed the reasoning of an appellate Court that overturned the First Instance decision by declaring the “disconnection” of jurisdictional competence between Italian and UK courts (Corte di cassazione, SS.UU. civili, judgment of 7 September 2016, No. 17676, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it). The former, in fact, had jurisdiction only as to the separation petition, while the latter were exclusively competent to rule on the child’s custody and maintenance given that the child was habitually resident in the UK and the conditions for prorogation of jurisdiction were not met.

diction to rule on the application concerning parental responsibility that was lodged by the mother, as the children were habitually resident in London, while the Italian Court (namely, the Court of First Instance of Palermo) was competent to rule on the separation petition pursuant to Article 3(1)(b) of Brussels IIa Regulation, since both spouses were Italian nationals.

6. The “disconnection” between competent courts on matrimonial matters and parental responsibility, respectively, affects also their jurisdiction regarding maintenance obligations as provided in Article 3 of Regulation No. 4/2009. As is well known, such provision sets out alternative criteria for attributing jurisdiction in this subject matter by referring, in particular, to (a) the habitual residence of the defendant, or (b) the habitual residence of the maintenance creditor, or to ancillary proceedings concerning (c) the status of a person or (d) parental responsibility.

It was precisely a dispute about where the jurisdiction on legal separation, child custody and maintenance was split between Italian and UK courts that originated the referral for a preliminary ruling to the CJEU regarding Article 3(c) and 3(d) of the Regulation at issue (case *A v. B* of 16 July 2015)³⁹. As already mentioned above⁴⁰, the facts related to a couple of Italian nationals habitually resident in London, where their two children were also born. In February 2012, the husband lodged an application before the Court of First Instance of Milan asking for the fault-based legal separation, the shared custody of the children, and offering to contribute to the children’s maintenance. The wife objected to the jurisdiction of the Italian Court as to the claims regarding parental responsibility and children maintenance, arguing that jurisdiction rather lays with the English Court already seized in this regard. The President of the Court of Milan, before whom the first hearing should take place according to domestic procedural law, issued an order ruling only on the legal separation petition and the spousal maintenance claim, while declaring its lack of jurisdiction as to the children’s custody and maintenance⁴¹. The husband appealed the First Instance decision before the Supreme Court, asking for a ruling on the international jurisdiction of the Italian courts (*regolamento di giurisdizione*). He maintained that the Tribunal of Milan wrongly referred to Article 3(d) of Maintenance Regulation to limit the scope of the alternative head of jurisdiction provided for in its Article 3(c). The Supreme Court acknowledged that no specific precedent had been rendered on this issue and referred the question for a preliminary ruling to the CJEU seeking to establish whether the alternative heads of jurisdiction set forth in Article 3(c) and Article 3(d) of Maintenance Regulation were to be interpreted as mutually exclusive⁴². The Court of Justice held in its judgment that when a court of a Member State is seized of proceedings involving the separation between the parents of a minor child and a court of another Member State is seized of proceedings in matters of parental responsibility involving that same child, an application for maintenance obligations towards that child is ancillary only to the

³⁹ Case C-184/14, *A v. B*.

⁴⁰ See *supra*, para. 3.

⁴¹ Tribunale di Milano, sezione IX civile, order of 16 November 2012.

⁴² Corte di cassazione, SS.UU. civili, order of 7 April 2014, No. 8049, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it.

proceedings concerning parental responsibility, within the meaning of Article 3(d) of Maintenance Regulation. Consequently, the Supreme Court ruled in light of the CJEU interpretation and ultimately held that the English courts should have exclusive jurisdiction over children maintenance, on the grounds that said application is ancillary to the dispute on parental responsibility initiated in the UK and not to that on legal separation between the spouses pending in Italy⁴³.

7. Moving on to consider international child abduction proceedings, the Brussels IIa Regulation contains a set of provisions (Articles 10 and 11) that aim at complementing the legal framework already established by the 1980 Child Abduction Convention⁴⁴.

The Regulation envisages a twofold jurisdictional regime in this regard. On the one hand, according to its Article 10, the courts of the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention retain their jurisdiction (upon certain conditions) until the child has acquired a habitual residence in another Member State. On the other hand, the jurisdiction to issue a return order pursuant to the 1980 Hague Convention and Article 11 of the Regulation lies with the courts of the Member State where the child has been removed or is being retained. Moreover, Article 11 of the Regulation also complements the 1980 Hague Convention with provisions ensuring the prompt return of the child in abduction proceedings (paras. 1-5), and regulating the exceptional cases where a court has issued an order on non-return pursuant to Article 13 of the Convention (paras. 6-8)⁴⁵.

According to the latest annual statistics provided by the Italian Ministry of Justice, child abduction cases involving Italy and the UK in the year 2015 amount to 18 (11 “active” and 7 “passive” cases)⁴⁶. Even though the UK is among those foreign countries with the highest number of cases when comparing the data available in these statistics, the reported case law on this subject matter is rather limited. This

⁴³ Corte di cassazione, SS.UU. civili, order of 5 February 2016, No. 2276, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁴⁴ In the literature, for a comprehensive assessment of child abduction proceedings in the EU see M. C. BARUFFI, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori: la sfida (in)compiuta dell'Unione europea nei casi di sottrazione internazionale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, pp. 2-25. At the international level, also the 1996 Hague Convention contains specific provisions on child abduction, which do not supersede the framework set out by the previous 1980 Convention, but are rather aimed at strengthening and improving its functioning (for further references and comments on the 1996 Convention, see M. C. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 977-1019).

⁴⁵ In the literature, with particular regard to the overriding mechanism see C. HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 275-314; ID., *L'oggetto del giudizio “di riesame” ai sensi dell'art. 11 del regolamento Bruxelles II bis*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 1121-1139 (also for further bibliographical references); and P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, *Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The Reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa Proceedings across the EU*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 211-260.

⁴⁶ More precisely, the Juvenile Justice Department of the Italian Ministry of Justice publishes annual statistics on international child abduction, which are available at www.giustizia.it. The cases are broken down into two categories (“active” and “passive” cases) regarding each foreign country.

may be the result of the co-operation between Central Authorities or other means of dispute resolution, such as mediation, which often prove to be successful in child abduction cases, and thus the institution of judicial proceedings is only a measure of last resort.

Among the few available decisions regarding Italy and the UK, a decree issued by the Juvenile Court of Milan in 2010 can be recalled here⁴⁷. Preliminarily, it must be underlined that the proceedings were instituted according to the 1980 Child Abduction Convention as implemented in the Italian legal order by the Law of 15 January 1994, No. 64⁴⁸. Pursuant to Article 7 of said Law, the father lodged a request with the Italian Central Authority asking for the return of his daughter to the UK. He claimed that the mother had wrongfully retained the child in Italy, as she did not return to her habitual residence in the UK after having spent a planned holiday with the child in her country of origin. The Italian Central Authority forwarded the request to the competent judicial authority, i.e. the Prosecutor by the Juvenile Court of Milan, who filed an application for the return of the child. The Juvenile Court was called upon to establish whether the non-return of the child to the UK was indeed wrongful after evaluating the location of her habitual residence. The case was peculiar in that it regarded a very young child, who had been living for three months in Italy after her birth and then moved to her father's residence in the UK, where she had been staying for almost nine months before the mother took her to Italy. The factual circumstances and the documents exhibited by the parties led the Juvenile Court of Milan to conclude that the child was habitually resident in the UK before her move to Italy, and no account could be given to the mother's intention to actually establish her residence there with her daughter. Then, as regards the exceptional circumstances for issuing a non-return order pursuant to Article 13 of the 1980 Hague Convention, the Court held that they had to be interpreted narrowly in relation to very young children (as in the present case), so as to comprise only objective risks of physical or psychological harm. Otherwise, a court would always be bound to refuse the return of very young children who have been removed or retained by their mother, in light of the close relationship existing between a mother and a child of that age. On these grounds, the Juvenile Court upheld the request made by the father and ordered the return of the child to the UK. Even though the conclusion reached appears convincing as to the merits of the case, no reference to the relevant provisions of Brussels IIa Regulation was made in the court's legal reasoning.

With regard to intra-EU child abduction cases, in the Italian case law the references to only the relevant provisions of the 1980 Convention seem indeed quite common⁴⁹. On the contrary, the combined application of international and EU rules is generally lacking and it could even result in a challenge of the decision for infringement and misapplication of law.

⁴⁷ Tribunale per i minorenni di Milano, decree of 30 April 2010.

⁴⁸ For the corresponding legislation in the UK see the Child Abduction and Custody Act 1985, which ratified and implemented in the domestic legal system both the 1980 Child Abduction Convention and the 1980 European Convention on Recognition and Enforcement on Decisions Concerning Custody of Children (the full-text of the Act is available at www.legislation.gov.uk).

⁴⁹ See for example Tribunale per i minorenni di Lecce, judgment of 25 July 2007; Tribunale per i minorenni di Lecce, judgment of 30 May 2012.

Even though the reported case law involving Italy and the UK did not give rise to much concern about the child's right to express his/her view⁵⁰, this issue is nonetheless a fundamental aspect in legal proceedings involving children⁵¹, especially in abduction cases. Article 11(2) of Brussels IIa Regulation states that the child shall be "given the opportunity to be heard during the proceedings unless this appears inappropriate having regard to his or her age or degree of maturity", and Article 23(b) lists the violation of the right to be heard among the grounds of non-recognition for judgments relating to parental responsibility. These provisions shall be interpreted in an autonomous manner and are furthermore consistent with the international regulatory framework on children protection, particularly with Article 12 of the 1989 UN Convention on the Rights of the Child⁵².

As far as the Italian legal order is concerned, only a recent legislative reform⁵³ expressly provided for the right of the child to be heard in any decision that regards him/her. More precisely, Article 315-*bis* of the Civil Code now establishes said right for children aged 12 and up (or younger only if he/she is capable of forming his/her own views), whereas Articles 336-*bis* and 337-*octies* specify the procedural aspects, together with Article 38-*bis* of the Final Provisions of the Civil Code. Should the hearing appear to conflict with the child's best interests, the judicial authority may decide not to comply with this obligation, provided that the decision is duly motivated. Regarding child abduction proceedings, however, the obligation to hear the child was prescribed even before the introduction of these new provisions, pursuant to Article 7 of the Law No. 64/1994. These legislative amendments were properly reflected in the Italian case law, which has increasingly taken a wider approach in this regard⁵⁴. Indeed, the Supreme Court has held that the state of mind of a child who has been heard according to the Civil Code provisions should "always and necessarily" be taken into account even in child abduction cases⁵⁵ and the following case law has generally maintained this view, also in purely internal situations⁵⁶.

⁵⁰ For a recent example see the above-mentioned Tribunale di Roma, sezione I civile, decree of January 2017. In that case, the children were ten and five years old, respectively, and were considered too young for being heard during the judicial proceedings. Nonetheless, the evidence collected by the consultant appointed by the judge, who had met and talked with the children, was deemed sufficient for the ruling on the merits of the case.

⁵¹ On the issue, among the most recent contributions, see B. UBERTAZZI, *The Child's Right to Be Heard in the Brussels System*, in *European Papers*, 2017, No. 1, pp. 43-74.

⁵² Convention on the Rights of the Child, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entered into force on 2 September 1990. The full text of the Convention and the updated status table are available at www.ohchr.org.

⁵³ Law of 10 December 2012, No. 219, and Legislative Decree of 28 December 2013, No. 154.

⁵⁴ This approach revised the traditional view that acknowledged only a cognitive relevance to the view expressed by the child in directing the judge to appraise the factual circumstances of the case. For an example of this narrower interpretation, see Corte di cassazione, sezione I civile, judgment of 11 August 2011, No. 17201, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it.

⁵⁵ Corte di cassazione, sezione I civile, judgment of 5 March 2014, No. 5237, available at www.italgiure.giustizia.it. Even though the case concerned a child abduction dispute between Italy and a third State (the US), it is worth mentioning it in this context for the relevance of the Court's holding.

⁵⁶ Among others, Corte di cassazione, sezione I civile, judgments of 31 March 2014, No. 7479 (a child abduction case involving Italy and Hungary) and of 10 September 2014, No. 19007 (purely internal situation), both available at www.italgiure.giustizia.it.

8. In the context of parental responsibility, the Brussels IIa Regulation has introduced a provision concerning the possibility for a court having jurisdiction on the merits to transfer the case to a court of another Member State that is deemed better placed to adjudicate the dispute (Article 15)⁵⁷. The rule is actually inspired by the common law doctrine of *forum (non) conveniens*, while it represents quite an innovative provision for civil law legal orders. In the Brussels IIa regime, the transfer of jurisdiction, by way of exception, may take place upon application of a party, or of the court's own motion, provided in both cases that the other Member State has a "particular connection" with the child and that the transfer pursues the child's best interests. In a preliminary ruling, the Court of Justice explained at length the functioning of said transfer, holding that, first, the court of a Member State has to establish the particular connection that exists between the child and another Member State in light of the factors provided in Article 15(3) of the Regulation. Second, the court having jurisdiction must determine whether there is, in that other Member State, a court that is better placed to hear the case. To this end, account must be given to a "genuine and specific added value" that the court in the other Member State may provide with respect to the decision to be taken in relation to the child. Thirdly and finally, the overall requirement of the compliance with the best interests of the child implies that the envisaged transfer shall not be "detrimental to the situation of the child concerned", having regard to possible "negative effects that such a transfer might have on the familial, social and emotional attachments of the child (...) or on that child's material situation"⁵⁸.

The Italian practice shows that Article 15 has not been widely applied in cross-border parental disputes, but the available decisions prove nonetheless that Italian courts are fairly attuned to the conditions and the procedural mechanisms required for its application.

For example, the Court of First Instance of Milan rendered an instructive judgment on 11 February 2014 with regard to a case involving Italy and the UK⁵⁹. The facts concerned a couple that got married, had two daughters and then divorced in the UK. In September 2013, the father brought an action before the Court of Cambridge claiming the sole custody of the underage daughter. The mother appeared before the Court and asked that the proceedings be transferred in Italy pursuant to Article 15 of Brussels IIa Regulation. The Court set the time limit for the father's reply on 17 January 2014 and the time limit for the mother's rejoinder on 31 January 2014. While these time limits were pending, the mother initiated a proceeding before the Court of First Instance of Milan asking it to retain its jurisdiction according to Article 15. The Italian Court, however, dismissed the application holding that the transfer was inadmissible for two different sets of reasons, both procedural and substantive. From a procedural point of view, even if the request was not of the Court's own motion but upon application from the party, it was up to the court of

⁵⁷ The 1996 Hague Child Protection Convention also provides for a similar legal tool, which is regulated in two separate provisions, Articles 8 and 9.

⁵⁸ Court of Justice, judgment of 27 October 2016, case C-428/15, *Child and Family Agency*, see especially paras. 50-61.

⁵⁹ Tribunale di Milano, sezione IX civile, judgment of 11 February 2014, available in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 379-384.

the Member State having jurisdiction as to the substance of the matter to set a time limit by which the courts of the other Member State shall be seized, according to Article 15(4) of the Regulation. By contrast, in the present case the English Court had not yet ruled on the transfer request proposed by the respondent. Furthermore, with regard to the substantive point of view, the Court of Milan deemed Article 15 inapplicable since there was none of the elements proving a particular connection with the child as provided for in Article 15(3)⁶⁰.

In another case involving Italy and the UK, the Court of Appeal of Florence on 15 January 2014 ruled on the applicability of the transfer of proceedings under Article 15 of Brussels IIa Regulation⁶¹. In that instance, a couple of British nationals was habitually resident in Florence with their three children and in 2012 the mother moved back to the UK with the two younger children, where she also applied for divorce. In Italy, the father initiated parental responsibility proceedings concerning the school education of the oldest child, who still habitually resided in Florence. The mother claimed the application of Article 15 of Brussels IIa Regulation in order to transfer the case to the English courts, deemed as better placed to hear the case and before which the divorce proceedings were pending. The Court of First Instance of Florence held its jurisdiction on Article 8 of Brussels IIa Regulation and then, after hearing the child and taking into account his determination to continue the studies in Italy, established that he could stay in Italy with the father. On appeal filed by the mother, the Court of Appeal of Florence upheld the decision of the lower Court. Particularly as regards the request to transfer the proceedings in the UK, the appellate Court held that none of the exceptional circumstances justifying such possibility existed in the present case. Once again, the Italian case law appears to be familiar with the strict conditions to which Article 15 of the Regulation is subject, and has indeed resorted in very few cases to the exceptional transfer of the case to a better placed court⁶².

This decision of the Court of Appeal of Florence also offers a proper example in another respect, namely that concerning the determination of the law applicable to the parental responsibility claim. In this regard, the appellate Court found that the decision was aimed at issuing child protection measures, and thus the correct legal

⁶⁰ For the sake of completeness, Article 15(3) of Brussels IIa Regulation provides that a particular connection between a child and a given Member State exists where said Member State “(a) has become the habitual residence of the child after the court having jurisdiction as to the substance of the matter was seised, or (b) is the former habitual residence of the child, or (c) is the place of the child’s nationality, or (d) is the habitual residence of a holder of parental responsibility, or (e) is the place where property of the child is located and the case concerns measures for the protection of the child relating to the administration, conservation or disposal of this property”.

⁶¹ Corte di appello di Firenze, judgment of 15 January 2014, available in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 170-172.

⁶² For an example of decisions that granted the transfer of the proceedings to a court of another Member State, see Tribunale per i minorenni di Roma, judgment of 25 January 2008 (a case involving Italy and Lithuania, in which the Juvenile Court provisionally suspended the mother’s parental responsibility rights over her child and requested the Lithuanian judicial authority to exercise its jurisdiction over the proceedings according to Article 15 of Brussels IIa Regulation); Tribunale di Siracusa, judgment of 3 May 2016 (case involving Italy and Belgium, in which the Italian Court stayed the custody proceedings pending before it and acknowledged that the conditions for the transfer to the Belgian Court were met, but setting a short time limit of only 15 days by which the better placed court should have been seized).

basis was Article 42 of the Italian PIL Act (Law No. 218/1995), instead of its Article 36 on the law applicable to parent-child relations as argued by the lower Court⁶³. In any case, it is worth recalling that the reference to the domestic PIL rules no longer applies to cases decided after the entry into force of the 1996 Child Protection Convention in Italy, which occurred on 1 January 2016⁶⁴. The determination of the law applicable to child protection measures now follows the rules set forth in this international instrument, particularly in its Articles 15 to 22.

9. Although Article 20 of Brussels IIa Regulation is included among the jurisdictional provisions that are common to both matrimonial and parental responsibility matters, the reported Italian case law on provisional measures only regards the latter issues, and it will be thus analysed in this section of the paper. This circumstance may be reasonably explained bearing in mind that it is much more frequent for a court to take such protective measures with regard to children, since they are often the most vulnerable subjects in cross-border family disputes. As to the conditions required for ordering provisional measures under Article 20 of Brussels IIa Regulation, the Italian courts seem to be particularly acquainted also with the relevant CJEU case law, which is often referred to in this context. In this regard, as is well known, the CJEU has specified the following three cumulative requirements: the measure must be urgent, it must be taken in respect of persons in the Member State concerned, and must be provisional⁶⁵.

An example of proper application of the provision at issue can be seen in a decree issued by the Juvenile Court of Milan on 5 February 2010 in a case regarding Italy and the UK⁶⁶. Indeed, the Italian Court was seized by the mother, who claimed the sole custody of her new born daughter and the regulation of the father's rights of access. The father preliminarily objected the lack of jurisdiction of the Italian authority, given that the child was habitually resident in Leicester (UK). Moreover, as the mother went to Italy with the daughter to visit her parents but never came back to her habitual residence in the UK, he requested the Italian Court to issue urgent measures pursuant to Article 20 of Brussels IIa Regulation granting him the rights of access to the child. The Juvenile Court held as founded the preliminary exception raised by the father, declaring its lack of jurisdiction as regards the merits of the parental responsibility dispute. Both the documents exhibited by the parties and the factual circumstances of the case supported the conclusion that the child did in fact have her habitual residence in the UK at the time she entered Italy together with her mother. Nonetheless, the Italian Court further examined its competence to issue provisional and urgent measures according to Article 20 of

⁶³ The possible overlapping of the respective scopes of application of Articles 36 and 42 of the Italian PIL Act is a recurring issue in the Italian case law. However, the prevailing opinion has consistently referred to Article 42 to determine the law applicable when the decision to be taken, albeit affecting the parental responsibility regime, is aimed at the protection of a child (see, among others, Corte di cassazione, SS.UU., judgment of 9 January 2001, No. 1, available in the legal database *Pluris*, pluris-cedam.utetgiuridica.it).

⁶⁴ In the UK it entered into force on 1 November 2012.

⁶⁵ Court of Justice, judgment A, paras. 45-65; also the judgment of 23 December 2009, case C-403/09 PPU, *Detiček*.

⁶⁶ Tribunale per i minorenni di Milano, decree of 5 February 2010.

Brussels IIa Regulation and Articles 330 and 336(3) of the Italian Civil Code, by recalling the above-mentioned CJEU case law. In this regard, it considered that the judicial authority having jurisdiction on the substance of the matter (i.e. the English Court) had not yet issued any decision, and also the actual harm caused to the child had she been deprived of her right to maintain a relationship with both parents. The Juvenile Court consequently granted the father the rights of access to her daughter to be exercised until such time as the court having jurisdiction pursuant to Article 8 of the Regulation issued a further decision⁶⁷.

With regard to provisional and urgent measures, a specific feature of the domestic procedural system must also be pointed out. The first hearing in separation proceedings takes place before the president of the court, who is allowed to issue provisional orders in the interests of the spouses and the children according to Article 708 of the Civil Procedural Code. Such provisional measures, however, possess a broader scope of application than those provided in Article 20 of Brussels IIa Regulation. The latter instrument is in fact limited to the circumstance where the judicial authority issuing these orders is not that which has substantive jurisdiction under the Regulation. This common reference to provisional measures has led to occasional confusion in the reported case law, as some Italian courts have wrongly recalled Article 20 to issue provisional and urgent measures in the context of first hearings before the presidential judge when they actually had jurisdiction over the merits of the dispute⁶⁸. Even though the outcomes of these decisions were not affected by the incorrect legal basis, they could nonetheless have been challenged for misapplication of the relevant provision.

10. After having examined some of the most significant decisions illustrating the approach taken by Italian case law applying the relevant provisions of Brussels IIa Regulation, it is safe to say that the courts have a general familiarity with said legal instrument. Indeed, the basic structure of the Regulation (e.g. its scope of application, its principles and key notions such as habitual residence) seems to have been properly accommodated into judicial decisions dealing with cross-border cases. For instance, one can reasonably agree with the narrow interpretation given with regard to the conditions for prorogation of jurisdiction under Article 12 of the Regulation, and, on a similar note, the interpretation given to the transfer of jurisdiction to the better placed court pursuant to Article 15. Both indeed comply with the principles

⁶⁷ This decision of the Juvenile Court of Milan is worth mentioning also in another respect, namely in that it refers to the role of the tutelary judge (*giudice tutelare*, i.e. the judge supervising guardianships) acting as enforcement authority to make practical arrangements for organising the exercise of rights of access pursuant to Article 48 of Brussels IIa Regulation. This holding indeed acknowledges a further power to the tutelary judge, who is generally competent to modify only final judgments rendered by first instance or juvenile courts, and not provisional judgments as that issued on the basis of Article 20 of Brussels IIa Regulation.

⁶⁸ An example in this regard is a decision of the Court of First Instance of Bologna applying Article 20 of Brussels IIa Regulation to take provisional measures concerning a child who had been residing in Italy with his mother for more than a year. In that instance, the Court could have reasonably deemed that the child had acquired his habitual residence there, and thus the reference to the mentioned provision appears incorrect. The proceedings were initiated upon application by the father requesting the return of the child in the UK, which was ultimately dismissed by the Court (Tribunale di Bologna, sezione I civile, decree of 17 February 2016, available at www.ilcaso.it).

underlying the Regulation and show a correct reading of the CJEU case law regarding these provisions.

Currently, however, the main difficulties appear to stem from the fragmentation of the relevant rules among different legal tools at the international and EU level, which actually requires extensive knowledge of their functioning and co-ordination mechanisms. For example, the interrelations between the Brussels IIa Regulation and the 1980 and 1996 Hague Conventions, as well as the Maintenance Regulation, are often misunderstood in the case law, resulting in a separate application of these instruments, or the application of an instrument over another. Furthermore, courts occasionally struggle to apply the Regulation and its underlying principles in an autonomous manner, with the result that the EU provisions are sometimes superimposed on domestic legal notions and misapplied (as in the case of provisional and urgent measures under Article 20 of the Regulation).

It is thus still valuable to further support and promote the creation of a true “culture” of EU private international law among legal practitioners through specialised courses, lectures and research projects, which can help to offer practical guidance towards a smooth resolution of cross-border disputes. This is of the highest importance especially in this field of law, as it directly involves the sensitive interests of families, children and vulnerable persons.

Before concluding, it is worth setting out some final thoughts on the Brussels IIa Recast proposal⁶⁹. As usual, the Commission’s initiative was preceded by extensive preparatory work, which comprised a public consultation⁷⁰, an external study on the operation of the Regulation⁷¹, and the proposals made by a group of experts appointed by the EU institution⁷². The collected evidence showed only limited problems with regard to the provisions on matrimonial matters, while the more pressing issues concerned the regulation of parental responsibility. Six main shortcomings were in fact singled out, namely the child return procedure, the placement of the child in another State (regulated in Chapter II, Section 2, on jurisdiction in parental responsibility matters and the newly inserted Chapter III on child abduction), the requirement of *exequatur*, the hearing of the child, the actual enforcement of decisions (regulated in the new Chapter IV on recognition and enforcement) and the co-operation between Central Authorities (regulated in the new Chapter V). From an institutional point of view, the proposed Regulation is subject to the special legislative procedure, within which the opinion of the European Parliament should be issued before the end of 2017. Moreover, the Working Party on Civil Law Matters

⁶⁹ In the literature, among the first available contributions on the Recast see T. KRUGER, L. SAMYN, *Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements*, in *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 132-168; M. C. BARUFFI, *La riforma del regolamento Bruxelles II bis e la tutela dell’interesse superiore del minore*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, 2, above ft 45, pp. 1087-1092; C. HONORATI, *La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II bis: più tutela per i minori e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni*, forthcoming in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017.

⁷⁰ The results are available at ec.europa.eu/justice.

⁷¹ Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and policy options for its amendment. Final report, published in May 2015. The Author was appointed as legal expert for the Italian report with regard to the Regulation provisions on parental responsibility.

⁷² Further information on the mission and the members of the Expert Group are available at ec.europa.eu.

(Brussels IIa), i.e. a preparatory body set up within the Council of the EU, has regularly met since the transmission of the Commission's proposal to examine the draft text of the Recast⁷³.

A critical appraisal of those proposed amendments that appear relevant in relation to the above-mentioned Italian case law will be provided below.

First, as already mentioned, child abduction proceedings are regulated in a specific Chapter of the Regulation (III) with the aim of reducing the inefficiencies of the return procedure. The new Article 22 is aimed at ensuring the concentration of local jurisdiction for the applications for the return of a child on a limited number of courts, which shall be communicated by each Member State to the Commission. While this amendment is to be welcomed as it promotes the specialisation of the courts dealing with abduction cases, such provision does not find a corresponding rule with regard to the decisions refusing the return pursuant to the new Article 26. As far as the Italian legal order is concerned, 29 specialised juvenile courts are tasked with comprehensive competences on civil, administrative and criminal matters. However, a recent legislative reform has proposed rearranging the current juvenile justice system, by replacing the existing juvenile courts with specialised divisions within the civil and criminal courts⁷⁴. This new organisation actually raises several doubts among legal practitioners, since it would no longer ensure a proper assessment of sensitive issues concerning children, nor a swift resolution of legal proceedings where they are involved. Should the reform be passed by the Parliament, it appears difficult to reconcile with the recast Brussels IIa regime.

Moreover, the new rules envisage a stricter time limit for issuing an enforceable return order, which leaves a maximum of 18 weeks for all possible stages of the proceedings⁷⁵. Also in this regard, the swifter procedure surely aims at ensuring a prompt return of the child who was wrongfully removed or retained, but it remains to be seen whether national courts will actually be able to comply with these time limits. From this point of view, unfortunately, Italian case law does not offer encouraging perspectives.

Concerning the procedure for the return of the child, the Draft report on the Commission's proposal recently published by the European Parliament's Committee on Legal Affairs⁷⁶ has proposed an amendment concerning the notification of the return order (and the date upon which it takes effect) to be made from the judicial authority to the Central Authority of the Member State of former habitual residence of the child.

⁷³ In particular, the discussions within the Working Party have led to a revised text of Chapter I and II of the proposed Brussels IIa Recast, which has not yet been made publicly available.

⁷⁴ The Draft Law on the efficiency of the civil justice system, which was passed by the Chamber of Deputies on 10 March 2016 and is currently being examined by the Senate (see Atto Senato n. 2284, Delega al Governo recante disposizioni per l'efficacia del processo civile, available at www.senato.it).

⁷⁵ More precisely, the Central Authorities are required to receive and process the return application within a six-week time limit, as do also the first instance court and the appellate court, respectively.

⁷⁶ European Parliament, Committee on Legal Affairs, Draft report on the proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), 2016/0190(CNS), 9 May 2017.

Second, the right of the child to express his/her view is expressly provided for in a specific common provision, namely the new Article 20, which obliges the authorities having jurisdiction under the Regulation to give the child the “genuine and effective opportunity” to exercise this fundamental right⁷⁷. In this regard, the Draft report on the Commission’s proposal of the European Parliament’s Committee on Legal Affairs has specified that the competent authorities “shall document their considerations in the decision”, in order to express the contents of their legal reasoning. Moreover, among the grounds of non-recognition, the reference to a decision rendered without the child having been given such an opportunity has been removed (new Article 38), with the consequence that only when the lack of hearing has not been duly motivated may the recognition of the decision be refused.

A possible critical feature of the new regime can however be found in the new template of the certificate concerning judgments on parental responsibility (Annex II). The judicial authority may in fact encounter some difficulties when filling out the certificate, as the questions regarding the opportunity of the child to be heard and the due weight given to his/her views now provide only for a positive answer. Also, one may question the choice not to introduce any kind of common standards or harmonisation regarding the procedures or the conditions for hearing the child during the legal proceedings, which has been stressed as a relevant improvement in ensuring the mutual recognition of decisions among the EU Member States⁷⁸.

Third, the jurisdictional competence to issue provisional measures is limited upon the courts of the Member State where the child or property belonging to the child is present (new Article 12). Consequently, the Recast has codified the relevant case law in this regard, given that domestic courts had indeed interpreted the former Article 20 as referring to measures to protect children in urgent cases. Moreover, in contrast to the existing regime, these measures shall not have local effect, but are able to “travel with the child”, i.e. “ceas[ing] to apply as soon as the authority of the Member State having jurisdiction (...) as to the substance of the matter has taken the measures it considers appropriate”⁷⁹. Particularly important is also the new wording in Article 12(1), which expressly obliges the authority that has taken protective measures to inform the authority that has jurisdiction as to the substance of the matter, in order to reinforce the means of co-operation between them. The new provision thus provides for a proper clarification of its scope of application and

⁷⁷ The hearing of the child is indeed a key issue in the context of the Brussels IIa Recast, to the extent that the Presidency of the Council has invited the Justice and Home Affairs Council “to hold a policy debate with a view to endorsing the policy approaches” on this matter (see Presidency of the Council of the European Union, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) – Policy debate, 9317/17, 19 May 2017, para. 8). The debate was held during the Council meeting on 8 and 9 June 2017 (see Council of the European Union, Outcome of the Council meeting Justice and Home Affairs, 10136/17, 8 and 9 June 2017).

⁷⁸ See Opinion of the European Economic and Social Committee on the “Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)”, pp. 46-50, para. 2.20.

⁷⁹ As provided in the new Article 12(1) of the Recast. This substantial innovation mirrors the provisions of the 1996 Child Abduction Convention, namely its Article 11.

introduces procedural obligations for domestic courts called upon to issue this kind of measures.

It is also worth mentioning that according to the Draft report on the Commission's proposal of the European Parliament's Committee on Legal Affairs, the provisional measures shall cease to apply not only as soon as the competent authority has taken the appropriate measures, but further "from the moment when said authority notifies those measures to the authority of the Member State in which the provisional measures were taken", thus adding a procedural obligation upon the authority having jurisdiction under the Regulation.

One final consideration relates to the choice not to amend Article 3 on general jurisdiction regarding matrimonial matters. Indeed, as the above-mentioned case law has shown (especially in the *Rapisarda v. Colladon* case), it is actually possible to misuse the alternative grounds of jurisdiction in order to initiate the legal proceedings before a more favourable court. Moreover, the application of the connecting factor of nationality (or domicile in the UK and the Republic of Ireland) envisaged in Article 3(1)(b) may occasionally result in establishing a lawful jurisdiction that, however, does not possess a sufficient factual link with the parties. While this may be acceptable for adjudicating matters on personal status, this would appear problematic for the purposes of the prorogation of jurisdiction over parental responsibility proceedings pursuant to Article 12 of the Regulation. Therefore, an amendment introducing a hierarchy between those grounds of jurisdiction (similar to Article 8 of Rome III Regulation), or removing some of them, may have been welcome from a practical point of view.

Abstract

When Italy Crosses the UK: An Overview of the Application of Brussels IIa Regulation in the Italian Legal Order

As the future UK's withdrawal from the EU will bear an unprecedented impact on the system of cross-border family disputes within the European area, this paper chooses to focus on some critical issues emerged from the Italian case law on Brussels IIa Regulation by analysing selected decisions rendered in cases between Italy and the UK. In this regard, the relevant provisions of the Regulation on both matrimonial matters and parental responsibility are dealt with. In addition, some final considerations on the Brussels IIa Recast proposal are provided in order to assess its prospective practical application.

Concetta Brescia Morra*

The Administrative Review of Decisions of the ECB in the Supervisory Field

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The legal basis and core characteristics of the administrative review in the SSM Regulation. – 3. The operating procedures of the ABoR. – 4. The “opinion” of the ABoR. – 5. The scope of the review. – 6. The administrative review of decisions taken by EU bodies in the financial sector: similarities and differences. – 7. The nature and the role of ABoR in the SSM.

1. The Single Supervisory Mechanism (SSM), established by Council Regulation (EU) No. 1024/2013 (hereinafter SSM Regulation)¹ conferred upon the European Central Bank (ECB) the responsibilities² for carrying out the supervision of the most important part³ of the Euro area banking system⁴.

* Associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Roma Tre e componente dell'Administrative Board of Review (ABoR) del Single Supervisory Mechanism. The opinions expressed in this article are solely those of the author and do not represent the official policy or position of the ABoR. I wish to thank for very useful comments André Camilleri, Raffele D'Ambrosio, Marco Lamandini, Marino Perassi, Jean-Paul Redouin, Roberto Virzo. I am, of course, solely responsible for any remaining errors.

¹ The legal basis of Regulation 1024/2013 is Article 127(6) TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union): “The Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, may unanimously, and after consulting the European Parliament and the European Central Bank, confer specific tasks upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions with the exception of insurance undertakings”.

² Regarding the problems posed by Article 127(6) as the legal basis for the SSM, see G. L. TOSATO, *The Legal Base of the Banking Union*, in M. MESSORI, E. BARUCCI (eds.), *The European Banking Union*, Perugia, 2014, pp. 23-31.

³ The banks in the participating countries are divided into two categories: “less significant banks” and “banks of significant relevance”. As a rule, the ECB is responsible for the supervision of “banks of significant relevance”, while the supervision of “less significant banks” lies with the national competent authorities. The significance is based on certain criteria: the size, the importance for the economy of the EU or any participating Member State, and the relevance of cross-border activities. Moreover, banks that have requested or received financial assistance from the European Stability Mechanism and the three most significant credit institutions in each of the participating Member States will fall within the remit of the ECB even if they do not meet the criteria for being considered “of significant relevance”. See F. GUARRACINO, *Role and Powers of the ECB and the EBA in the Perspective of the Forthcoming Single Supervisory Mechanism*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, pp. 184-210.

⁴ On the architecture of the Single Supervisory Mechanism and on the ECB's powers see F. CAPRIGLIONE, *European Banking Union. A Challenge for a More United Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, p. 5; R. D'AMBROSIO, *Due Process and Safeguards of the Persons Subject to the*

Given the concentration of power in the hands of a European institution vis-à-vis national banks, Recital 54 of the SSM Regulation provides that the ECB “should be bound in its decision-making procedures by Union rules and general principles on due process and transparency”.

To safeguard the rights of banks or other natural or legal persons that could be affected by the ECB’s decisions, the SSM Regulation provides a system for the review of the ECB’s decisions, and envisages the establishment of a new mechanism, in addition to traditional judicial remedies.

As laid down in the Treaties, the ECB is an institution of the Union as a whole and therefore its decisions are subject to the judicial review of the Court of Justice of the European Union (CJEU)⁵.

Moreover, the SSM Regulation provides for an internal administrative review of the ECB’s decisions. To carry out this internal review the Regulation requires the ECB to establish an Administrative Board of Review (referred to in this paper as the ABoR, the Board or the Administrative Board). The administrative review and its procedures are regulated by Article 24 of the SSM Regulation and by the ECB Decision of 14 April 2014 (ECB/2014/16)⁶.

This paper examines the core characteristics of the functioning of the internal administrative review carried out by the ABoR and highlights the differences between the ABoR and similar bodies that are already in place for reviewing deci-

SSM Supervisory and Sanctioning Powers, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia, No. 74, December 2013, Rome; ID., *The ECB and NCAs Liability within the SSM*, *ivi*, No. 78, January 2015; E. FERRAN, V. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, Paper No. 10/2013, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, March 2013; S. MICOSI, *Banking Union in the Making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, p. 80 ff.; C. BRESCIA MORRA, *The Evolution of Banking Supervision Architecture in Europe*, in R. VIRZO, I. INGRAVALLO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden, 2015, pp. 224 ff.; ID., *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, pp. 465 ff.; N. MOLONEY, *European Banking Union: Assessing Its Risks and Resilience*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1609 ff.; P. G. TEIXEIRA, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, in *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia, No. 75, March 2014, Rome; D. BUSCH, G. FERRARINI (eds.), *European Banking Union*, Oxford, 2015; L. DONATO, F. RECINE, *The Single Supervisory Mechanism. From the Building Stage to the Race Track*, in *XX Rapporto della Fondazione Rosselli sul sistema bancario italiano*, 2015, pp. 251-276; C. V. GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM). Legal Aspects of the First Pillar of the European Banking Union*, EPLO, Athens, 2015; M. LAMANDINI, D. R. MUÑOZ, J. S. ÁLVAREZ, *Depicting the Limits to the SSM’s Supervisory Powers: The Role of Constitutional Mandates and of the Fundamental Rights’ Protection*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d’Italia, No. 79, November 2015, Rome; E. WYMEERSCH, *The Single Supervisory Mechanism or ‘SSM’, part one of the Banking Union*, Working Paper Research, April 2015, No. 255; M. LAMANDINI, D. RAMOS, J. SOLANA, *The European Central Bank (ECB) as a Catalyst for Change in EU Law. Part 1: The ECB’s Mandates*, in *Columbia Journal of European Law*, 2016.

⁵ See the European Court of Justice judgment of 23 April 1986 affirming: “The European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty” (case C-294/83, *Les Verts v Parliament*, para. 23). See also judgment of 10 July 2003, case C-11/00, *Commission v European Central Bank*.

⁶ Decision of the European Central Bank of 14 April 2014 concerning the establishment of the Administrative Board of Review and its Operating Rules (ECB/2014/16).

sions of some European agencies. The scope of the internal administrative review is explored. The final paragraph proposes some reflections on the role of the Board in the decision-making process of the SSM, also in light of the remarks expressed by the General Court in the case *Landeskreditbank Baden-Württemberg Förderbank v ECB*⁷.

2. According to Article 24 of the SSM Regulation, any natural or legal person may request a review of a decision taken by the ECB in the exercise of the powers conferred on it by the SSM Regulation if that decision is addressed to that person, or is of a direct and individual concern to that person.

The request for review can be filed after the decision has been formally adopted by the ECB. The ECB decision-making process in the banking field is complex: the planning and execution of the tasks conferred on the ECB are undertaken by the Supervisory Board, which is set up under the SSM Regulation and which proposes to the Governing Council of the ECB a complete draft decision to be adopted by that body. The Governing Council does not formally ratify or approve the draft decision. The decision is deemed adopted unless the Governing Council objects to the Supervisory Board proposal within a period of ten days. The governance structure of the ECB in the banking field is due, on the one hand, to the need to provide tools to address potential conflicts of interest between monetary policy and banking supervision, and, on the other hand, to the regulatory constraints imposed by the Treaty which identifies the Governing Council as the only decision-making body of the ECB.

Therefore, according to the SSM Regulation, a request for review may be lodged with the ABoR when the ECB has adopted the decision (when the ten day non-objection deadline has passed) and the decision has been notified to the interested parties.

The ABoR shall express an opinion within two months from the receipt of the request, and remit the case to the Supervisory Board for the preparation of a new draft decision. The Supervisory Board shall take into account the opinion of the ABoR and shall promptly submit a new draft decision to the Governing Council. The initial decision is abrogated, and it is then replaced either by an identical decision or by an amended decision.

The review is without prejudice to the right to bring proceedings before the CJEU in accordance with the Treaties. No action may be brought before the Court of Justice against the opinion of the ABoR. If the applicant decides to appeal the decision of the Governing Council that is made after the ABoR has issued its opinion, the ABoR's opinion becomes public as part of the ECB's proceedings before the Court.

The structure of the ABoR as outlined by the European legislator highlights the aim of setting up a body composed of independent experts in the banking supervisory field.

The ABoR is composed of five members, who may be replaced by one of two alternates under certain conditions.

⁷ Judgement of 16 May 2017, case T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg Förderbank v European Central Bank*.

The members of the Administrative Board and the two alternates must be individuals of high repute who are Member State nationals and have a proven record of relevant knowledge and professional experience, including supervisory experience, to a sufficiently high level in the fields of banking or other financial services. The call for expressions of interest published in the starting phase by the ECB⁸ to select the members of the ABoR shows the importance that the ECB assigns to practical work experience in the field of banking supervision or of the operating mechanisms of the European institutions. Among the selection criteria, the call stated that, in addition to a very good knowledge of EU legislation in the banking field and of the operational aspects of the banking field, a distinct advantage for candidates was to have supervisory experience or a thorough understanding of EU institutions and EU decision-making processes, as well as other European and international processes of relevance to the activities of the ECB, and the SSM in particular. The specific professional skills required are of some importance in determining the scope of the administrative review of the ECB decisions, as I will show in the following paragraphs.

According to Article 24 of the SSM Regulation, the members are to act independently and “in the public interest”.

Rules are provided to ensure that the ABoR’s members are independent of the ECB (and of the national competent authorities) as well from potential applicants.

To ensure that the members are independent of the authorities, notwithstanding the fact that they are appointed by the Governing Council of the ECB, the Regulation provides that the members should not be current staff of the ECB, nor current staff of competent authorities or other national or Union institutions, bodies, offices or agencies that are involved in carrying out the tasks conferred on the ECB by the SSM Regulation. Moreover, Article 24 expressly underlines the fact that the members of the Board are not to be bound by any instructions from the ECB. This latter provision, along with rigorous procedural rules for how the ABoR functions, constitutes a substantial guarantee that the deliberations of the ABoR are free from potential interference from the ECB offices⁹.

To guarantee their independence from potential applicants, the members must make a public declaration of their commitments and a public declaration of interest indicating any direct or indirect interest that might be considered prejudicial to their independence or the absence of any such interest.

⁸ OJ CA 133/1, 1 May 2014.

⁹ See on this point M. LAMANDINI, D. RAMOS, J. SOLANA, *The European Central Bank (ECB) as a Catalyst*, p. 61, arguing that the ABoR falls short of having “institutional independence” because of the lack of binding powers over the ECB and the lack of “an appearance of independence”, given that the Board is part of the ECB’s structure. The authors make reference to the *Grande Stevens* case (judgment on the merits delivered by a Chamber, *Grande Stevens v Italy*) where the ECHR accepted that the members of the Italian securities commission (CONSOB) had subjective independence, but held that the fact that the investigative and decision-making units were branches of the same administrative body acting under the authority and supervision of a single chairman was not compatible with the requirements of impartiality. In my opinion, it is wrong to consider the ABoR as in any way “part of the ECB’s structure”, as would be the case with an internal office of an authority. The ABoR, contrary to what is highlighted in the case of *Grande Stevens* by the ECHR, is an organ of the ECB and not an office (a branch) of the ECB structure, and it does not act under the authority and supervision of the Supervisory Board or of the Governing Council.

3. Under the SSM Regulation, as implemented by the ECB's Decision (ECB/2014/16), the operating rules of the ABoR are typical of those of a judicial body. The procedure is clearly divided into two parts: the investigation phase, which includes the possibility of holding an oral hearing, and the deliberation phase.

Formalizing the proceedings into distinct phases and laying down strict procedural rules ensure that the right of due process is respected and that a truly independent assessment is made by the ABoR.

According to Article 6 of the ECB Decision (ECB/2014/16), the Secretary of the Board is the same as the Secretary of the Supervisory Board. "The Secretary shall be responsible for preparing the efficient examination of reviews, organizing the Administrative Board's pre-hearings and hearings, drafting the respective proceedings, maintaining a register of reviews and otherwise providing assistance in relation to the reviews". The choice of the same officer (and his staff, the Secretariat) as the Secretary to the ABoR and Secretary to the Supervisory Board has been questioned¹⁰, with the argument being made that there is a risk of a conflict of interest because the officer has prepared the adoption of the measure that is subject of the complaint. On this point it must be considered first that the proposal made by the Supervisory Board to the Governing Council is the result of a complex decision-making process that starts with a proposal from the competent offices of the ECB and is subject to discussion and assessments that are the sole responsibility of the Supervisory Board acting in its collegial capacity. The role of the Secretary is limited to assisting the Supervisory Board in this final decision-making stage. Secondly, the division of the proceedings before the ABoR into distinct phases, and specifically the crucial final stage when the Board's members discuss, with full autonomy, the substance of the case, ensure the independence of this body. It is worth mentioning that the whole of the ABoR process is documented in the minutes of meetings, which could be disclosed in court.

The investigation phase starts with the receipt of a notice of review from an applicant and ends after the oral hearing, if a hearing is called. On receipt of a notice the Chair must designate, from among the Board members, a rapporteur for the review taking into account the specific expertise of each member of the Board (Article 8 of ECB/2014/16). During the investigation phase the case rapporteur conducts the investigation and all the members of the Board examine in detail the admissibility of the review and the points raised by the applicant in the request.

During the investigation phase, the Board may ask for support from the ECB, including legal expertise (Article 6 of ECB/2014/16), and it may also ask for information from the national authorities that were involved in the ECB's decision-making process. During this phase the Board acquires much information as it can about the facts and rules applicable to the case, as necessary for a proper assessment. All the information and the opinions obtained are subjected to an evaluation during the decision-making phase. This evaluation is based on the knowledge and professional experience of the members of the ABoR, which includes a very good knowledge and understanding of EU legislation in the field of banking and other financial ser-

¹⁰ See L. DONATO, F. RECINE, above ft 4, p. 272.

vices, of the functioning of the banking sector and of supervisory procedures and judicial practice in the context of supervisory appeal procedures¹¹.

The first two points examined are the admissibility of the application and the need for suspension.

The Board first has to rule on the admissibility of the request, before examining whether it is legally founded. The request must be submitted by a natural or legal person to whom an ECB decision is addressed or for whom such a decision is of direct and individual concern¹².

Given that the rules about standing are the same as those provided by the Treaty for having a standing before the CJEU (Article 263(4) TFEU)¹³, the principles established in the case law of the Court are very important for defining the conditions for the admissibility of a request for review made to the ABoR. According to the case law of the CJEU¹⁴, a contested decision is of direct concern to an applicant if that decision directly affects the legal situation of the applicant¹⁵ or influences his or her material situation¹⁶ or has a foreseeable impact on his or her legal position¹⁷. According to the settled case law, a legal act of an EU institution or agency is of individual concern when it affects specific natural or legal persons by reason of certain attributes peculiar to them, or by reason of a factual situation that differentiates them from all other persons and distinguishes them individually in the same way as the addressee¹⁸.

Moreover, we have to take into account that, according to a well-established procedure of Union law, an applicant for relief must demonstrate that it has an interest in bringing proceedings, that is, it must show that it would benefit from a contested act being annulled or rescinded. The CJEU has consistently upheld that an interest in bringing proceedings is an essential and fundamental prerequisite for any legal proceedings¹⁹. Therefore, the interest in bringing proceedings could be

¹¹ See the call for expressions of interest for external experts to be appointed as members and alternates of the Administrative Board of Review of the European Central Bank (2014/C 133 in *OJ CA* 133/1, 1 May 2014).

¹² Article 24(5) of the SSM Regulation and Article 7 of the ECB Decision on the operating rules of the ABoR.

¹³ According to Article 263(4) TFEU, “[a]ny natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures”.

¹⁴ See case judgment of 15 July 1963, case 25/62, *Firma Plaumann & Co v Commission*. For an extensive commentary on the point, see A. WITTE, *Standing and Judicial Review in the New EU Financial Markets Architecture*, in *Journal of Financial Regulation*, 2015, pp. 1-37.

¹⁵ See judgment of 13 December 2000, case T-69/99, *Danish Satellite TV (DSTV) A/S (Eurotica Rendez-vous Television) v Commission of the European Communities*, para. 24.

¹⁶ See order of 21 September 2011, case T-346/10, *Borax Europe Ltd v European Chemicals Agency*, para. 46.

¹⁷ See judgment of 17 January 1985, case 11/82, *Piraiki-Patraiki and others v Commission*, para. 6.

¹⁸ See *Firma Plaumann*, para. 107; judgment of 25 July 2002, case C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores v Council*, para. 36.

¹⁹ According to the settled case law, the interest in bringing proceedings must exist at the stage of lodging the action (judgment of 20 June 2013, case C-269/12 P, *Cañas v Commission*, para. 15), it must, on that date, be vested and current (judgment of 26 February 2015, case C-564/13 P, *Planet AE Anonymi Etaireia Parochis Symvouleftikon Ypiresion v European Commission*, para. 34), it cannot be

considered to be an essential and fundamental prerequisite for an administrative review before the ABoR.

As in court proceedings, the ABoR's assessment is limited to the examination of the grounds relied upon by the applicant as set forth in the notice of review. By contrast, the Supervisory Board may take other elements into account in its proposal for a new draft decision (Article 17 of ECB/2014/16). This rule highlights the fact that the ABoR has a limited mandate: to review an ECB decision on request, limiting its review to the issues raised by the applicant. The ECB's position is different – it has to pursue the general objectives entrusted to it by the SSM Regulation in the exercise of its supervisory powers over banks; in the light of this, it can change its original decision on the basis of a new assessment of the case. The ABoR's role is not to replace or second-guess the ECB as a supervisory authority. Only a manifest violation of law, even if this was not highlighted in the request of the applicant, must be brought by the ABoR to the Supervisory Board's notice to protect the obligation of the administration to act legally.

The second point to be examined is the need for suspension. The ABoR may propose to the Governing Council that it suspends its contested decision, if the request for review is admissible and not obviously unfounded and the ABoR considers that the immediate application of the contested decision may cause irreparable damage. These are the typical conditions required to obtain an order of suspension of a contested measure from a judicial body. Because of its urgent nature, the decision for the contested decision to be suspended is the sole responsibility of the Governing Council. This is an important exception to the ordinary procedure, and shows, unquestionably, that the only decision-making body of the ECB is the Governing Council, even though the SSM Regulation chooses to assign a crucial role to the Supervisory Board in supervisory decisions, by laying down the non-objection procedure. The competence of ABoR to propose to the Governing Council to suspend the application of the contested ECB decision for the time of pending administrative review shows that this review function is a crucial element of the institutional balance within the SSM.

The types of evidence that can be brought before the Board during the investigation are typical of judicial proceedings. The applicant may request the ABoR's permission to adduce, in the form of a written statement, witness or expert evidence, and the ECB may request the Administrative Board's permission to call a witness or expert to give oral evidence at the hearing, but the permission will only be given if the ABoR considers it necessary for the just determination of the review. The Board has a broad discretion on the admissibility and evaluation of evidence.

A very important stage of the investigation phase is the oral hearing. Article 14 of the ECB Decision (ECB/2014/16) states that the ABoR may call for an oral hearing where it considers this necessary for the fair evaluation of the request; both the applicant and the ECB will be requested to make oral representations at such a hearing. The hearing is useful to give the applicant the opportunity to be heard by

assessed on the basis of a future, hypothetical event (judgment of 21 January 1987, case C-204/85, *Vasiliki Strogili v Court of Auditors of the European Communities*, para. 11), it must continue until the final decision (see *Cañas*, para. 15) and it must be proved by the applicant (opinion of Advocate general Mengozzi, delivered on 18 June 2015, case C-33/14 P, *Mory SA v European Commission*).

the ABoR and to allow the ECB to give a better explanation of the reasons underlying the contested decision. The hearing is a useful way to ensure that the principle of due process, established as a general principle of European law and constantly recalled by the SSM Regulation is followed. The hearing is not open to third parties, because of the confidentiality that covers all acts and proceedings before the Board. This character of the process is explained by the fact that the proceedings before the Board represent a phase of the decision-making process of the ECB and so are subject to the principle of confidentiality.

The second phase of the review is the deliberation phase, which starts immediately after the hearing and ends with the adoption by the ABoR members of an opinion. As underlined above, it is crucial that the deliberations, which include the conclusions reached on the request for review and the drafting of and voting on the opinion, are carried out by the ABoR with full independence. The ECB services do not participate in this final phase of the proceedings. The Board decides on the basis of a majority of at least three of its five members.

The many similarities between proceedings before the ABoR and those before a judicial body could lead to the conclusion that the ABoR could be classified as a “quasi-judicial” body. The non-binding nature of its decisions and the fact that its proceedings are a phase of the ECB’s decision-making process (a phase that could take place only in case of a request for review), however, should lead one to dismiss this classification. The procedural rules that replicate those for judicial decisions are imposed by the SSM Regulation merely to ensure a fair evaluation of the applicant’s rights.

4. As stated in para. 2, the ABoR’s opinions are not binding on the Supervisory Board or the Governing Council.

The non-binding nature of the ABoR’s opinions could be viewed as a weakness of the internal administrative review of ECB decisions. This solution is the result primarily of the political decision not to change the Treaty to create the SSM, and to respect the Treaty provisions that lay down that the Governing Council is the only decision-making body of the ECB. Therefore, it was not possible for the new body, not established by the Treaty but set up by a Regulation, to issue opinions that were binding on the Governing Council. We have to take into account the fact that the SSM has a complex decision-making structure: the Governing Council can object to a draft proposal of the Supervisory Board but cannot replace any proposal. Therefore, if the ABoR’s opinion were to be binding on the Supervisory Board it would, de facto, be binding on the Governing Council as well²⁰.

²⁰ One could argue that the EU legislator should have provided that the decision of the ABoR would be binding only the Supervisory Board, which plays a crucial role in the decision making procedure of the ECB in the supervisory field, while leaving the Governing Council (the only decision-making body of the ECB according to the Treaties) free to follow or not to follow the advice of the ABoR. See on this point C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Process and Procedure in EU Administration*, Oxford, 2014, p. 292, affirming that given the scale of the ECB’s new supervisory responsibilities and hence the likely large number of decisions, “the Supervisory Board resembles a ‘de facto agency’: one that is housed in the Bank but which will operate with a high degree of autonomy”. In my opinion this approach would also have resulted in a violation of the independence of the ECB because of the decision-making procedure established by the SSM Regulation. This Regulation provides a well-balanced procedural scheme that

Moreover, given the “independence” of the ECB and its special status as one of the European Union institutions, it is difficult to conceive of a body composed of “outside experts” binding the decision-making power of the Governing Council²¹. According to the Treaties, the decisions of the ECB can be challenged only before the Court of Justice of the European Union.

Although it is not binding, the ABoR opinion is a relevant step in the decision making process of the ECB because the Supervisory Board “shall take into account the opinion” of the ABoR (Article 24(7) SSM Regulation) and shall in any case promptly submit a new draft decision to the Governing Council. The opinion must propose whether the initial decision should be abrogated, replaced with a decision of identical content or replaced with an amended decision. In the latter case, the opinion should contain proposals for the necessary amendments (Article 16(2) ECB/2014/16). The new draft decision abrogates the initial decision. This means that the ABoR is part of the decision-making process of the SSM.

Moreover, the ABoR’s opinion “shall be notified to the parties” (Article 24(9) SSM Regulation) and, accordingly, if the parties affected by the ECB decision appeal the decision before the CJEU the arguments of the ABoR will be disclosed in court. The CJEU could consider the arguments of the ABoR as the assessment made by independent experts – that is the opinion of a body composed of people chosen by the ECB because of their “relevant knowledge and professional experience in the banking supervisory field”. The ABoR opinions seem to enjoy a status rather similar to ECB opinions adopted in relation to proposed Union legislation under Article 127(4) TFEU, of which the Court of Justice has stated that they are intended to ensure that the procedure for adoption of a EU legal act benefits from input by a body that “by virtue of the high degree of expertise that it enjoys, is particularly well placed to play a useful role in the legislative process envisaged”²².

In the judgement *Landeskreditbank v ECB* (case T-122/15), the General Court acknowledges the opinion of the ABoR “finding the ECB’s decision to be lawful” (para. 6). The judgement takes into account the arguments contained in the ABoR’s opinion on each claim raised by the applicant, as part of the decision making process of the ECB. For instance, in para. 34 the Court recalls “[a]s stated in para. 31 above, a reading of the contested decision, read in the light of the Administrative Board of Review’s Opinion, shows that the ECB considered that the application of the Article 70(1) of the SSM Framework Regulation could lead to the applicant’s not being classified as a significant entity” (on this point see more extensively para. 6). Therefore, the outcome of the “internal administrative review” carried out by the ABoR has not only purely preparatory and preliminary character in the decision-making process of the ECB.

confers on the Supervisory Board, which is composed of the representatives of the national competent authorities, responsibility for banking supervisory tasks, but then preserves the formal competence of the Governing Council to take decisions, by means of the non-objection procedure. With this scheme, under the hypothesis that the ABoR decisions bound the Supervisory Board, the Governing Council would have been de facto bound by the ABoR decisions.

²¹ See C. HARLOW, R. RAWLINGS, above ft 20, p. 294, who in commenting on the review procedure of the decisions of the ECB by the ABoR, say “[y]et another convoluted procedure in the face of the Bank’s entrenched constitutional position”.

²² *Commission of the European Communities v European Central Bank*, para. 110.

From the non-binding nature of the ABoR's final decision we can easily infer that it is not an adjudicative body, like a court.

5. The ABoR carries out an internal administrative review pertaining to “the procedural and substantive conformity with this Regulation” of the decision taken by the ECB in the prudential supervisory field (Article 24(1) SSM Regulation).

We have to examine whether this expression allows a broad interpretation of the powers of the ABoR and whether this body can carry out a review that is not merely an assessment of the legality of the ECB's decision.

The reference to “substantive conformity” implies that the ABoR's review is not limited to whether there was an infringement of an essential procedural requirement, which would primarily be the right of the addressee of the decision to be heard, the right of defence during the proceedings, and the duty of the ECB to provide adequate reasons for its decision (see Article 21 of the SSM Regulation on the “due process for adopting supervisory decisions”). The ABoR must also check that, in substance, the decision complies with applicable law, including the prudential provisions contained in the SSM Regulation. When the decision taken by the ECB involves a margin of discretion, the ABoR should respect “the margin of discretion left to the ECB to decide on the opportunity to take those decisions” (Recital 64 SSM Regulation).

To understand the limits on the scope of the ABoR's review it is useful to point to the CJEU's “limited standard of review”: where the Union Courts review the legality of a complicated “economic assessment” made by the Commission or another institution, and the institution concerned has a “broad discretion”, the review will be confined to whether the procedural requirements were complied with, whether the statement of reasons is sufficient, whether the facts were correctly set out; whether there was any manifest error of assessment, and whether there was a misuse of powers. In line with the case law of the Court of Justice, the role of the ABoR is to check the conformity of the ECB decision with Union law, having regard not only to procedural and legal principles, but also to the prudential provisions contained in the SSM Regulation²³. When the decision taken by the ECB involves a margin of discretion (for instance when a certain level of capital requirements is set for a bank), the ABoR is bound to limit its review to establishing whether the contested decision was vitiated by a manifest error or misuse of power and whether it clearly exceeded the bounds of the ECB's discretion.

The proceedings before the Board have an added-value. The specific knowledge and the experience in the field of banking supervision of the ABoR's members allow them to assess thoroughly and expertly whether the decision complies with the prudential rules; in other words, the ABoR offers a “well-qualified” assessment of the prudential aspect of the case underlying the supervisory decision.

Regardless of the letter of the law, we believe that the scope of the ABoR's review is not limited to assessing the conformity of the ECB decision with the SSM Regulation. The ABoR's mandate includes an evaluation of the legality of the ECB's decision according to Union law, and, where Union law is composed of directives, according to national legislation transposing those directives. The role of

²³ See the Annual Report of the ECB, *Banking Supervision*, 2016.

the ABoR in verifying the ECB's compliance with the general principles of EU law, such as those of equal treatment, non-discrimination, duty to state the reasons for a decision, and proportionality, is crucial²⁴. Most of these principles are expressly referred to in SSM Regulation (Recitals nos. 30, 58, 59, 81, 86; Articles 1(1) and 22(2)). Moreover, to consider the ABoR merely as a body with the limited mandate of assessing the conformity of the ECB's decisions with the SSM Regulation only would undermine the main purpose for which this body of internal review was established, which is to prevent the ECB from carrying out acts that are voidable in court. Recital 64 of the SSM Regulation explicitly states that the ECB should establish an Administrative Board of Review "for reasons of procedural economy".

6. The core characteristics of the ABoR are similar to those of other review or appeal bodies set up in the EU regulatory system to safeguard the rights of parties affected by European agencies. The first appeal board was set up within the Community Plant Variety Office (CPVO)²⁵. The scheme was reproduced in other regulations as a "standard" in cases where the agency has decision-making powers, in order to grant a right of appeal to interested parties to a board of appeal that should be part of the agency but independent of its administrative and regulatory structure. Other boards of appeal were established within the European Chemical Agency (ECHA)²⁶, the European Aviation Safety Agency (EASA)²⁷, the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM)²⁸, and the Agency for the Cooperation of Energy Regulation (AGER)²⁹. Two more appeal bodies were established in the financial sector: the Board of Appeal of the European Supervisory Authorities (ESAs)³⁰ and the Appeal Panel of the Resolution Board³¹.

To understand the nature and operational scope of these bodies it is very useful to review the established case law on the Board of Appeal for disputes relating to intellectual property rights, which was established in 2009. According to Recital 13 of Regulation 207/2009, this body is "necessary to ensure that parties who are affected by decisions made by the Office are protected by the law in a manner which is suited to the special character of trade mark law". An appeal may be brought

²⁴ A different opinion is expressed by E. WYMEERSCH, above ft 4, p. 55. He states that, because of the literal wording of Article 24(1) of the SSM Regulation, which limits the scope of the ABoR's review to the "procedural and substantive conformity with this regulation", other grounds, such as conformity with Union law in general, or unequal treatment, discrimination, lack of reasons or *ultra vires*, "would be excluded from the board's mandate".

²⁵ Council Regulation (EC) No. 2100/94 on Community plant variety rights.

²⁶ Council Regulation (EC) No. 1907/2006 concerning the registration, evaluation, authorization and restriction of chemicals (REACH) establishing a European Chemical Agency.

²⁷ Council Regulation (EC) No. 216/2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency.

²⁸ Council Regulation (EC) No. 207/2009 on the Community trade mark; the board of appeal is composed of five commissions.

²⁹ Council Regulation (EC) No. 713/2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators.

³⁰ According to Recital 58 Regulation (EU) No. 1093/2010, "it is necessary to ensure that the parties affected by decisions adopted by the Authority may have recourse to the necessary remedies. To protect effectively the rights of parties, and for reasons of procedural economy, where the Authority has decision-making powers, parties should be granted a right of appeal to a Board of Appeal".

³¹ Regulation (EU) No. 806/2014.

before the Board of Appeal against a decision taken by the OHIM. As in the case of the ABoR, the idea behind the establishment of a Board of Appeal is the creation of a system for the review of administrative decisions by people with specific expertise in the field. The Board is independent, and in its decisions the members are not bound by any instructions. The department whose decision was appealed is bound by the *ratio decidendi* of the Board of Appeal. Actions may be brought before the Court of Justice against decisions of the Board of Appeal (Article 65 Regulation 207/2009). This means that, prior to initiating proceedings before the Court of Justice, the affected party is required to appeal the decision of the Office before the Board of Appeal. As the decision of the Board of Appeal is ascribed to the Office, it is an integral part of the Office, so that the Office has no right of Appeal against a decision of the Board³². Therefore the Board cannot be regarded as being a “court or tribunal”³³.

Similarly, in the cases of the authorities established in the financial sector, namely the Board of Appeal of the ESA’s (hereinafter the BoA of the ESAs) and the Appeal Panel of the Resolution Board, the members of the bodies are independent of the authorities (Article 59 Regulation 1093/2010, Article 85(2), Regulation 806/14) but the authorities are bound by their decisions (Article 85(8) Regulation 806/2014). In order to contest a decision taken by the Board of Appeal or the Appeal Panel, the parties may file an appeal before the CJEU.

All these review and appeal bodies set up to safeguard the rights of parties affected by a decision of a Union agency or authority are similar as regards their composition, the independence of their assessment and their procedural rules.

Each of these bodies is composed of people with relevant knowledge and professional experience³⁴. The members are “independent” from the authority whose decision they review and, possibly, revise, and are not bound by any instructions from the agency or authority³⁵.

Regarding their procedural rules, the boards have a short period of time within which to make their decisions; the decision is adopted on the basis of a majority of the members; there is the possibility of holding a hearing with the parties; and the decisions/opinions expressed are to be reasoned. One important difference regards the disclosure of the outcome of the proceedings. In the case of the boards of appeal of the European agencies mentioned above the decisions “shall be made public”; in contrast, the opinion of the ABoR shall be “notified to the parties”, but not made public. The proceedings of the ABoR shall be confidential unless the Governing

³² See See K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, para. 20.09. In the *Vedial* case, the Court held that the Office was not entitled to ask the Court to alter or annul a contested decision of the Board of Appeal (judgment of 12 December 2002, case T-110/01, *Vedial SA v Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, paras. 16-25).

³³ See judgment of 12 December 2002, case T-63/01, *Procter & Gamble Company v Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, para. 20.

³⁴ There is one difference, which is in the number of the members of the board: five member and two alternates for the Administrative Board of Review and for the Appeal Panel, and six members and six alternates for the BoA of ESAs.

³⁵ See on this point M. LAMANDINI, D. RAMOS, J. SOLANA, above ft 9, p. 61, who underline that Article 58(5) ESAs Regulation provides limits to the ESAs power to remove the members of the Board of Appeal; neither Article 24 of the SSM Regulation nor Article 85 of the Regulation 806/2014 stipulate express rules for removal.

Council authorises the President to make the outcome of the particular proceedings public (Article 22(2) of the ECB decision of 14 April 2014)³⁶. Given that the proceedings before the ABoR are part of the decision making process of the ECB, the confidentiality of the process before the ABoR and of its opinion is justified by the confidentiality that applies to all acts of the ECB as a supervisory authority (Article 27 of the SSM Regulation on professional secrecy). The duty of confidentiality also protects the interest of the applicant in not having “non-public” information on its financial situation or on its relationship with the supervisory authority disclosed. Given legal limits to the publication of the ABoR’s opinions, in developing legal precedents, it could be useful to publish the established interpretations (extracted from the opinions) of the Board on the application of the SSM rules, provided that confidential information is not disclosed.

Important differences can be highlighted between the ABoR and the appeal boards described above. We focus our attention on the differences existing between the ABoR and the BoA of ESAs and the Appeal Panel of the Resolution Board (namely the authorities established by the EU legislator to review the decisions of authorities in the financial sector).

First, the European legislator has chosen different names: Board of Appeal, Appeal Panel and Administrative Board of Review. The use of the word “appeal” highlights the intent to refer to a “quasi-judicial” body, while the name of the ABoR leaves no doubt that it is an administrative body; it carries out an internal review and therefore it cannot be regarded as a court.

It is questionable whether the object of the review represents a difference between these Boards. While the SSM Regulation clearly states that the objective of the review is to assess the procedural and substantive conformity of the ECB decisions with the law, Regulations 1093/2010 and 806/2014 are more ambiguous about the object of the review by the BoA of the ESAs and of the Appeal Panel. The latter Regulations expressly state that “if the appeal is admissible, the Board of Appeal shall examine whether it is well-founded” (Article 60(4) Regulation 1093/2010 and Article 85(7) Regulation 806/2014), without specifying whether the board is to carry out an assessment concerning the legality or the merits of the decision. Considering that the BoA of the ESAs and the Appeal Panel can only confirm or remit the decision to the relevant agency, which then has to take a new decision, the reviews by these two boards seem limited to questions of legality. The boards cannot carry out a full examination on the merits, or they would then be exercising the same powers as the agency³⁷. Moreover, an express reference to the scope of the

³⁶ The members of the ABoR and the alternates shall be subject to the professional secrecy requirements laid down in Article 37 of the Statute of the ECB even after their duties have ceased (Article 22(1) of the ECB Decision of 14 April 2014).

³⁷ See A. WITTE, above ft 16, p. 20. The author argues that “the purpose of this limitation to remittance is presumably to safeguard the competent body’s discretionary powers” and states that the assessment made by the Board of Appeal is limited to questions of law. A different opinion is expressed by P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Specialized Adjudication in EU Administrative Law: The Boards of Appeal of EU Agencies*, in *European Law Review*, 2015, p. 846. These authors claim that the boards of appeal of the ESAs and of the SRM “can review the legal and technical correctness as the merits of the first decision in the light of the specific points raised by the claimants”. As was made clear above, the scope of the review carried out by the BoA of OHIM is completely different since it, according to the Court

review is contained in the rules regarding the composition of the board, where it is clarified that “the Board of Appeal shall have sufficient legal expertise to provide expert legal advice on the legality of the Authority’s exercise of its powers” (Article 58(2) Regulation 1093/2010 and Article 85(2) Regulation 806/2014). According to the above analysis, we do not see a substantial difference between the objectives of the reviews of the ABoR, as described in para. 5, and those of the reviews carried out by the BoA of ESAs and the Appeal Panel of the Resolution Board. All these bodies carry out reviews to check the substantive conformity with the law of decisions³⁸ by the authorities³⁹.

There is no doubt, however, that there is an important difference between the final outcomes of the proceedings. The ABoR issues non-binding opinions to the ECB, while the BoA of ESAs and the Appeal Panel issue decisions that are binding on the relevant authorities.

The decisions of the BoA of ESAs and of the Appeal Panel bind the authorities that have taken the decision. If they do not confirm the decision that is being appealed, the BoA and the Appeal Panel, as mentioned above, “remit the case to the competent body” of the authority and that body must adopt an amended decision regarding the case, in compliance with the board’s directions. On the basis of these provisions, there is the right of appeal before the Court of Justice of a contested decision taken by the BoA or the Appeal Panel or, where there is no right of appeal to the BoA or the Appeal Panel, by the authority⁴⁰.

In contrast, the ABoR “expresses an opinion” that does not bind the ECB. Accordingly, only the ECB’s decision could be appealed before the CJEU. As already mentioned above, however, the opinion shall propose whether the initial

of Justice “is called upon to carry out a new full examination on the merits” if necessary by exercising the same power as the agency (see judgment of 16 March 2005, case T-112/03, *L’Oréal SA v Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, paras. 36-37).

³⁸ According to Regulation 806/2014 the review of the Appeal Panel is limited to certain decisions issued by the Resolution Board, specifically referred to in Article 85(3).

³⁹ See E. WYMEERSCH, *The European Financial Supervisory Authorities or ESAs*, in E. WYMEERSCH, K. J. HOPT, G. FERRARINI (eds.), *Financial Regulation and Supervision. A Post-Crisis Analysis*, Oxford, 2012, p. 295, affirming that the appeal of the Board of Appeal of ESAs would cover different grounds, including a misjudgement on the substance, allowing the Board to re-evaluate the arguments underlying the decisions in the light of applicable EU law. “So for example, could the review be extended to whether the appealed measure is protecting the interests of investors which is essentially a policy issue based on the general objectives in the regulation”.

⁴⁰ The wording of the rules does not make it clear whether the appeal to the board is a precondition for judicial review. On the one hand, Article 61(1) Regulation 1093/2010 states that “[p]roceedings may be brought before the CJEU in accordance with Article 263 TFEU, contesting a decision taken by the Board of Appeal or, in case where there is no right of appeal before the Board of Appeal, by the Authority”, while on the other hand Article 61(2) points out that “Member States and the Union institutions, as well any natural or legal person, may institute proceedings before the Court of Justice of the European Union against decisions of the Authority, in accordance with Article 263 TFEU”. See M. LAMANDINI, *The ESAs’ Board of Appeal as a Blueprint for the Quasi-judicial Review of European Financial Supervision*, in *European Company Law*, 2014, p. 293, who considers that the administrative internal remedy of making an appeal should be exhausted by the parties as a condition to filing a request for judicial review before the Court of Justice, considering that this interpretation of the rules is consistent with the principle that administrative recourses should be exhausted, and it is probably advisable for reasons of procedural economy, so that the proceedings which are instituted before the CJEU are filtered in the best way. The same opinion is expressed by A. WITTE, above ft 16, pp. 21-22.

decision should be abrogated, replaced with a decision of identical content or replaced with an amended decision. In the latter case, the opinion should contain proposals for the necessary amendments (Article 16(2) ECB/2014/16).

In conclusion, the difference between reviews by the ABoR and reviews by the BoA of ESAs and the Appeal Panel does not concern the scope of the review or its intensity, but only the nature of the act concluding the review, and its ability to be legally binding on the body that issued the decision appealed. This latter difference can be explained by the special status of the ECB under the European Treaty. The ECB is not an agency established through with an EU Regulation, like the ESAs or the Resolution Board, but an institution established by the Treaty, and it enjoys a high degree of independence. Although banking supervision is a different task (conferred on the ECB with a Regulation) from monetary policy function, which justifies the special status of the ECB established by the Treaties, in absence of a revision of the Treaties it seems difficult to see how the ECB's decisions can be subject to adjudicative review by an organ other than the Court of Justice⁴¹.

7. We can conclude that the ABoR is an organ of the ECB because it is part, albeit only following a request by a third party, of the decision-making process of the ECB.

The General Court judgment in case T-122/15 seems to share this interpretation. The Court concluded that “in so far as the contested decision ruled in conformity with the proposal set out in the Administrative Board of Review’s Opinion, it is an extension of that opinion” (para. 127). Moreover the Court deem the ABoR’s opinion of great importance in order to assess the plea of the appellant regarding the infringement by the ECB of the obligation to state reasons. Para. 125 of the judgment upholds “in the present case, the ABoR’s Opinion is part of the context of which the contested decision forms part and may therefore, be taken into account for the purpose of determining whether that decision contained a sufficient statement of reasons”. Then the Court concludes that the explanations contained in the ABoR’s opinion may be taken into account for the purpose of determining whether the contested decision contains a sufficient statement of reasons.

The ABoR’s is an administrative body and cannot be regarded as a court or a tribunal, even if the operating procedure adopted is “quasi-judicial”⁴². The administrative role of the body is expressly acknowledged by the Regulation in the name “Administrative Board of Review”, and in the description of the body as being “for the purposes of carrying out an internal administrative review of the decisions taken

⁴¹ *Ivi*, p. 34.

⁴² Other similar bodies, such as the boards of appeal set up for European agencies, are also ambiguous in their nature or are considered to apply non-judicial remedies, according to most scholars. See P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, above ft 37, p. 832 ff.; M. LAMANDINI, above ft 40, p. 290, states that the BoA of the ESAs displays “quasi-judicial functions ensuring internal enforcement of the rule of law within the Authorities and a final administrative review process for appeals relating to the ESAs decisions”. On this point see also W. BLAIR, *Board of Appeal of the European Supervisory Authorities*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series, No. 2012-30. The author, without taking a position on the judicial or administrative nature of these appeal boards, states that the Board of Appeal of the ESAs “is not a supervisory or policy committee. It is an appeal board with an adjudicative function”.

by the ECB in the exercise of the powers conferred on it by this Regulation” (Article 24(1), SSM Regulation).

The scope of reviews by the ABoR is not limited to procedural matters: the ABoR can consider the merits of the ECB’s decisions. When the decision involves a margin of discretion, the review is confined to ascertaining that the facts have been accurately stated and that there has been no manifest error of assessment and no misuse of power.

The ABoR’s opinions may be considered as self-standing instruments, and hence not limited to the use as preparatory or preliminary documents, foreseen by the EU law to perform an autonomous function: to indicate to the Supervisory Board, the Governing Council and to the applicant the outcomes of the independently undertaken administrative review.

The aim of the ABoR is, on the one hand, to offer to parties who are affected by the ECB’s decision, and who argue that the decision was taken in violation of the law, an additional occasion to be heard and to defend their rights before a body composed of independent experts. It is a complementary remedy to the judicial one. Moreover, the administrative review presents the advantage⁴³ of being completed within a short time, without affecting the time for an appeal before the Court of Justice⁴⁴, and at low cost⁴⁵. On the other hand, the ABoR’s review protects the interests of the public administration of operating in full compliance with the law and not implementing acts that are voidable in court.

Abstract

The Administrative Review of Decisions of the ECB in the Supervisory Field

The paper examines the administrative review of the ECB decisions in the banking supervisory field. In the first paragraphs the core characteristics of the functioning of the internal administrative review carried out by the Administrative Board of Review (ABoR) are described. The paper highlights the differences between the ABoR and similar bodies that are already in place for reviewing decisions of some European agencies. The final paragraph proposes some reflections on the role of the Board, also in light of the remarks expressed by the General Court in the case *Landeskreditbank Baden-Württemberg Förderbank v ECB* of 16 May 2017. The ABoR is an administrative body and cannot be regarded as a court. It is part of the decision-making process of the ECB.

⁴³ See C. HARLOW, R. RAWLINGS, above ft 20, p. 294. The authors welcome the establishment of the ABoR considering the ECB’s new found engagement with market actors, especially given the delay and the cost associated with proceedings in the Court of Justice of the European Union.

⁴⁴ After the end of the administrative proceedings before the ABoR, the Governing Council takes a new decision, even if identical to the decision appealed, which guarantees the applicant the right to a period of two months within which to appeal to the Court.

⁴⁵ See the guide to the costs of the review, on the ECB website.

Francesco Cherubini*

The Principle of Equality among Member States of an International Organisation and Its Exceptions: The Peculiar Case of the European Union

SUMMARY: 1. Interpreting differences through the lens of equality. – 2. The cardinal points of the method propounded here: A) the reference to a “subjective” unequal cooperation is only possible within the EU. – 3. The cardinal points of the method propounded here: B) the correlation between rule and exception and the resulting incidence of flexibility. – 4. “Static” geography of unequal models. – 5. The dynamics of differentiation: A) enhanced cooperation as the general mechanism of flexibility. – 6. The dynamics of differentiation: B) The special mechanisms of flexibility. – 7. Concluding remarks.

1. Some expressions – not found exclusively in academic literature – are commonly used in order to give a generic outline to a certain phenomenon: that of differentiating the position of some Member States of the European Union (EU), in specific areas of cooperation devolved to it. Among these expressions¹, a number of them – it has been noted – belong “more appropriately to political science”² and thus, it might be added, highlight aspects unsuited, from the perspective of legal theory, to depict the phenomenon *de quo*. Other expressions, such as “differentiated or flexible integration”, “differentiated application” and “enhanced cooperation”, even though they originated in legal discourse, are not used in literature in a single

* Ricercatore a t.d. di Diritto dell’Unione europea nella LUISS “Guido Carli” di Roma.

¹ G. L. TOSATO, *Per un rilancio dell’Europa – Le ragioni della flessibilità*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2007, p. 14, indicates the following: a “multi-speed”, “multi-track”, “à la carte”, “concentric circles” Europe; or “groups of stronger integration”, “*avant-gardes*” and “directories”. On this point see also D. THYM, ‘*United in Diversity*’: *the Integration of Enhanced Cooperation into the European Constitutional Order*, in P. DANN, M. RYŃKOWSKI (eds.), *The Unity of the European Constitution*, Berlin, 2006, p. 357, I. INGRAVALLO, *Cooperazione rafforzata*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, IV, 2007, p. 455, B. MARTENCZUK, *Enhanced Cooperation: the Practice of Ad Hoc Differentiation in the EU Since the Lisbon Treaty*, in *Studia diplomatica*, 2013, p. 83.

² M. CONDINANZI, *L’integrazione differenziata nell’ambito dell’Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, 2015, p. 405 ff., esp. p. 414 (translation added).

sense, as has recently been highlighted³. The purpose of the present contribution is to provide a possible way out of this “labyrinth semantic”⁴, using some categories already provided by the law of international organisations.

In particular, it is necessary to look⁵ at the relationship which exists between rule and exception: as will become clear later (see below, § 7), through this lens it is possible to appreciate the full interpretative potential of the phenomenon under examination when oriented toward the process of European integration. In other words, the inclusion of these differentiating regimes in the theoretical relationship between rule and exception, not only explains its juridical rationale, but highlights its capacity to comprehend the current phase of European integration in comparison with the spirit that gave the impetus to the beginnings of it.

The immediate perception is that the rule to which these regimes are an exception is a cornerstone of the law of international organisations: the principle of equality of members⁶. According to it, “the rules of the organisation” set “identical rights and obligations for all the members” or, at least, “the existence of these rights and obligations depend on concrete situations, which are identical for all members”⁷. Thus, this principle entails full formal equality among members of the international organisation, therefore precluding the creation of separate classes of members exonerated from observing some provisions of the constitutional act (or those deriving from it), or to be privileged in any other way.

This principle is not always rigorously applied, “as it is often subject to derogations or exceptions, that may result in a differentiation in the *status* of member of a given organisation”⁸. There are various examples (see below) and they are all linked to the “practical necessity of taking into account the different conditions and situations pertaining to some States compared to the others that are party to an international organisation”⁹.

It is not easy to identify the general categories that gather, coherently and exhaustively, all the cases of differentiation offered by the law of international organisations. A general distinction may be drawn in relation to (1) the cases that regulate the participation of Member States in the activities of the organisation and (2) the cases that exclude one or more members from some of these. The distinction lies in the condi-

³ P. FOIS, *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 25 ff., esp. pp. 26-30.

⁴ The expression is by J. MARTÍN, P. DE NANCLARES, *La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 1998, p. 205 ff., esp. p. 210.

⁵ In the terms defined by F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, 1978, p. 506.

⁶ On this point, we refer to the analysis of J. WOUTERS, *Constitutional Limits of Differentiation: The Principle of Equality*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen, 2001, p. 315, who clearly links the principle of equality to the mechanisms of differentiation. On the principle of equality among EU Member States see K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Advanced Integration and the Principle of Equality of Member States within the European Union*, in C. KADDOUS, A. AUER (eds.), *Les Principes Fondamentaux de la Constitution Européenne*, Bruxelles, 2006, p. 245 ff.

⁷ M. DECLEVA, *La qualità di membro delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto internazionale*, 1964, p. 187 ff., esp. p. 221 (translation added). In the same direction, J. WOUTERS, above, ft 6, pp. 320-321.

⁸ M. DECLEVA, above, ft 7, p. 221 (translation added). In reality, more and more frequently deviations from the principle of equality appear in the law of international organisations: see J. KOKOTT, *States, Sovereign Equality*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2011, p. 71.

⁹ M. DECLEVA, above, ft 7, p. 221 (translation added).

tion that, in the first case, *all Member States* agree in entrusting the pursuit of common objectives to the international organisation they have created or they are participating in (even though the ways in which this is achieved are different for each member); in the second case, *some Member States* waive this obligation, being thus excluded from some activities of the international organisation to which they are a party.

For this reason, the first category can easily be excluded from the field of analysis. The principle of equality is not subject to an exception, in the strict sense: it is indeed accommodated according to various factual elements, attesting to their substantial diversity. Take, for instance, the very widespread practice of unequal contributions to the financing¹⁰ of an international organisation, that responds to the reasonable need to take into account the different contributing capacities of Member States. A more delicate situation (concerning full respect of the principle of equality¹¹) can be observed in those cases in which the greater weight of some Member States is due to geopolitical balances (as regards the composition of the organs and the right to vote¹²) or in which the peculiar position of some “entities” of the international community influences their membership (as is the case of associated or affiliated members¹³). Finally, derogations are certainly to be included in this category: those of a general character, such as Article XX of the General Agreement on Tariffs and Trade¹⁴; those for specific categories of States, such as Article XI(2) of the founding treaty of the World Trade Organization, concerning the so-called least developed countries¹⁵; or those *ad personam*, such as the outdated case of Switzerland in relation to Article 16 of the Covenant of the League of Nations¹⁶.

For our purposes, the analysis of the category *sub* (2) is more interesting: it demonstrates a radical break with the principle of equality. The very foundation of the associative phenomenon is excised: that “aim to cooperate in order to achieve a common interest among various subjects of international law”¹⁷. Among international organisations, the examples of this category are to be found almost

¹⁰ See T. INGADÓTTIR, *Financing International Institutions*, in J. KLABBERS, Å. WALLEND AHL (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, 2011, p. 108 ff.

¹¹ See the considerations by J. WOUTERS, above, ft 6, p. 316, in relation to the mechanism of weighted voting in the European Union.

¹² Cf. P. PUSTORINO, *Lo status di membro delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 141 ff., esp. p. 170, who reports the examples of the United Nations Security Council (where some Member States “enjoy a permanent seat (...) and the power to cast a veto in votes on non-procedural matters”) or some monetary institutions (such as the International Monetary Fund, the Agency for International Development, the International Finance Corporation, the International Bank for Reconstruction and Development), where some members “because of the subscription for high contributions (...), enjoy various privileges” (translation added). See also K. D. MAGLIVERAS, *Membership in International Organizations*, in J. KLABBERS, Å. WALLEND AHL (eds.), above, ft 10, p. 84 ff.

¹³ P. PUSTORINO, above ft, 12, pp. 171-2.

¹⁴ On this point see P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell’Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 321, and P. C. MAVROIDIS, *The General Agreement on Tariffs and Trade: A Commentary*, Oxford, 2005, p. 225.

¹⁵ The example is authored by P. PUSTORINO, above, ft 12, p. 170.

¹⁶ M. DECLEVA, above, ft 7, p. 221.

¹⁷ A. DEL VECCHIO, *Analisi introduttiva ed evoluzione storica del fenomeno dell’organizzazione internazionale*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), above, ft 12, p. 20 (translation added).

exclusively in the European Union¹⁸ (in which other examples belonging to the first category also exist¹⁹). The rationale of this “originality” is fairly straightforward: the intensification, at the same time, of the deepening and widening of the process of European integration has led to the (nearly absolute) necessity to introduce new elements of differentiation, some of which have inevitably had an impact on the principle of equality. Thus, some States enjoy the privileges of a low profile in some areas in order to preserve their more conservative positions without precluding the possibility of other States to deepen their cooperation within the EU. Ultimately, it is clear that, the more both the number of competences devolved – even only partially – to the Union and Member States grow, the bigger the necessity to consider specific needs will be, even adopting instruments affecting the principle of equality.

It may seem a paradox that in the “new legal order”²⁰ the elements conflicting with the principle of equality are rather frequent: in reality, the uniqueness of this system – on its level of autonomy and the broadness of the competences devolved to it, as well as especially the method used by its institutions to exercise its competences – constitutes the explanation of the continuous seeping that has increased with the recent EU enlargements²¹.

It is not by chance that the most evident forms of neglect of the principle of equality happened in conjunction with the first and most ambitious step forward in the deepening process (the Treaty of Maastricht) and have been intensifying with further developments of the widening process²²: they have represented, thus, in the ever more “crowded” revision processes, an easier way out in the search for a compromise among States that are more or less opposed to the strengthening of the EU.

Therefore, the final outcome of this phenomenon is a highly varied panorama where different and frequently complex mechanisms are applied only to a number of Member States less than the totality. It seems to us that this should form the starting

¹⁸ Beyond the EU, a possible example is the position held by Bahamas in the Caribbean Community (CARICOM), concerning the rules on the common market: they are excluded because they have not ratified the second version (2002) of the Chaguaramas Treaty.

¹⁹ Take, for instance, the financing of the EU (see U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., pp. 217-220), the weighted voting system (*ibidem*, pp. 170-174). There are many examples relating to derogations: general ones (such as the one envisaged in Article 107(2)(b) TFEU, which allows State aid “to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences”); sectoral ones (take the peculiar regime, envisaged in Part IV TFEU, concerning overseas countries and territories; or transitional regimes normally envisaged in the treaties of accession to the Union: see also ft 36); *ad personam* (such as the one envisaged in Protocol No. 32 for Denmark on the acquisition of second homes; or, finally, in Protocol No. 20, for which see ft 41). A particular derogation is envisaged in Protocol No. 30 to the Treaties, according to which Poland and the United Kingdom benefit from a differentiated position, whose essential part is contained in Article 1(2) (“nothing in Title IV [Solidarity] of the Charter creates justiciable rights applicable to Poland or the United Kingdom except in so far as Poland or the United Kingdom has provided for such rights in its national law”) and it is aimed at reducing the impact of solidarity rights on the two States at hand: see C. BARNARD, *The ‘Opt-Out’ for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Berlin, 2008, p. 257, and M. ZRNO, *Protocol on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and the United Kingdom: a Polish Perspective*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2010, p. 293 ff.

²⁰ Judgment of the ECJ of 5 February 1963, case 26/62, *Van Gend & Loos*, p. 12.

²¹ In this sense see also J. KOKOTT, ft 8 above, p. 74.

²² See also M. CONDINANZI, ft 2 above, p. 411.

point: whatever the definition of the phenomenon *de quo*, the most likely final result is an unequal cooperation *ratione personae* in EU law. Going beyond the reasons that may have determined the creation of such mechanisms – reasons that we have mentioned earlier –, the interest of the jurist lies in the way in which they operate²³. We shall dedicate the following pages to it and to the possible classification of the mechanisms that may stem from it.

2. If the unequal “subjective” cooperation in EU law is nothing more than an exception to the principle of equality of Member States, it is also possible to speculate that it operates through mechanisms that may: A) exist only inside the legal order of the interested organisation²⁴; and B), be classified according to the various patterns of the relationship between rules and exceptions and to the flexible ways, through which this relationship may “evolve”.

As far as the first statement is concerned, it is a direct consequence of the point of view assumed here: that there is no point of contact between, on one hand, the forms of cooperation developed by the members of an international organisation outside of its legal system and, on the other hand, the equality that, normally, characterises the participation of all members to the same legal order. The principle under examination, in fact, is valid only among the members of an international organisation (such as the EU, despite its unconventional characteristics). Therefore, those members who decide to further their cooperation are surely not, out of the association, bound to the principle of equality (even though, of course, they are obliged to be faithful to the pact of the organisation, and thus unable to conclude agreements on the “outside” which may be in conflict with it).

The recourse to the traditional methods of agreement, and not to those specifically provided by the European Union, is somehow in antithesis to the very logic of the association: to cooperate “outside” means to celebrate the failure, at least partially, of the cooperation instruments that have been conferred on the EU or, even, to observe the intention of some Member States not to entrust the organisation with cooperation instruments in certain areas. In this regard, the Schengen Agreements are emblematic: although some Member States believed that the abolition of checks at internal borders was a necessary step toward the achievement of one of the objectives of the then European Economic Community, the strong opposition of other Member States to devolve the cooperation in such a delicate matter has precluded the possibility for the EU to function within its traditional legal instruments. This is why we believe that in these cases it is not possible to speak properly of an exception to the principle of equality: here, equality *as a rule* fades because it is valid only when we operate inside the Union. Therefore, speaking of an exception does not make much sense any more.

One may object that this argument is purely formalistic since the final outcome is, in the end, the same: some Member States develop cooperation in areas somehow connected to the competences of the European Union (but outside of it), while others are excluded from it. In reality, however, the “place” of cooperation is absolutely crucial: the equality exists in connection with the results obtained with a specific method (the “community” one), and thus the establishment of a more intense coop-

²³ *Ibidem*, p. 414.

²⁴ In literature, this statement is quite contentious: see, *ex multis*, A. CANNONE, *Integrazione differenziata (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, 2013, pp. 336-337. In reality, some authors do acknowledge its atypical nature: M. CONDINANZI, ft 2 above, p. 435.

eration outside of the EU law constitutes a remarkable difference (compared to establishing it within the EU) in terms of the production of acts, their effects and the type of jurisdictional control that is exercised upon them²⁵ – just to mention the most salient characteristics of that method.

In effect, even where external cooperation adopts some characteristics of the “community” method, this always happens in a very timid and dubious way through compliance with EU law, and in particular with the principle of conferral, as Villani has underlined²⁶, criticising the position upheld by the Court of Justice in the *Pringle* case²⁷. After all, to testify that cooperation inside the EU is seen very differently from the “external” option – and that, therefore, only inside it, it is possible to theorise about a category of unequal cooperation –, we only need think about the surgical nature in which the “community” method is excised in those particularly “delicate” areas which are, however, entrusted to competences of the Union. Again, the case of the Schengen Agreements is emblematic: when, thanks to the Treaty of Amsterdam, they and their *acquis* were incorporated in the law of the Community and the Union, the new competences toward which the whole Schengen system was directed were entirely associated with the intergovernmental method (of the former Third Pillar) or with a mitigated version of the “community” method (in Title IV of the Community Treaty where, among the cuts, there was the almost complete exclusion of the Court of Justice from the exercise of a full preliminary ruling on secondary legislation, both on interpretative or legitimacy questions)²⁸.

3. After excluding the possibility of adopting a form of exception to the principle of equality happening outside of EU law, it is necessary to focus on the natural place where this could happen. Recalling the formulation that had been already put forward in doctrine²⁹, the instruments through which a differentiation in the field of cooperation can be established may be classified starting from the “static” rule – the principle of equality – and from how it might be represented in the dynamics offered by the Treaties, in particular those aimed at introducing the mechanisms of flexibility.

Excluding these mechanisms, there remain two “static” hypotheses: the Treaties either don’t differentiate (*equal model*) or do differentiate (*unequal model*). The first hypothesis constitutes the rule, descending from the principle of equality, the second is the exception, as it is the breaking point of the rule and of the principle which constitutes its basis.

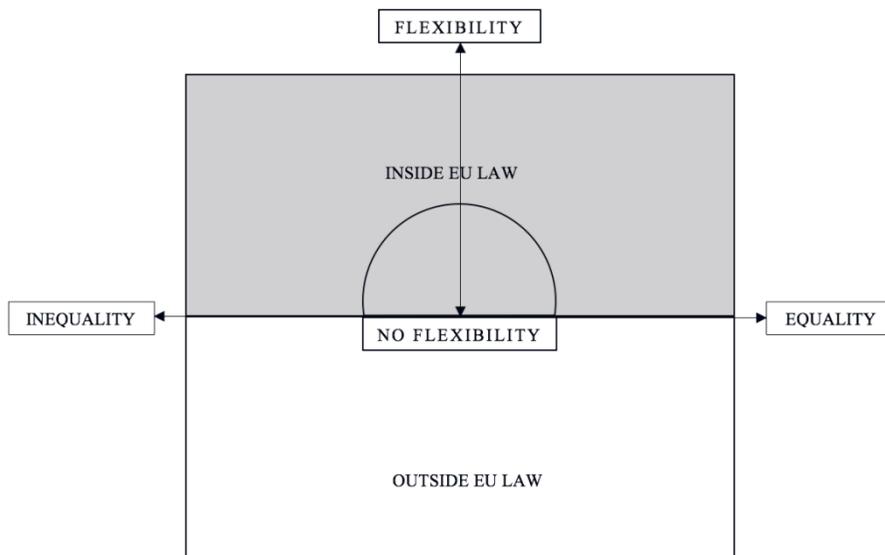
²⁵ Moreover, as affirmed by M. CONDINANZI, *ibidem*, cooperation, external to the framework of the UE, “can bring an advantage, from the point of view of the States, under various aspects, as, for instance, the avoidance of the mandatory and executive effect of the decisions of the Commission and of the Court of Justice, as well as the compulsory involvement of the European Parliament” (translation added).

²⁶ U. VILLANI, above, ft 19, p. 415: “The special agreement competence of the ECJ may be established upon the conditions requested by Article 273 TFEU. First of all, the dispute must involve EU Member States, and then disputes regarding third States or international organizations are excluded. Article 37(3) of the Treaty establishing the European stability mechanism does not seem to respect this condition inasmuch as it gives to the ECJ (...) also a competence on disputes between a EU Member State and the ESM, which is neither a State nor a member of the Union” (translation added).

²⁷ Judgment of the ECJ of 27 November 2012, case C-370/12, *Thomas Pringle v. Government of Ireland and Others*.

²⁸ On this point, allow us to refer to our *Asylum Law in the European Union*, London, 2015, pp. 143-146.

²⁹ M. CONDINANZI, above, ft 2, pp. 414-416.



Where the Treaties do not allow for the possibility of dynamically changing the “static” data, then this is also *rigid*: in other words, it is so where there is no room (except, obviously, with a revision of primary law) for deviation from the rule or from the exception. On the contrary, when the Treaties give Member States the possibility to achieve results differing from what, respectively, the rule and the exception impose, we have *flexible* models. This flexibility acts differently according to the area in which it operates: consequently, we have different flexibility mechanisms with a general character, while the others will be “dedicated” to specific areas of the Treaties; some of them may have an “extension” reduced to a single legal act or wider, according to the case. It is in light of this scheme that we will attempt to classify all the hypotheses in which unequal cooperation happens (or may happen) in EU law.

4. Ever since the Treaty of Maastricht, for the above mentioned reasons, some hypotheses of unequal cooperation have been introduced into primary law (especially, in the Protocols to the Treaties). What prevails is, clearly, the rule (namely: all Member States participate). Today the following sectors involved in the phenomenon under examination are³⁰: the Economic and Monetary Union (EMU); the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ); the Common Foreign and Security Policy (CFSP), with limitations and implications in the defence sector. These are, as will be seen (below, § 6), *flexible* declinations of the unequal model of cooperation: therefore, for each of them, the envisaged mechanism may change, dynamically, the static data.

³⁰ The Treaty of Maastricht introduced an additional case of unequal application (which was, moreover, rigid) determined by the Protocol on social policy: it excluded the United Kingdom from the area in which the agreement applied, as an annex to the Treaties on social policy (concluded between the Member States of the European Community which excluded the United Kingdom). This differentiation has since faded with the Treaty of Amsterdam, which definitively introduced a competence of the (at that time) Community in the area of social policy in the Treaties, today envisaged in Article 151 ff. TFEU.

As far as the first is concerned, the United Kingdom and Denmark did not take part in the third stage of the EMU, “that has irrevocably fixed the conversion rates of the first eleven Member States (...) and the implementation of a single monetary policy in the euro area under the responsibility of the European Central Bank (ECB)”³¹. In virtue of, respectively, Protocols nos. 15 and 16, the non-involvement of these two States in the euro area means their exclusion from the development of some related competences³²; in other words, they do not share with those Member States whose currency is euro this field of cooperation, at least in the framework of the EU³³. To the two aforementioned States, one must add the derogating States: temporarily, those do not take part in the third stage because they are not yet able to satisfy the so-called convergence criteria³⁴. For this reason, Article 139(4) TFEU excludes them partially from the EMU, in which they institutionally do not participate. Compared to these already mentioned measures³⁵, in fact, the aforementioned rule provides that “[the] voting rights of the Council representing Member States with a derogation shall be suspended”³⁶.

A more complex situation concerns the AFSJ, in which the differentiated positions concern Denmark as well as the United Kingdom and Ireland. All three of them do not take part in the cooperation set out in Title V (third part) of the TFEU, but their single positions are not entirely alike: in the first place, as we can see (below, § 6), the mechanisms of flexibility are not the same for the three States at issue; moreover, already in the “static” stage, there are several techniques of exclusion and the exten-

³¹ M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La politica economica e monetaria*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, III ed., p. 276 ff., at p. 298 (translation added).

³² The legislative technique used changes, however, case by case: in the case of the United Kingdom, Protocol No. 15 apart from comparing it to a derogating State (namely, a State that has not yet satisfied the convergence criteria necessary for its “admission” in the euro area), pushes it further, avoiding it to be subject to other rules (such as, for instance, Article 126(1), according to which: “Member States shall avoid excessive government deficits”, whereas Protocol No. 15, para. 5, 1st subparagraph, is satisfied that the United Kingdom “shall *endeavour to avoid* an excessive government deficit”, emphasis added). On the other hand, in the Danish case, Protocol No. 16 (para. 1) fully equates it to a derogating State, except for para. 2 restricting the activation of the procedure for the abolition of the derogation to the only hypothesis in which it is activated by Denmark itself (see below, para. 6).

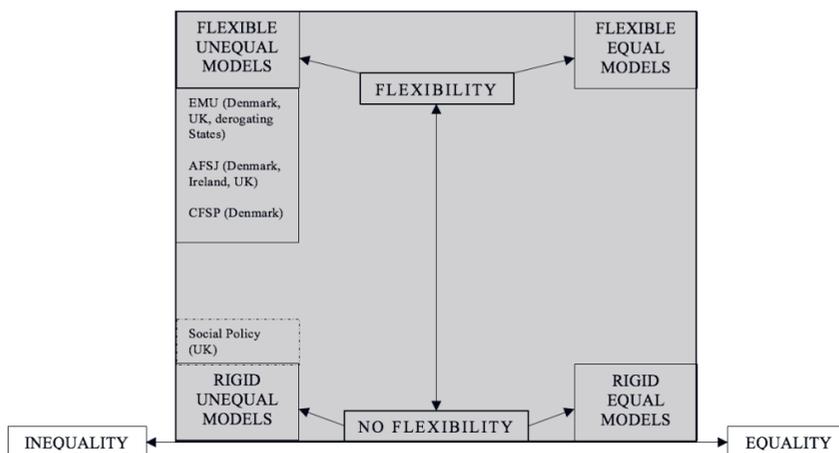
³³ For instance, Denmark participates in the Treaty on stability, coordination and governance in the EMU, the so-called Fiscal Compact, adopted outside of the institutional framework of the European Union.

³⁴ See M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, above, ft 30, p. 299. In reality, as is noted by the author herself (*ibidem*), among the derogating States (Bulgaria, Croatia, Poland, Czech Republic, Romania, Sweden, Hungary), there is one State (Sweden) which, to accommodate a certain discontent about the abandonment of the national uniform, has wilfully decided not to meet one of the convergence criteria.

³⁵ Listed in Article 139(2) TFEU, to which those mentioned in letters a) and b) of para. 4 of the same provision must be added.

³⁶ And this is one of the main reasons which differentiate unequal cooperation from derogations (see ft 19). To give but one example, the transitional rules provided in the treaties of accession to the Union which also produce the temporary effect of excluding the acceding State from the application of some measures *do not also exclude it* from the decisions on further developments of the same or similar measures: e.g. Regulation (EU) No. 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014, establishing rules for the surveillance of external sea borders in the context of operational cooperation coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, which, notwithstanding the fact that it belongs to the areas affected by the accession transitional regime, has been adopted significantly with the participation of the States under derogation (see voting result, 3313th meeting of the Council (General Affairs), 13 May 2014, Brussels).

sion in the latter. Denmark “shall not take part in the adoption by the Council of the proposed measures”³⁷ in the area examined, even though the point needs to be clarified: that Denmark cooperates with other States (and not only those) of the Union, in the same area, *at the level of international law*³⁸; that its position becomes aligned again for the “measures determining the third countries whose nationals must be in possession of a visa when crossing the external borders of Member States” and for the “measures relating to a uniform format for visas”³⁹. Similarly, the United Kingdom and Ireland “shall not take part in the adoption by the Council of proposed measures” pursuant to named Title V⁴⁰, but their position is, if possible, even more remote: here, in fact, they do not recognise, as Denmark does, any form of cooperation, at least in international law, as they are not parties to the Schengen Agreements (as certified by Protocol No. 20⁴¹); only Ireland takes part in the adoption of one of the measures envisaged in Title V, and precisely the one contained in Article 75 TFEU⁴².



³⁷ See Article 1, Protocol No. 22 on the position of Denmark. Of course, as specified by Article 3 of the same Protocol, Denmark “shall bear no financial consequences of measures” in which it does not take part “other than administrative costs entailed for the institutions”.

³⁸ It is not necessary to recall that, other than flexibility accorded to Denmark in these fields (see below, para. 6), it already participates in the 1985 Schengen Agreement and in its 1990 Implementing Convention, as ordinary international treaties.

³⁹ See Article 6, Protocol No. 22.

⁴⁰ Article 1, Protocol No. 21. Like Denmark (see ft 37), where excluded from a measure under Title V, the United Kingdom and Ireland shall bear “no financial consequences ... other than administrative costs entailed for the institutions, unless all the members of the Council, acting unanimously after consulting the European Parliament, decide otherwise”. The difference is due, clearly, to the possible connection between a measure in which the United Kingdom and/or Ireland do not participate and one in which they participate, unlike Denmark, at the level of the European Union, thanks to the respective mechanisms of flexibility (see below, para. 6).

⁴¹ Protocol No. 20 on the application of certain aspects of Article 26 of the Treaty on the functioning of the European Union to the United Kingdom and Ireland keeps the common external borders between these two States, for other members of the European Union, while it excludes the abolition of controls at internal borders.

⁴² These are “administrative measures with regard to capital movements and payments, such as the freezing of funds, financial assets or economic gains belonging to, or owned or held by, natural or legal persons, groups or non-State entities”.

Finally, an exclusion regarding a specific area of the CFSP applies, to Denmark alone, that of the elaboration and implementation “of decisions and actions of the Union which have defence implications”, in the area of Articles 26(1) and 42-46 TEU⁴³. Here as well, just like in the other hypotheses of unequal cooperation, the State concerned “shall not be obliged to contribute to the financing of operational expenditure arising from such measures, nor to make military capabilities available to the Union”.

5. As has already been mentioned, it is necessary to add, to the static hypotheses, the mechanisms that render them flexible since they either introduce elements of inequality in an equal framework, or elements of equality in a unequal framework.

The general mechanisms of flexibility, introduced by the Treaty of Amsterdam, go under the name of “enhanced cooperation”, generally disciplined in Article 20 TEU and, in more detail, in Articles 326-334 TFEU. As is well known, these are procedures that allow for a certain number of Member States (at least nine) to develop the Union’s competences (more concretely: to adopt a legal act, such as a regulation) in an area in which there would not be any possibility of attaining the same result⁴⁴, keeping the regime of equal cooperation.

The other limit, affecting the number of participating members, is *ratione materiae*, because according to said Article 20(1) enhanced cooperation can be established “within the framework of the Union’s non-exclusive competences”. In other words, the Treaties exclude that the main departure from the equal model may be established, where a significant number of States is absent and, above all, in those areas where, since the objectives of the EU cannot be realised other than by instruments integrally pertaining to its legal order, it is *in re ipsa* the inadequateness of enhanced cooperation to “further the objectives of the Union, protect its interests and reinforce its integration process” (as is mentioned again in Article 20(1) TEU).

Another requirement, perhaps of a more political nature⁴⁵, is that enhanced cooperation be open to all Member States and be used in *extrema ratio*, when all other means to follow the principal legal highway (equal cooperation) is ineffective⁴⁶. In these conditions, principally the former, we find the whole heterogeneity of the reasons that may induce some States to contemplate further developments in EU law. The Court of Justice, when it gave its view on Italy and Spain’s complaints against the Council’s decision to authorise twenty-five Member States to proceed with enhanced cooperation in the area of unitary patent protection⁴⁷ – where Article 118(2) TFEU requires Council unanimity (seeing that the objection of Italy and Spain to the act on which the twenty-five members had found an agreement impeded

⁴³ See Article 5, Protocol No. 22.

⁴⁴ This happens because in the most plausible hypothesis, in which there is qualified majority voting in the Council, nine members, even expressing more than 65% of the population (the nine members with higher quotas might reach slightly less than 80%), do not attain the (necessary) majority of the minimum number of Member States, currently fixed at sixteen.

⁴⁵ Also M. CONDINANZI, above, ft 2, p. 418, speaks of a “substantial (relative) incontestability” (translation added) of the authorising decision by the Council on this point.

⁴⁶ To complete the framework of the requirements, Article 326 TFEU states: “Any enhanced cooperation shall comply with the Treaties and Union law. Such cooperation shall not undermine the internal market or economic, social and territorial cohesion. It shall not constitute a barrier to or discrimination in trade between Member States, nor shall it distort competition between them”.

⁴⁷ Decision 2011/167/UE of the Council, 10 March 2011, authorising enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection.

the adoption of the act) –, broadly interpreted the needs that may justify the recourse to enhanced cooperation. The impossibility to reach uniformly specific objectives “may be due”, according to the Court, “to various causes, for example, lack of interest on the part of one or more Member States or the inability of the Member States, who have all shown themselves interested in the adoption of an arrangement at Union level, to reach agreement on the content of that arrangement”⁴⁸.

There are two types of procedures envisaged: one for the implementation of enhanced cooperation and another for the participation of other members in enhanced cooperation which is already underway. It is interesting to note an apparently obvious absence: the Treaties do not contemplate the possibility to exit established enhanced cooperation. This means that they certify the irreversibility of the process which begun with enhanced cooperation⁴⁹, even though it is a deviation from the equal cooperation and it is, in a certain sense, still at the margins of the Union’s legal order⁵⁰. After all, it involves the very same logic of the enhanced cooperation as a temporary solution, adopted in the instance that all Member States adhere to it, formally reintroducing the equality rule.

The general rule provides for a process where all “political” institutions are involved, in a balance which does not differ much from a (special) legislative procedure: the Commission may bring the proposal of interested Member States to the Council, that finalises it (with a qualified majority), after the approval of the European Parliament⁵¹.

⁴⁸ Judgment of the Court of 16 April 2013, joined cases C-274 and 295/11, *Kingdom of Spain and Italian Republic v. The Council of the European Union*. That the Council, in the authorisation of the enhanced cooperation, in connection with these two conditions, enjoys very broad discretion, is emphasised by the arguments of the Italian defence (para. 44).

⁴⁹ In this sense also M. CONDINANZI, above, ft 2, p. 420. In the literature, some authors have hypothesised that a State party to enhanced cooperation may be excluded from it, but “only in exceptional cases in which it is believed that one or more substantial requirements have disappeared irreparably”: see A. CANNONE, above, ft 24, p. 351 (translation added).

⁵⁰ Among other things, this happens because “[a]cts adopted in the framework of enhanced cooperation shall bind only participating Member States. They shall not be regarded as part of the *acquis* which has to be accepted by candidate States for accession to the Union” (Article 20(4) TEU). And even because, according to Article 332 TFEU, “[e]xpenditure resulting from implementation of enhanced cooperation, other than administrative costs entailed for the institutions, shall be borne by the participating Member States, unless all members of the Council, acting unanimously after consulting the European Parliament, decide otherwise”.

⁵¹ Until now, the Council has authorised only four enhanced cooperation cases: see Council Decision 2010/405/EU, of 12 July 2010, authorizing enhanced cooperation in the area of applicable law to divorce and legal separation, which initially included Austria, Belgium, Bulgaria, France, Germany, Italy, Latvia, Luxemburg, Malta, Portugal, Romania, Slovenia, Spain and Hungary (note that the provisions on which the enhanced cooperation was requested demands unanimity in the Council: see Article 81(3) TFEU), to which successively Lithuania, Greece and Estonia “adhered”; the quoted decision 2011/167/EU (see fn 47), which initially included twenty-five of the then twenty-seven members (all of them, excluding Spain and Italy, which (only the latter) however joined afterwards; Council Decision 2013/52/EU, 22 January 2013, authorising enhanced cooperation in the area of financial transaction tax, which currently includes only the original proponents (Austria, Belgium, Estonia, France, Germany, Greece, Italy, Portugal, Slovenia, Slovakia, and Spain); and Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016, authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the 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, which also includes only the original proponents (Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic,

An entirely predictable variation is imposed in the area of CFSP and of judicial cooperation in criminal law. As is well known, here procedural profiles undergo some significant variations, as these matters are not entirely given over to the “community” method, because they are deeply influenced by the traditional intergovernmental method or by its heritage⁵².

The second procedure participation in previously established enhanced cooperation follows along the same direction as the first, with the difference between the general hypothesis (that disciplines *also* cooperation established in the criminal field) and the hypothesis of the CFSP. In the first hypothesis, the Commission⁵³ decides or, if required⁵⁴, the Council (again, with a qualified majority but, obviously, including only those members already taking part in the enhanced cooperation⁵⁵), while the European Parliament is excluded; in the second, its decision-making function is maintained by the Council (voting with the unanimity of participating members), which has the duty to consult the High Representative (whereas the Commission is only informed of a request to participate).

6. In the CFSP, there are some special mechanisms of flexibility, that differ from enhanced cooperation⁵⁶, and that may lead to a rupture within the principle of equality. The first example is the so-called qualified abstention, set out in Article 31 TEU⁵⁷: this is a compromise to prevent one or more “dissenting” Member States, on Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Malta, Netherlands, Portugal, Slovenia, Spain, and Sweden).

⁵² In the CFSP, the procedure almost entirely excludes the European Parliament, eliminates the Commission’s power to initiate measures, which is “retrieved”, together with the High Representative, with a consultative role instrumental to the final decision of the Council, which is voted unanimously. The solution adopted in the judicial cooperation on criminal matters is more unusual still (previously, it may be remembered, included in the Third Pillar, characterised by an almost entirely intergovernmental method): see Articles 82(3) and 83(3) TFEU.

⁵³ For the decisions adopted until now, see fn 51.

⁵⁴ The Council may be called upon by the appealing State only after the Commission, having already considered that the conditions of participation have not been met and, consequently, having indicated to the said State the measures to adopt, has opposed a second refusal. See Article 331(1), 3rd subparagraph, TFEU.

⁵⁵ See Article 331(1), 3rd subparagraph, TFEU, which refers to Article 330 TFEU, which, in order to calculate the qualified majority, refers again to Article 238(3) TFEU. We do not believe the decision of the Council attached to Declaration No. 7 to be applicable: in fact, by recalling only Article 16(4) TEU and Article 238(2) TFEU, it refers only to the voting in which all Member States participate.

⁵⁶ The nature of the CSFP (and the consequences it has on the procedural level) is the reason that most probably has induced States to introduce a variance in enhanced cooperation.

⁵⁷ “When abstaining in a vote, any member of the Council may qualify its abstention by making a formal declaration under the present subparagraph. In that case, it shall not be obliged to apply the decision, but shall accept that the decision commits the Union. In a spirit of mutual solidarity, the Member State concerned shall refrain from any action likely to conflict with or impede Union action based on that decision and the other Member States shall respect its position” (Article 31(1), 2nd subparagraph, TEU). As far as we know, the option has been used only once, by Cyprus, in occasion of the adoption of the Common action 2008/124/CFSP by the Council, 4 February 2008, concerning the mission of the European Union on the rule of law in Kosovo (EULEX Kosovo). Cyprus has motivated its abstention (see Council Secretariat Communication, CM 448/08, 4 February 2008) as follows: “1. Cyprus recognises the European Union’s responsibility to contribute to and, to the extent possible, ensure the stability of the Western Balkans. Cyprus also respects the wish of its partners for an active engagement of the European Union in Kosovo. 2. In line with its commitment to the role of the UN Security Council and the latter’s primary responsibility for the maintenance of international peace and security, Cyprus has consistently argued for an explicit decision of the UN Security Council for the EU mission in

the one hand, from blocking required unanimity while, on the other, being bound by the decision taken by the Council. The procedure is much simpler here since, to obtain the described effect, the abstaining State (or the abstaining States, if there is more than one) has (or have) the sole duty to motivate its/their choice. Indeed, in this case too, minimum participation is required, similar to what happens in the case of enhanced cooperation: “If the members of the Council qualifying their abstention in this way represent at least one third of the Member States comprising at least one third of the population of the Union, the decision shall not be adopted” (Article 31(1), 2nd subparagraph). In other words, in the case under examination the minimum threshold of “participating” States (namely: the States voting in favour or, at least, not adding a formal motivation to their abstention) must be greater than two-thirds, representing more than two-thirds of the population of the European Union: respectively, 19 States and 66,66% of the population. After all, in this scenario, the insufficient number of States having the intention to “change speed” is fully justified by the higher procedural simplicity, without considering that, otherwise, this would make less “solid” the outcome, set out in the said Article 31(1), 2nd subparagraph, according to which the decision “binds” the Union.

Two other examples may be found, more specifically, in the Common Security and Defence Policy (CSDP): they go hand in hand with enhanced cooperation which – it is worth underlining – is always possible to establish, following the rules generally held as valid for the CFSP⁵⁸. These are two intertwined mechanisms, whose reach is fairly limited and that, in reality, are in a sort of limbo between a true exception and the derogation hypothesis⁵⁹: indeed, they aim to entrust the *execution* of specific decisions taken by the Council in the area of CSDP exclusively to some Member States while excluding others. In particular, the decisions at hand give birth to the so-called Petersberg Tasks which, introduced by the Treaty of Amsterdam, are currently regulated in Article 43(1) TEU, both in the civilian and in the military sphere⁶⁰. For their execution, Article 42 envisages some possible differentiations *ratione personae*: in para. 5, that hypothesises the recourse to a restricted number of Member States that reach an agreement (according to Article 44, to which Article 42(5) refers) *in a situ-*

Kosovo. 3. Notwithstanding its firm views, especially on the question of the legal basis for the involvement of the European Union in Kosovo, and any possible future implications in terms of international law, Cyprus has decided not to hinder the decision of the Council to adopt the Joint Action on the EU Rule of Law Mission in Kosovo. 4. In a constructive spirit of loyalty and mutual solidarity, the Government of Cyprus has arrived at the above decision which is without prejudice to any future decisions on EU action in similar matters and without prejudice to the status of Kosovo. 5. The Government of the Republic of Cyprus would therefore like to inform partners that for the above reasons, it has decided to invoke the provisions of the first subparagraph of paragraph 1 of Article 23 TEU”. According to Article 41(2), 2nd subparagraph, TEU, “[a]s for expenditure arising from operations having military or defence implications, Member States whose representatives in the Council have made a formal declaration under Article 31(1), second subparagraph, shall not be obliged to contribute to the financing thereof”: that is exactly what happens to Cyprus in the described case (see B. POHL, *EU Foreign Policy and Crisis Management Operations*, Abingdon, 2014, p. 91).

⁵⁸ See, on this point, P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 407.

⁵⁹ See, above, especially ft 19.

⁶⁰ They include “joint disarmament operations, humanitarian and rescue tasks, military advice and assistance tasks, conflict prevention and peace-keeping tasks, tasks of combat forces in crisis management, including peace-making and post-conflict stabilisation”. The provision clarifies that the fight against international terrorism may be included among the objectives of the missions.

ation of the establishment of one of the missions *de quibus*; in para. 6, which, on the other hand, recalls Article 46 and the mechanisms, contemplated hereby, of a structured and permanent collaboration to which the Council can most likely⁶¹ turn to for the development of similar missions (but only in their military dimension).

The requirements for the establishment of the first form of cooperation are set out in Article 44 TEU which, as already mentioned, is recalled by Article 42(5): interested States must be willing and have the civil and military capability to be in charge of such a task; the assessment of these requirements occurs (presumably) in the Council when, upon a proposal of the High Representative, it shall unanimously decide to establish the task. As has been demonstrated, there is no sign of one of the fundamental conditions prescribed for the enhanced cooperation mentioned above: here, primary law does not envisage a minimum number of Member States, and, consequently a civil or military task established pursuant to Article 42 may involve less than nine members. After all, there is no sign of the other requirements either: above all, there is no reference to the *extrema ratio* criterion, characterising the enhanced cooperation⁶².

The circumstances do not vary much in the case of permanent structured cooperation, though there are some remarkable differences. Here as well, the organs checking the existence of the more stringent⁶³ substantial requirements are the High Representative (only upon consultation) and the Council, which (with a qualified majority, upon a proposal of the States involved) decides whether or not to establish the cooperation under examination. Here as well, there is no mention of a minimum number of participating States or of the other typical requirements of the enhanced cooperation. Since this is a form of permanent cooperation, primary law regulates its dynamics, too: it allows participation of other Member States at a later stage⁶⁴; moreover, it introduces an absolute novelty into the panorama of equal flexible models, that is its reversible character. Article 46 TEU makes two assumptions on this point: in one of these, the initial substantial conditions for one or more States disappear (para. 4⁶⁵) while, in the other, a somehow more surprising assumption is that one or more of them wishes “to withdraw” from the permanent structured cooperation (para. 5⁶⁶). While in the first hypothesis the Council retains a form of control, in the

⁶¹ See, again, P. MENGOCZI, C. MORVIDUCCI, above, ft 58, pp. 420-423.

⁶² These are the main reasons that support the denial of an exceptional nature of such hypotheses, in the sense mentioned above (para. 1).

⁶³ See Protocol No. 10 on permanent structured cooperation established by Article 42 TEU, on which we refer to A. HAMONIC, *La coopération structurée permanente: un dispositif procédural de trop?*, in *Revue de l'Union européenne*, 2014, p. 269 ff.

⁶⁴ Article 46(3) TEU: “Any Member State which, at a later stage, wishes to participate in the permanent structured cooperation shall notify its intention to the Council and to the High Representative. The Council shall adopt a decision confirming the participation of the Member State concerned which fulfils the criteria and makes the commitments referred to in Articles 1 and 2 of the Protocol on permanent structured cooperation. The Council shall act by a qualified majority after consulting the High Representative. Only members of the Council representing the participating Member States shall take part in the vote”.

⁶⁵ “If a participating Member State no longer fulfils the criteria or is no longer able to meet the commitments referred to in Articles 1 and 2 of the Protocol on permanent structured cooperation, the Council may adopt a decision suspending the participation of the Member State concerned. The Council shall act by a qualified majority. Only members of the Council representing the participating Member States, with the exception of the Member State in question, shall take part in the vote”.

⁶⁶ “Any participating Member State which wishes to withdraw from permanent structured cooperation shall notify its intention to the Council, which shall take note that the Member State in question has

second, withdrawal is *ad nutum*, as is clearly stated in the rule according to which the Council “shall take note that the Member State in question has ceased to participate”.

The range of flexibility mechanisms of unequal cooperation, in the three cases briefly described in § 4 (EMU, AFSJ and CFSP), is to some extent more complex.

The position of “non-aligned” States in the EMU may cease, but the procedure changes according to each case. For those under derogation, the rules set out in Article 140 TFEU are still valid: verification that the convergence criteria are respected is fundamental for the adoption of the euro, and this verification is made upon a request of the interested State or, simply *automatically*, every two years. Reports by the Commission and by the European Central Bank follow, and finally the decision of the Council, which decides after a consultation with the European Parliament and a debate in the European Council. As far as the United Kingdom and Denmark (which are almost entirely equated to derogating States) are concerned, the procedure is the same, but its activation depends *exclusively* on the willingness of the two States⁶⁷: this is set out respectively in Protocol No. 15 (para. 9) and in Protocol No. 16 (para. 2).

The framework envisaged for the AFSJ is far more complex: it is worth recalling that it establishes also a derogation right for the United Kingdom and Ireland, which, as non-participating States in the Schengen system, are excluded from the abolition of border checks (at least until the related Protocol shall not undergo any modification)⁶⁸.

As far as the mechanisms of flexibility are concerned, they change from State to State. Denmark, according to Article 4(1) of Protocol No. 22, may decide to “accept” a measure to build upon the Schengen *acquis*: in that case, the aforementioned measure “will create an obligation *under international law* between Denmark and the other Member States bound by the measure”⁶⁹. However, the State in question does not benefit from similar mechanisms of flexibility for all the measures included in Title V that do not pertain to the Schengen system: for these measures, the only chance, other than definitively waiving the Protocol on this issue⁷⁰, is a traditional agreement, that was used to extend the regulations of Dublin II and EURODAC⁷¹ to Denmark.

ceased to participate”.

⁶⁷ See the clarification in fn 34.

⁶⁸ See fts 19 and 41.

⁶⁹ Emphasis added.

⁷⁰ Thus Article 7, Protocol No. 22, disposes. Actually, the very same Protocol, trying to make the position of Denmark more flexible, especially in conjunction with measures in Title V not regarding the Schengen *acquis* (see ft 69), envisages a very peculiar solution. According to Article 8 (1), “Denmark may, in accordance with its constitutional requirements, notify the other Member States that, with effect from the first day of the month following the notification, Part I [that concerns right Title V] shall consist of the provisions in the Annex”. This sort of more-than-simplified revision (it is worth remembering that, according to Article 51 TEU, “[t]he Protocols and Annexes to the Treaties shall form an integral part thereof”) may have the outcome of subjecting Denmark to a regime (the one envisaged in the named annex to Protocol No. 22) which is almost completely similar to the one contemplated for the United Kingdom and Ireland: namely, it would have the possibility to include *all* the measures of Title V *according to the law of the Union*.

⁷¹ See the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on the criteria and mechanisms for establishing the State responsible for examining a request for asylum lodged in Denmark or any other Member State of the European Union and EURODAC for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention. The “*quasi-communitarian*” solu-

The United Kingdom and Ireland apply more “communitarian” rules when it comes to participation in measures adopted pursuant to Title V, which do not pertain to the Schengen *acquis*: according to Article 3(1) of Protocol No. 21, one of them or both take part in the *adoption* of such a measure after a simple notification to the Council⁷²; as far as measures *already adopted* are concerned, the procedure as per Article 331(1) TFEU destined to enhanced cooperation “shall apply, *mutatis mutandis*”. A similar regulation is set out for the mechanisms of flexibility relating to measures in Title V included in the Schengen system⁷³. Clearly, once one of the aforementioned States or both participate in a measure, it/they is/are bound at the EU law level, with all the consequences of the case, starting with the competences of the Court of Justice. Only Ireland benefits from a clause which allows it to waive the position possessed as per Protocol No. 21⁷⁴: it is necessary to remember, however, that this waiver concerns only Title V measures not included in the Schengen system, as those that pertain to it shall still be subject to Protocol No. 19⁷⁵.

In the CFSP, and specifically in relation to measures “having defence implications”, Denmark enjoys only one mechanism of flexibility: the waiver set out in Article 7 of the Protocol dedicated to her.

tions, adopted in the agreement concerning the competences of the Court of Justice are particularly interesting. Just to quote a few: the reference for a preliminary ruling may be requested only by Danish last instance judges (see Article 6 (1)); “the courts in Denmark shall, when interpreting this Agreement, *take due account* of the rulings contained in the case-law of the Court of Justice in respect of provisions of the Dublin II Regulation and the Eurodac Regulation and any implementing Community measures” (Article 6(2), emphasis added); “the Commission may bring before the Court of Justice cases against Denmark concerning non-compliance with any obligation under this Agreement” and “[D]enmark may bring a complaint to the Commission as to the non-compliance by a Member State of its obligations by virtue of this Agreement” (Article 7(1-2)).

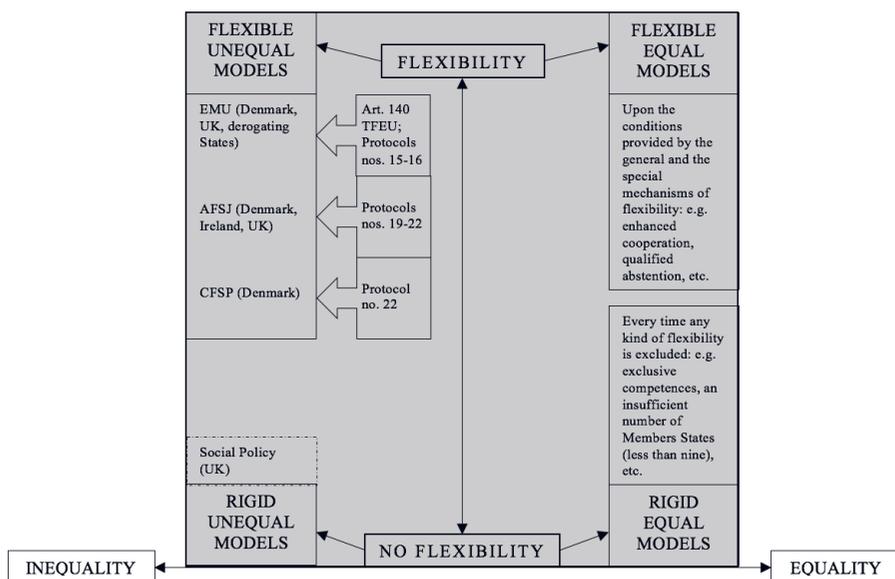
⁷² It must be noted that the Council can nevertheless act as a sort of filter: “If after a reasonable period of time a measure (...) cannot be adopted with the United Kingdom or Ireland taking part, the Council may adopt such measure (...) without the participation of the United Kingdom or Ireland”. Of course, the provision tends to forbid that the participation of one of the States involved or both of them may be based on obstructionist intents.

⁷³ See Articles 4 and 5, Protocol No. 19. The United Kingdom has a very peculiar position in as far as the acts of the former Third Pillar are concerned: this is envisaged in Article 10 (4-5), Protocol No. 36 on transitional provisions, on which we refer to Condinanzi, above, fn 2, 433-434.

⁷⁴ See Article 8 of the Protocol at hand: “Ireland may notify the Council in writing that it no longer wishes to be covered by the terms of this Protocol. In that case, the normal treaty provisions will apply to Ireland”.

⁷⁵ The reason is to be found in what constitutes the basis of the non-participation of Ireland in the Schengen system: it can be traced back to Protocol No. 20, which excludes the United Kingdom and Ireland from the cancelation of the controls at internal borders. According to its Article 1, “The United Kingdom shall be entitled (...) to exercise at its frontiers with other Member States such controls on persons seeking to enter the United Kingdom as it may consider necessary for the purpose”, while Article 2 adds that “[t]he United Kingdom and Ireland may continue to make arrangements between themselves relating to the movement of persons between their territories (...). Accordingly, as long as they maintain such arrangements, the provisions of Article 1 of this Protocol shall apply to Ireland under the same terms and conditions as for the United Kingdom”. In other words, the situation according to which Ireland cannot waive its differentiated position in the Schengen system stems from the “knock-on” effect of these agreements that – needless to say – are still valid today.

7. Without going into the merits of the strictly legal legitimacy of such choices of unequal cooperation, itself something which is not obvious either⁷⁶, we tried to reduce them to a general scheme based on the principle of equality: we started from this principle because unequal cooperation seem to affect it, in the first place. Therefore, to read unequal forms of cooperation through the lens of equality means possibly to get out of the semantic labyrinth of differentiation. Two models have been identified: an equal model of cooperation and an unequal one. Then, these two models have been crossed with the mechanisms of flexibility, isolating a rigid option and a flexible one: rigid models, both of equal or unequal cooperation, leave to Member States only the revision option; flexible models, on the contrary, open different scenarios where the line of cooperation may move from equal models to unequal models and vice versa, depending on the case.



What is the political meaning of this scheme? Disaffection, sometimes suspicion, is perceived more and more when institutionalised cooperation in the Union is at stake. This feeling materialises in real regressions of the integration phenomenon. As has been noted⁷⁷, the signals already exist in primary law: the appearance of an explicit reference to potential revisions aimed at *reducing* EU competences (Article 48(2) TEU), the establishment of a withdrawal procedure (Article 50 TEU), in addition to

⁷⁶ On this point we refer to J. WOUTERS, above, ft 6, pp. 324-330, who postulates that the principle of equality, including equality among Member States, may constitute a limit to the process of revision. The author states (p. 330): “It is difficult, for instance, to find a justification, other than a political one, for the unequal treatment of Member States which results from the British and Danish opt-out from stage three of EMU (even if they fulfilled the convergence criteria), for the inequality which resulted from the UK’s non-inclusion in the Protocol and Agreement on Social Policy as part of the Maastricht Treaty, or for the special position of the UK, Ireland and Denmark as far as the provisions of the Amsterdam Treaty on the Schengen Protocol are concerned (...). Quite obviously, there is an area of tension here between constitutional principles and political realities”.

⁷⁷ See M. CONDINANZI, above, ft 2, p. 438.

the consolidation and proliferation of areas of unequal cooperation, and the strengthening of flexibility mechanisms. Also, recourse to traditional forms of cooperation (as happened in the case of the so-called Fiscal Compact), a certain (but this is nothing new) particularised handling of foreign policy, where the EU has, so far, played a very peripheral role (as in the Ukrainian crisis), compared to some of its Member States.

There is a growing fragmentation⁷⁸ of EU law, the outcome of powerful, at times extreme, centrifugal tensions, such as the case of the *referendum* results in the United Kingdom. A weakness that is increasing proportionally with the number of Member States (and with greater *distrust* among them), and which is put under great pressure by the various difficulties occurring at the present time (economic difficulties or issues related to the control of immigration fluxes, just to quote the more evident ones).

It is true: all of this falls upon a creature which is still underdeveloped on the political level, but, on the other hand, a “federalist step” is now unimaginable. A more than abundant dose of political courage (which is currently lacking) could not overcome the obstacle of national voters who are, on average, fairly uninterested, if not hostile, to possible “Europhile” evolutions.

A definitive explosion of the process of fragmentation seems much more likely with the formal consecration of different levels of cooperation, from the strongest to the weakest, including States which are not or no longer members of the EU⁷⁹. Wholesale *integration* and that spirit which made its first, decisive and brave steps, in the early 50’s now seems a pipedream.

Abstract

The Principle of Equality among Member States of an International Organisation and Its Exceptions: The Peculiar Case of the European Union

There are many expressions commonly used to outline the regimes aimed to differentiate the position of some Member States of the European Union, in specific areas of cooperation: “multi-speed”, “multi-track”, “à la carte”, “concentric circles” Europe; or “groups of stronger integration”, “*avant-gardes*”, “directorates”; “differentiated or flexible integration”, “differentiated application” and “enhanced cooperation”. The purpose of the present contribution is to provide a possible way out of this “*laberinto semántico*”, using some categories of the law of International Organisations.

⁷⁸ See the considerations made in connection with the first case of enhanced cooperation (Regulation 1259/2010, followed by the authorisation given through decision 2010/405) by A. Davì, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil de cours*, 2012, pp. 324-325.

⁷⁹ In this direction see the 25 March 2017 Declaration of the leaders of 27 Member States and of the European Council, the European Parliament and the European Commission (Rome Declaration).

Gianpaolo Maria Ruotolo*

I dati non personali: l'emersione dei *big data* nel diritto dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I *big data* e il settore privato come strumento di completamento del mercato unico e la tutela della concorrenza. – 3. I *big data* come strumento di *governance* nel settore pubblico, tra Stati e organizzazioni internazionali. – 4. I rischi di discriminazione: la tutela *dai big data* e i dubbi sull'applicabilità del regime di trattamento dei dati personali. – 5. L'ipotesi di *collective redress* nei confronti dei *big data*.

1. Il Parlamento europeo (PE) ha adottato il 14 marzo 2017 una risoluzione sulle implicazioni dei c.d. *big data* in termini di diritti fondamentali che si inserisce nel contesto del regime giuridico del trattamento dei dati previsto dal diritto dell'Unione europea¹; la risoluzione, che evidenzia alcune peculiarità che caratterizzano la specifica categoria di dati di cui si occupa, offre l'occasione per analizzare alcune questioni giuridiche degne di approfondimento in quanto ancora irrisolte nell'ordinamento dell'Unione europea.

Iniziamo col dire che è difficile tracciare una definizione di *big data* che ne guidi l'analisi giuridica che trovi una condivisione diffusa, dal momento che differenti sono gli approcci con i quali tali il tema è studiato e che hanno condotto all'individuazione dei confini della categoria²: mentre secondo un approccio basato essenzialmente su criteri di tipo quantitativo sono ritenuti *big data* tutti gli insiemi di dati di dimensioni così grandi da non poter essere gestiti con strumenti ordinari³,

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia. L'A. desidera ringraziare vivamente i *referees* per i loro utili commenti su questo lavoro.

¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017, Le implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto, doc. 2016/2225(INI), reperibile *online*. Sulla necessità che l'UE si doti di una disciplina dei *big data* si veda già il parere 7/2015 del Garante europeo della protezione dei dati, del 19 novembre 2015, intitolato "Meeting the challenges of big data – A call for transparency, user control, data protection by design and accountability", reperibile all'indirizzo secure.edps.europa.eu, citato anche nella risoluzione del PE a p. 2.

² Per una ricostruzione delle differenti prospettive v. C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, p. 44 ss.; T. HOEREN, *Big Data and the Legal Framework for Data Quality*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, p. 26 ss.

³ "Big data refers to datasets whose size is beyond the ability of typical database software tools to capture, store, manage, and analyze. This definition is intentionally subjective and incorporates a moving definition of how big a dataset needs to be in order to be considered big data — i.e., we don't define

altre definizioni volgono invece l'attenzione sul processo di gestione dei dati stessi e sugli obiettivi cui esso mira, e ritengono quindi che l'espressione *big data*, più che al mero insieme di dati, si riferisca al *trattamento* di tali dati, il quale è in massima parte volto a estrarvi informazioni utili per l'assunzione di decisioni (al punto che in alcuni casi ciò mira all'addestramento di strumenti di intelligenza artificiale come le reti neurali)⁴, e a tal fine utilizza tecnologie di analisi di grandi quantità di dati di diverso tipo, peraltro provenienti da una varietà di fonti⁵.

Il PE adotta quindi opportunamente una definizione che fa riferimento a entrambi i profili appena evidenziati⁶, tenendo conto sia della differenza tra *big data* e altri *dataset* di dimensioni minori, e in particolare il fatto che i primi, proprio a causa delle loro dimensioni, necessitano di strumenti automatizzati di analisi, sia del fatto che gli stessi, mediante tali strumenti, consentono di individuare linee di tendenza *compassive* pertinenti a certi fenomeni, caratteristica che, come vedremo, potrebbe avere riflessi importanti sulla loro disciplina giuridica.

Per quanto concerne la modalità di raccolta dei dati e la loro origine, va poi ricordato come sempre più di frequente i medesimi vengano automaticamente collezionati e trasmessi mediante apparecchiature connesse alla rete, i c.d. *smart objects*: in questo caso, utilizzando una definizione ormai diffusa, si parla di *Internet of Things* (IoT)⁷; se il dispositivo in questione è poi di uso personale e quotidiano (si pensi al

big data in terms of being larger than a certain number of terabytes (thousands of gigabytes). We assume that, as technology advances over time, the size of datasets that qualify as big data will also increase. Also note that the definition can vary by sector, depending on what kinds of software tools are commonly available and what sizes of datasets are common in a particular industry. With those caveats, big data in many sectors today will range from a few dozen terabytes to multiple petabytes (thousands of terabytes)”. Così MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity*, giugno 2011, reperibile *online*. Si veda anche il rapporto stilato nel 2014 dal *Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST) della Presidenza degli Stati Uniti, *Big data and Privacy: A Technological Perspective*, reperibile *online*.

⁴ Con tale espressione si fa riferimento a modelli matematico/informatici di calcolo costituiti da neuroni artificiali che, ad imitazione delle reti neurali biologiche, sono costruiti mediante interconnessioni tra informazioni, e che possono cambiare in maniera adattativa la loro struttura alla luce di dati che scorrono attraverso la rete durante la fase di apprendimento; cfr. I. N. DA SILVA *et al.*, *Artificial Neural Networks – A Practical Course*, Zurich, 2017, *passim*. Alle reti neurali fa esplicito riferimento la risoluzione del PE a p. 2, lett. B.

⁵ Per un approccio siffatto si vedano J. R. KALIWAS, *A Big data Primer for Executives*, in J. R. KALIWAS, M. R. OVERLY (eds.), *Big data. A Business and Legal Guide*, Boca Raton, 2015, p. 1 ss.

⁶ “I Big Data si riferiscono alla raccolta, all'analisi e all'accumulo ricorrente di ingenti quantità di dati, compresi i dati personali, provenienti da una serie di fonti diverse, che sono oggetto di un trattamento automatizzato mediante algoritmi informatici e tecniche avanzate di trattamento dei dati, che usano sia informazioni memorizzate sia in streaming, al fine di individuare determinate correlazioni, tendenze e modelli”; cfr. la risoluzione del Parlamento europeo, cit., p. 2, lett. A.

⁷ L'espressione è stata utilizzata per la prima volta, a quanto si sa, nel 1999 da Kevin Ashton, direttore di un consorzio di ricerca con sede al Massachusetts Institute of Technology (MIT). Si tratta di un'architettura globale basata su Internet (e in particolare sul sistema dei nomi di dominio) col fine di facilitare lo scambio di beni e servizi nelle reti di fornitura: per esempio, la mancanza di alcune merci (in un magazzino, ma anche nel frigorifero di casa) viene automaticamente segnalata dall'apparecchio via *web* al fornitore, che, a sua volta, ne dispone immediatamente la consegna fisica o elettronica. Da un punto di vista tecnico, l'architettura in questione si basa(va) essenzialmente su strumenti di comunicazione dei dati mediante meccanismi RFID (*Radio-Frequency Identification*). Più di recente la medesima espressione ha assunto un'accezione più generica, relativa a qualunque oggetto collegato ad

caso degli *smartphone*) e raccoglie dati relativi a un individuo specifico, in genere al fine di fornirgli contenuti personalizzati, si è anche parlato di *Internet of Me* (IoM).

È anche il caso di chiarire da subito come con i *big data* ci si trovi poi in massima parte in presenza non già di dati riferibili a individui specifici, ma di agglomerati di dati di origine differente, gestiti e trattati *in blocco*. *Databases* siffatti, pertanto sollevano dubbi quanto alla loro riconducibilità alla categoria dei “dati personali” come attualmente contemplata dall’ordinamento UE⁸; al riguardo la risoluzione del PE, se da un lato evidenzia come i *big data* non siano disciplinati da norme *specifiche* o siano comunque oggetto di disposizioni la cui compatibilità con il diritto, tanto primario quanto secondario, dell’Unione deve ancora essere oggetto di accertamento⁹, dall’altro, e vedremo meglio più avanti se ciò è possibile alla luce del quadro normativo esistente, auspica l’estensione a tali dati dell’applicazione delle regole contemplate per i dati personali¹⁰.

Va detto che mentre queste ultime, la loro applicazione giurisprudenziale e il relativo impatto sull’ordinamento UE, nonché su vari settori degli ordinamenti nazionali, sono state oggetto di diffuse analisi da parte della dottrina¹¹, attenzione

Internet che trasmette informazioni ad un cento di raccolta. Sistemi siffatti di raccolta dei dati è dubbio siano opportunamente o efficacemente gestibili mediante il principio del consenso, che invece in altri casi gioca un ruolo determinante: in dottrina v. A. FINLAY, R. MADIGAN, *GDPR and the Internet of Things: 5 Things You Need to Know*, www.lexology.com; S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, in *Documenti dell’Istituto Affari Internazionali*, ottobre 2016, www.iai.it, e soprattutto R. H. WEBER, *Internet of Things – New Security and Privacy Challenges*, in *Computer Law and Security Review*, 2010, p. 23 ss., il quale ritiene che le peculiarità di IoT “have to be taken into account when establishing a legal framework binding all participants of the IoT. Resulting from these four requirements, the framework to be established has to be global, i.e. established by an international legislator, and applicable to every object on earth from its becoming until its destruction. The ubiquity needs to be addressed in particular if various objects are put together to form a new ‘thing’”; cfr. p. 27. Sui problemi di *privacy* e trattamento dei dati derivanti dall’IoT si veda anche il parere 8/2014, *On the on Recent Developments on the Internet of Things*, adottato il 16 settembre 2014, dall’article 29 Data Protection Working Party, doc. 14/EN/WP 223.

⁸ Sul punto v. *infra*, par. 4.

⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, cit., p. 2, lett. D.

¹⁰ Ci riferiamo, in particolare, alla nuova disciplina rappresentata dal regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*general data protection regulation*, GDPR), e dalla direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio. Specificamene sul GDPR v. L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo*, Milano, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; M. KRZYSZTOFEK, *Post-Reform Personal Data Protection in the European Union. General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Alphen aan den Rijn, 2017; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, 2017. Sul punto v. *infra*, par. 4.

¹¹ Limitandoci, per ragioni di spazio, alla letteratura italiana più recente si vedano G. F. AIELLO, *La protezione dei dati personali dopo il Trattato di Lisbona. Natura e limiti di un diritto fondamentale “disomogeneo” alla luce della nuova proposta di “General Data Protection Regulation”*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2015, p. 421 ss.; V. ARATA, *Violazione della normativa in tema di trattamento dei dati personali: confronto tra il diritto alla riservatezza e il diritto di cronaca*, in *La Giustizia penale*, 2015, p. 114 ss.; F. ASTIGGIANO, *Illecito trattamento di dati “supersensibili” e*

minore è stata rivolta all'individuazione delle problematiche giuridiche connesse alla disciplina dei *big data* nell'UE: l'indagine che ci apprestiamo a condurre, cerca di colmare, nei limiti del presente lavoro, tale lacuna. Va pure chiarito che, sebbene l'oggetto della nostra analisi sia relativo all'UE, non potremo evitare riferimenti all'ordinamento internazionale, che su alcuni profili della regolamentazione dei dati ha anticipato e influenzato quello dell'Unione¹².

2. Sebbene il titolo della risoluzione del PE dalla quale abbiamo preso le mosse faccia riferimento all'intenzione di esaminare solo l'influenza dei *big data* sui "diritti fondamentali", in realtà ciò va valutato in maniera più complessiva, dal momento che tali dati possono impattare su numerosi diritti individuali e non solo sui diritti fondamentali.

risarcimento del danno, in *Famiglia e diritto*, 2016, p. 471 ss.; A. MANTELERO, *Il trattamento dati nelle imprese nel post "Safe Harbour". Strategie di breve, medio e lungo periodo*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 887 ss.; ID., *The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2015, p. 734 ss.; B. PIATTOLI, *Principio di proporzionalità UE e trattamento dei dati personali nella lotta al terrorismo*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 885 ss.; P. PIRODDI, *I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza "Schrems" e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 827 ss.; S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 513 ss.

¹² Si occupano della questione con un approccio internazionalistico M. K. CUNNINGHAM, *Complying with International Data Protection Law*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2016, p. 421 ss.; P. DE HERT, V. PAKONSTANTINO, *The New General Data Protection Regulation: Still a Sound System for the Protection of Individuals?*, in *Computer Law & Security Review*, 2016, p. 179 ss.; S. DIORIO, *Data Protection Laws: Quilts versus Blankets*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2015, p. 485 ss.; J.W. KROPF, *Personal Data Protection of Individual Privacy – Right to Be Forgotten – Responsibility of Internet Search Engine Operators – European Data Protection Directive 95/46/EC*, in *American Journal of International Law*, 2014, p. 502 ss. Nella letteratura italiana, da ultimo, v. G. CAGGIANO, *L'interpretazione del "contesto delle attività di stabilimento" dei responsabili del trattamento dei dati personali in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 605 ss.; M. NINO, *La risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sulla tutela della privacy nell'era digitale: importanti luci, ma non poche ombre*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, p. 765 ss.; ID., *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 803 ss.; F. BESTAGNO, *Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali in Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 25 ss.; V. SALVATORE, *La Corte di giustizia restituisce (temporaneamente) agli Stati membri la competenza a valutare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali soggetti a trasferimento verso gli Stati Uniti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 623 ss.; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 1 ss.; S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT (eds.), *Data Protection on the Move. Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*, Dordrecht, 2016; F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 690 ss.; M. BONFANTI, *Privacy e Protezione dei Dati Personali nell'Ordinamento internazionale. I "Parenti Stretti" vis-a-vis la Sorveglianza Olfattiva*, in M. DISTEFANO (a cura di), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale*, Napoli, 2017, p. 99 ss.; A. TERRASI, *Il rapporto tra diritto alla privacy e protezione dei dati personali tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, p. 127 ss.

È così possibile individuare almeno tre specifici aspetti meritevoli di indagine in tal senso: la rilevanza dei *big data* per il mercato interno, e in particolare il loro uso a fini commerciali da parte delle imprese, la loro utilizzazione per migliorare la qualità del settore pubblico, i rischi di discriminazione che in alcuni casi il loro uso può recare con sé.

Cercheremo di sviluppare la nostra analisi seguendo queste direttrici, nella consapevolezza che nella materia in esame si pone tanto un problema di tutela degli individui *dai big data* quanto uno di tutela *dei big data* e delle opportunità che i medesimi rappresentano.

A quest'ultimo riguardo, per quanto concerne l'uso di *big data* a fini commerciali da parte delle imprese, è opportuno rifuggire da aprioristiche “demonizzazioni”: se, da un lato, la diffusione e il sempre più massiccio utilizzo dei *big data* da parte delle imprese potrebbero avere un impatto negativo su alcuni diritti e sollevare, quindi, la necessità di individuare forme di tutela individuale o collettiva degli interessati, dall'altro l'uso di tali dati può però contribuire ad arricchire e rinforzare sia il mercato interno sia il patrimonio giuridico dei cittadini europei¹³.

L'analisi di enormi quantità di informazioni può infatti promuovere competitività e innovazione, migliorare la qualità e la diffusione dei risultati della ricerca scientifica¹⁴, fungere da strumento di sviluppo del mercato: la strategia per il mercato unico digitale della Commissione riconosce la centralità di tecnologie e servizi basati sui dati in generale, e sui *big data* in particolare, quali catalizzatori di crescita economica e innovazione nell'UE¹⁵, e evidenzia a tal fine la necessità di eliminare le barriere tecniche e colmare le lacune di disciplina ancora esistenti per combattere l'elevato livello di frammentazione che perdura sul mercato interno¹⁶.

Per questo la Commissione auspica il rafforzamento del mercato unico digitale, il settore del mercato interno che disciplina l'accesso a prodotti e servizi *online*, condiziona lo sviluppo di reti e servizi digitali e quello dello sviluppo dell'economia digitale europea nel suo complesso¹⁷.

Pertanto non è un caso che la disciplina del trattamento dei dati UE nasca proprio al fine di completare il mercato interno¹⁸, nella consapevolezza che la regolamentazione di questi aspetti sia (anche) uno strumento di regolazione del mercato e impatti sugli scambi commerciali interni e internazionali rappresentando, a seconda

¹³ K. HARDY, A. MAURUSHAT, *Opening up Government Data for Big Data Analysis and Public Benefit*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 30 ss.

¹⁴ Con particolare riguardo alle prospettive degli *open data* ci permettiamo di rinviare a G. M. RUOTOLLO, *In tema di diritto alla scienza nell'ordinamento internazionale e d'istanze d'accesso aperto alla conoscenza nell'Unione europea e in Italia*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, II, p. 1237 ss.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 6 maggio 2015, COM(2015)192 fin., p. 15.

¹⁶ *Ivi*, p. 17.

¹⁷ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 19 maggio 2010, Un'agenda digitale europea, COM(2010)245 def., reperibile *online*.

¹⁸ Cfr. P. OLIVER, *The Protection of Privacy in the Economic Sphere before the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1443 ss.; O. LYNKEY, *From Market-Making Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT (eds.), *op. cit.*, p. 59 ss.

del contenuto materiale delle regole adottate, un mezzo di promozione degli scambi o una barriera non tariffaria ai medesimi¹⁹.

Peraltro l'impatto della disciplina dei dati sugli aspetti economici rileva, oltre che sul profilo interno, anche su quello delle relazioni commerciali esterne dell'Unione: va difatti evidenziato come molti recenti accordi commerciali conclusi dall'UE contengano proprio norme relative al trattamento dei dati²⁰. Si pensi, ad esempio, a come l'Accordo commerciale con la Repubblica di Corea (EU-Korea Free Trade Agreement, KOREU), all'art. 7.43, lett. b), dopo aver riaffermato gli obblighi di tutela dei diritti fondamentali e della libertà delle persone, imponga alle parti contraenti di adottare opportune misure di salvaguardia della vita privata, in relazione al trasferimento dei dati personali²¹.

Gli strumenti normativi interni ed internazionali che si occupano della disciplina dei dati adottati dall'UE, tuttavia, si limitano in massima parte a disciplinare il trattamento dei dati "personali", senza tener conto di una serie di peculiarità dei *big data*, tra cui, come pure accennavamo sopra, la loro frequente non riconducibilità ad individui determinati, la quale potrebbe comportarne l'esclusione dall'ambito di applicazione di tali strumenti²². Peraltro, sotto il profilo materiale, normative siffatte si concentrano essenzialmente sui profili connessi alla tutela della *privacy*, trascurando altre questioni di altrettanta rilevanza.

Insomma, se da un lato la diffusione delle tecnologie informatiche ha fatto emergere la necessità di una regolamentazione UE del trattamento dei dati in quanto aspetto ormai centrale del mercato interno²³, dall'altro le regole finora adottate risultano ancora lacunose, in particolare con riguardo alle tipologie di dati oggetto della nostra analisi.

¹⁹ Al riguardo si legga il rapporto stilato nel 2016 dalla United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Data protection regulations and international data flows: implications for trade and development*, reperibile online. In dottrina v. BURRI, *The International Economic Law Framework for Digital Trade*, Swiss National Centre of competence in research, Working Paper 2015/08.

²⁰ Sugli accordi commerciali dell'UE post-Lisbona ci permettiamo di rinviare a G. M. RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, 2017, p. 187 ss. Specificamente sull'aspetto della protezione dei dati v. invece A. BENEDIEK, E. SCHMIEG, *European Union Data Protection and External Trade*, in *SWP Comments*, 2016; K. IRION, S. YAKOLEVA, M. BARTL, *Trade and Privacy: Complicated Bedfellow? How to Achieve Data Protection-proof Free Trade Agreements*, Amsterdam, 2016; S. YAKOVLEVA, K. IRION, *The Best of Both Worlds? Free Trade in Services, and the EU Law on Privacy and Data Protection*, in *European Data Protection Law Review Issue*, 2016, p. 191 ss.

²¹ "No later than two years after the entry into force of this Agreement, and in no case later than the effective date of similar commitments stemming from other economic integration agreements: (a) each Party shall permit a financial service supplier of the other Party established in its territory to transfer information in electronic or other form, into and out of its territory, for data processing where such processing is required in the ordinary course of business of such financial service supplier; and (b) each Party, reaffirming its commitment to protect fundamental rights and freedom of individuals, shall adopt adequate safeguards to the protection of privacy, in particular with regard to the transfer of personal data".

²² Sulla definizione di "dato personale" come dato riconducibile a una persona individuata o quanto meno individuabile e al quale è di conseguenza applicabile la normativa sul relativo trattamento v. *infra*, par. 4.

²³ Ricordiamo che prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in assenza di una base giuridica esplicita, le norme sul trattamento dei dati erano approvate in applicazione dell'art. 95 TCE, il quale contemplava l'adozione di misure di armonizzazione volte al raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 14 TCE, relativo al completamento del mercato interno. In seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alle competenze dell'UE, l'attuale base giuridica delle norme relative al trattamento dei dati in UE è invece rappresentata – fatte salve le previsioni di cui all'art. 39 TUE relative al tratta-

L'assenza di una disciplina specifica, poi, è aggravata dal fatto che alcune peculiarità dei *big data* rendono spesso difficoltosa l'applicazione agli stessi di categorie giuridiche altrimenti ormai consolidate.

Si pensi al diritto *antitrust*²⁴: la circostanza che vede i *big data* di frequente concentrati nelle mani di pochi soggetti privati potrebbe rappresentare un limite allo sviluppo della concorrenza voluto dai Trattati istitutivi, integrando una violazione dei divieti previsti dall'art. 102 TFUE e dalle norme relative alle concentrazioni tra imprese²⁵, e rendendo così particolarmente necessario uno stretto controllo da parte della Commissione e delle competenti Autorità nazionali. Tuttavia difficoltà sorgono, in casi siffatti, in merito all'individuazione del mercato rilevante che, identificando i relativi produttori, distributori e consumatori, i loro interessi, l'esistenza di barriere all'ingresso, la possibilità di potere di mercato e, quindi, di posizioni di dominio, costituisce, come noto, l'elemento per definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro; tale ambito, che va notoriamente definito sia sotto il profilo del prodotto (o del servizio) sia sotto quello geografico²⁶, risulta di non semplice individuazione quando riferito ai *big data* nel loro complesso.

In considerazione delle caratteristiche che abbiamo già illustrato al par. 1, è stato quindi proposto che sarebbero individuabili differenti mercati rilevanti in materia di *big data*, i quali andrebbero distinti con riferimento alle varie fasi del procedimento di costruzione dei *dataset*, che inizia con l'acquisizione dei dati e termina con l'utilizzo delle informazioni generate dalla loro elaborazione. Andrebbero, di conseguenza, distinti il mercato di acquisizione dei dati, il mercato della loro conser-

mento dei dati di carattere personale da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo della politica estera e di sicurezza comune – dall'art. 16 TFUE (*ex art. 286 TCE*) il quale, dopo aver sancito l'esistenza di un diritto individuale di titolarità generale (di "ogni persona") alla protezione dei dati personali, attribuisce all'Unione la competenza ad adottare, mediante la procedura legislativa ordinaria, norme relative a tale trattamento da parte delle istituzioni e degli organi dell'Unione nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto UE. Restando al diritto primario ricordiamo altresì che, come noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre all'art. 7, che riguarda la tutela della vita privata, contiene l'art. 8 concernente specificamente la protezione dei dati di carattere personale. Il relativo diritto, al par. 1, è riconosciuto alla generalità degli individui (senza alcun riguardo, quindi, al possesso della cittadinanza dell'Unione). La Carta, all'art. 8, par. 2, al fine di garantire tale protezione, prevede obblighi strumentali e impone il rispetto del principio di lealtà, e che il trattamento dei dati – che deve essere preceduto dal consenso della persona interessata o trovare comunque un titolo legittimante di tipo normativo – possa avvenire solo per finalità determinate. È altresì specificato che il diritto alla protezione dei dati implica quello di accedervi e di ottenerne la rettifica. Per un commento all'art. 8 della Carta v. O. POLLICINO, M. BASSINI, in R. MASTROIANNI *et al.* (eds.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 132 ss.; H. KRANENBORG, in S. PEERS *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 223 ss.

²⁴ Per un inquadramento delle informazioni in quanto oggetto di regolamentazione in una prospettiva commerciale v. R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in G. DE NOVA *et al.* (eds.), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss. Più specificamente sul tema v. R. E. COMERFORD, D. D. SOKOL, *Antitrust and Regulating Big Data*, in *George Mason Law Review*, 2016, p. 1129 ss.

²⁵ Cfr. in particolare il regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (regolamento comunitario sulle concentrazioni).

²⁶ Al riguardo, pur nella modifica della normativa successivamente intervenuta, risulta ancora attuale la Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza del 9 dicembre 1997.

vazione (c.d. *storage*), quello della loro analisi²⁷, con la conseguenza che un'impresa in posizione di dominio su di essi non è detto lo sia automaticamente anche sugli altri (e viceversa).

L'identificazione del mercato rilevante, come noto, è centrale anche per il controllo UE di fusioni e acquisizioni. Al riguardo è il caso di ricordare come la Commissione avesse originariamente autorizzato, senza apporvi condizioni, la concentrazione conseguente all'acquisizione di *WhatsApp* da parte di *Facebook*, ritenendo che l'operazione non sollevasse criticità concorrenziali dal momento che, per quanto riguarda il mercato dei servizi di messaggistica, il *Messenger* di *Facebook* e *WhatsApp* non sono tra loro in concorrenza diretta e che il medesimo mercato è caratterizzato da un alto dinamismo e dalla presenza di numerose altre applicazioni analoghe, idonee a mantenere alto il livello della concorrenza²⁸.

Tuttavia, con buona probabilità un approccio all'individuazione del mercato rilevante, e una particolare attenzione relativa a quello della raccolta dei dati, individuato e distinto alla luce dei criteri appena delineati, avrebbe potuto condurre a un provvedimento di parziale divieto al fine di evitare concentrazioni eccessive di dati nelle mani del medesimo soggetto²⁹. Una conferma di ciò ci pare sia rappresentata dalla decisione con la quale la Commissione ha, da ultimo, sanzionato *Facebook* proprio per aver automaticamente acquisito in blocco, in seguito alla fusione, le informazioni contenute negli *account WhatsApp*, di cui pure è legittimamente proprietaria, ed averle sommate a quelle provenienti dagli *account* del *social network* già in suo possesso, raccogliendo così una enorme mole di dati da poter trattare in maniera aggregata e assumendo quindi una posizione di dominio sul mercato della raccolta di dati³⁰.

Va poi evidenziato come spesso servizi *online* commercializzati come gratuiti in realtà comportino un corrispettivo sotto forma di informazioni da parte degli utenti, con la conseguente costituzione di *big data* nelle mani del fornitore³¹, il rischio di lesione dei diritti dei consumatori e la necessità di valutare le connesse transazioni in termini di rapporti costi/benefici. Al riguardo va segnalato come risulti in via di esame una proposta di direttiva “relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale”, che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, del testo proposto, sarà applicabile ai “contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato”³². Il Garante europeo per la protezione dei

²⁷ V. BAGNOLI, *The big data relevant market*, in *Concorrenza e Mercato, Numero speciale su big data e concorrenza*, a cura di F. DI PORTO, Milano, 2016, p. 73 ss.

²⁸ Si veda la decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, COMP/M.7217.

²⁹ V. BAGNOLI, *The Big Data Relevant Market as a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy: Could the EU Decision at Facebook/WhatsApp Merger have been Different?*, Relazione presentata il 12 giugno 2017 alla Ascola Conference 2017, reperibile *online*.

³⁰ V. europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm.

³¹ Al riguardo si veda la Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor del marzo 2010 su *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, p. 10.

³² COM(2015)634 fin. In materia v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 417 ss.

dati personali, in un parere recentemente adottato su richiesta del Consiglio in merito a tale proposta di direttiva, ha però diffidato le istituzioni europee dall'adottare “any new provision introducing the idea that people can pay with their data the same way as they do with money” e questo dal momento che “fundamental rights such as the right to the protection of personal data cannot be reduced to simple consumer interests, and personal data cannot be considered as a mere commodity”³³.

Sempre con riguardo al rapporto tra *big data* e diritto della concorrenza va infine segnalato come l'Italia sia il primo Paese UE ad aver avviato un'indagine conoscitiva: il 30 maggio 2017 l'Autorità *antitrust*, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante per la protezione dei dati personali hanno infatti avviato un'analisi congiunta in merito all'impatto dei *big data* sulle regole di concorrenza con l'obiettivo di proporre un quadro di regole comuni in grado di promuovere e tutelare al contempo la protezione dei dati personali, la concorrenza dei mercati dell'economia digitale, i consumatori e il pluralismo nella società dell'informazione. A tal fine le Autorità mirano a individuare le condizioni in presenza delle quali i *big data* potrebbero operare alla stregua di barriere all'entrata nei mercati o favorire comportamenti restrittivi della concorrenza tali da ostacolare lo sviluppo e il progresso tecnologico e ledere i consumatori³⁴.

3. Il secondo profilo che intendiamo investigare concerne la possibilità di utilizzare i *big data* per migliorare la qualità dei servizi nel settore pubblico. Essi, difatti, possono essere favorevolmente sfruttati da Stati e organizzazioni internazionali per programmare e valutare attività e interventi e rappresentare un importante strumento di *governance* e partecipazione: si pensi, ad esempio, al monitoraggio della diffusione di malattie contagiose al fine di adottare tempestivamente misure precauzionali, ai vantaggi che potrebbero derivare dalla raccolta di informazioni su una determinata patologia e sull'efficacia delle diverse terapie disponibili al fine di individuare la più efficace, alla possibilità di calcolare in tempo reale e in maniera affidabile il tasso di inflazione di una data valuta, o di prevedere l'andamento del traffico di una metropoli³⁵.

La dottrina ha individuato tre distinti modelli attraverso cui i *big data* opererebbero in favore delle collettività: 1) “segmentando” le popolazioni in gruppi con caratteristiche più omogenee rispetto a un determinato ambito, al fine di attuare interventi mirati; 2) promuovendo i principi di trasparenza e partecipazione e consentendo, in seguito all'elaborazione, di individuare le esigenze dei gruppi di persone individuati per migliorare, di conseguenza, le prestazioni in loro favore; 3) sostenendo o addirittura sostituendo certe decisioni umane con algoritmi automatizzati, con importanti vantaggi per il settore pubblico in termini di efficienza³⁶.

³³ Parere n. 4 del 14 aprile 2017 “on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts or the supply of digital content”, edps.europa.eu.

³⁴ In merito ai *big data* come barriere all'ingresso v. M. GUIDI, *Big data e concorrenza all'interno del settore farmaceutico*, in *Eurojus*, 1 agosto 2017; D. L. RUBINFELD, M. S. GAL, *Access Barriers to Big data*, in *Arizona Law Review*, 2017, p. 339 ss.

³⁵ R. FULLER, *Structuring Big data to Facilitate Participation in International Law*, in *International Journal of Legal Information*, 2014, p. 504 ss.; K. HARDY, A. MAURUSHAT, *op. cit.*, p. 30 ss.

³⁶ “Big data levers, such as increasing transparency and applying advanced analytics, offer the public sector a powerful arsenal of strategies and techniques for boosting productivity and achieving higher

Alcune tendenze in questo senso possono essere registrate già da qualche tempo nell'ordinamento internazionale: il progetto *Global Pulse* avviato nel 2009 dal Segretariato generale delle Nazioni Unite³⁷, ad esempio, mira a promuovere lo sviluppo e l'adozione su grande scala di un approccio innovativo ai *big data*, al fine di utilizzarli alla stregua di un bene pubblico mediante il quale individuare le migliori strategie possibili di sviluppo sostenibile e azioni umanitarie: i dati, difatti, possono rappresentare uno strumento per acquisire una migliore comprensione delle variazioni del benessere umano, finanche registrando in tempo reale il *feedback* alle azioni poste in essere dalle Nazioni Unite.

La qualificazione dei *big data*, di alcuni *dataset* quanto meno, come beni pubblici globali³⁸ potrebbe poi avere conseguenze giuridiche importanti, e condurre a concepire la tutela nei loro confronti non più in termini rigidamente individuali ma collettivi, oltre a poter modificare anche le condizioni di accesso ai medesimi dati da parte del pubblico, che potrebbe beneficiare della natura *open* dei *big data* di rilevanza pubblica globale³⁹.

In tal senso va ricordato come il premio Nobel per l'economia Joseph E. Stiglitz già nella prima metà degli anni '80 del secolo scorso – quando un fenomeno come i *big data* era pressoché inimmaginabile – avesse interpretato le informazioni e la conoscenza come beni pubblici, in quanto dotati delle necessarie caratteristiche (“non rivalrous nature and non excludability”)⁴⁰.

Un altro caso di utilizzo dei *big data* nell'ordinamento internazionale che rispetta uno dei modelli di rilevanza pubblica già illustrati – in particolare quello di sostituzione o sostegno alle decisioni umane mediante algoritmi automatizzati – è rappresentato dal procedimento di revisione delle liste delle specie animali e vegetali alle quali garantire protezione ai sensi della Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e fauna selvatiche minacciate di estinzione (*Convention on*

levels of efficiency and effectiveness”; cfr. J. MANYIKA *et al.*, *The McKinsey Global Institute. Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, Productivity*, Washington, 2011, p. 54.

³⁷ V. unglobalpulse.org.

³⁸ Sui *global public goods* ci permettiamo di rinviare, anche solo per ulteriori riferimenti bibliografici, a G. M. RUOTOLO, *Fragments of Fragments. The Domain Name System Regulation: Global Law or Informalization of the International Legal Order?*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 159 ss., specie p. 167 ss. Specificamente sul profilo accennato nel testo v. K. LEDZIEWSKA, R. WŁOCH, *Should We Treat Big Data as a Public Good?*, in M. TADDEO, L. FLORIDI (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Dordrecht, 2017, p. 263 ss.

³⁹ In merito alla trasparenza delle banche dati pubbliche, ricordiamo che la direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, impone agli Stati di consentire il riutilizzo di documenti e informazioni in possesso degli enti pubblici per fini commerciali o non commerciali.

⁴⁰ Cfr. J. E. STIGLITZ, *Public Goods in Open Economies with Heterogeneous Individuals*, in J. F. THISSE, H. G. ZOLLER (eds.), *Locational Analysis of Public Facilities*, Amsterdam, 1983, p. 55 ss. Si vedano anche J. E. STIGLITZ, *Knowledge as a Global Public Good*, in I. KAUL, I. GRUNBERG, M. STERN (eds.), *Global Public Goods*, New York, 1999, p. 308 ss.; ID., *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, in *Duke Law Journal*, 2008, p. 1693 ss. Da ultimo affermano esplicitamente che “data are – in an economic perspective – non-rivalrous and non-consumable public goods” V. ZENO ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal perspectives on the “Big data revolution”*, in *Concorrenza e Mercato, Numero speciale*, cit., p. 36.

the International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES)⁴¹. La Convenzione prevede la compilazione di liste delle specie da proteggere, soggette a revisione periodica; tale revisione è effettuata dalla Conferenza dei membri della CITES⁴², che agisce sulla base di un'elaborazione informatica di enormi moli di dati che consente di tracciare le modificazioni della presenza/assenza delle varie specie protette sul territorio dei Paesi membri, mediante la costruzione di modelli di distribuzione delle specie (*species distribution modelling*, SDM); è alla luce di tali modelli che la Conferenza CITES valuta l'opportunità di inserire o escludere dalle liste stesse una data specie⁴³.

Va anche segnalato, però, come i *big data* potrebbero essere pericolosamente utilizzati per influenzare scelte individuali di rilevanza pubblica nelle direzioni preferite dal possessore dei dati stessi in applicazione della *nudges theory*⁴⁴, una forma di architettura delle informazioni che mira ad alterare il comportamento delle persone in modo prevedibile, senza però proibire certe opzioni o offrire particolari incentivi⁴⁵. Nelle sue prime modalità di applicazione questa tecnica ha assunto forme *soft*, in quanto statiche (c.d. *static nudges*, appunto, come nel caso della collocazione di merci in un certo ordine per invogliare l'acquisto di una sola di esse), ma *nudges* dinamici, modificati in tempo reale sulla scorta dell'elaborazione di *big data*, possono oggi essere estremamente potenti e pervasivi⁴⁶ e potrebbero essere utilizzati non solo con obiettivi commerciali, ma anche, e più pericolosamente, politici: si pensi, ad esempio, alla modificazione anche del solo ordine di presentazione di una lista di candidati da votare *online* nel caso di elezioni quando ciò avvenga in base ai voti già espressi con conseguenti, e concreti, rischi di manipolazione degli elettori⁴⁷.

Tuttavia va segnalato che, per quanto concerne l'uso dei *big data* come strumento di *governance* pubblica, l'ordinamento UE fa registrare un ritardo: sebbene la Commissione, già in una comunicazione del 2015 relativa a "Le piattaforme *online* e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa" avesse auspicato "lo sviluppo di un settore pubblico basato sui dati"⁴⁸ – rifacendosi, a tal fine, anche alla

⁴¹ *The CITES Fort Lauderdale Criteria: The Uses and Limits on Science in International Conversation Decision Making*, in *Harvard Law Review*, 2001, p. 1769 ss. (curiosamente il lavoro non reca il nominativo del suo autore).

⁴² L'ultima riunione della Conferenza, la diciassettesima, ha avuto luogo a Johannesburg dal 24 settembre all'8 ottobre 2016.

⁴³ Il *database* contenente la lista delle specie è consultabile su www.speciesplus.net.

⁴⁴ "Nudge" può essere efficacemente reso in italiano con "spintarella".

⁴⁵ R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, London, 2008 (trad. it. *Nudge: La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni sul denaro, salute, felicità*, Bologna, 2014); v. anche la recensione che ne ha fatto K. YEUNG, *Fudge as Nudge*, in *Modern Law Review*, 2012, p. 122 ss.

⁴⁶ Al riguardo, in una prospettiva di *law and regulation*, si è parlato di *hypernudges*; cfr. K. YEUNG, 'Hypernudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design, in *Information, Communication & Society*, 2016, p. 1 ss.

⁴⁷ Ricordiamo che la risoluzione del Parlamento europeo del 2017 sui *big data*, a p. 3, lett. F evidenzia i pericoli di influenza di elezioni e risultati politici tramite, ad esempio, la comunicazione mirata. Per un'analisi giuridica di un movimento politico che fa uso di elezioni *online* al fine di individuare i propri candidati e del possibile impatto che ciò potrebbe avere sulla democrazia nel suo complesso v. S. CURRERI, S. CECCANTI, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, p. 799 ss.

⁴⁸ COM(2016)288 fin. del 25 maggio 2016, p. 5.

Dichiarazione ministeriale “Towards a new vision for the public sector” adottata ad Helsinki il 28 ottobre 2015 dagli Stati membri dell’OCSE, i quali “look forward to the strategic use of new digital tools and of Big Data to enable a data driven public sector”⁴⁹ – ad oggi però non si registra l’adozione di strumenti normativi che impongano o promuovano un uso siffatto da parte di istituzioni UE e Stati membri.

4. L’uso dei *big data*, ancora, comporta rischi di discriminazione nei confronti dei gruppi di persone ai quali i dati si riferiscono.

Ricordiamo che un determinato *dataset*, in quanto riferibile a uno specifico gruppo di individui accomunati da certe caratteristiche (i c.d. *co-patterners*, come possono essere, ad esempio i c.d. *frequent flyers* su una data tratta aerea o gli appassionati di *running* che fanno uso di strumenti di geolocalizzazione per misurare le proprie prestazioni, ma anche tutte le persone che risiedono in un dato periodo in una determinata zona di una città) è idoneo, mediante la sua analisi, a individuare linee di tendenza dei comportamenti dell’*intera categoria* cui i dati si riferiscono.

A mero titolo di esempio si pensi al caso di un’impresa che, sulla base di elaborazioni di *big data*, resasi conto che i dipendenti che vivono più vicino al luogo di lavoro vi rimangono più a lungo di quelli che risiedono più lontano, indirizzi alla luce di questo criterio la propria politica assunzionale: ciò potrebbe condurre a un’ipotesi di discriminazione indiretta qualora le diverse zone di una città dovessero avere composizioni etniche differenti⁵⁰.

O, ancora, si pensi al caso reale di *PredPol (Predictive Policing software)*⁵¹, un programma sviluppato dal Dipartimento di Polizia di Los Angeles in collaborazione con University of California Los Angeles (UCLA) che è in uso da parte di molti dipartimenti di pubblica sicurezza di svariati Stati, il quale utilizza i *big data* per fornire previsioni su dove e quando potrebbero verificarsi crimini, al fine di prevenirli mediante il tempestivo dispiegamento delle forze di polizia.

Anche predizioni di questo tipo rischiano di produrre effetti discriminatori: è accertato che l’aumentata intensità del controllo e soprattutto la sua qualità, altamente mirata quanto a modalità, tempi e luoghi specificamente suggeriti dal *software* (e non già, quindi, come potrebbe avvenire nel caso di un mero rafforzamento delle attività di polizia su un territorio sensibile), avviene più di frequente in zone che sono molto spesso ad alta insidenza di immigrati e minoranze etniche e linguistiche. Va anche segnalato, per sovrappiù, come una previsione siffatta rischi di avere carattere “autoavverante”, nel senso che l’aumento del numero dei crimini intercettati potrebbe essere conseguenza non già di un maggiore tasso criminale nelle zone e, soprattutto, delle minoranze sottoposte a controllo, ma della tipologia di controllo, particolarmente mirato⁵².

Si pone quindi in casi siffatti un evidente rischio di discriminazione, il più delle volte di natura indiretta, dei gruppi di persone accomunate dall’appartenenza al *data-*

⁴⁹ V. www.oecd.org.

⁵⁰ Si veda al riguardo il rapporto della Federal Trade Commission statunitense, *Big data: a tool for exclusion or inclusion? Understanding the issues*, del gennaio 2016, www.ftc.gov.

⁵¹ V. www.predpol.com.

⁵² Il pensiero corre immediatamente al racconto di P. K. DICK, *The Minority Report*, del 1956, in italiano in P. K. DICK, *Rapporto di minoranza e altri racconti* (trad. di P. Prezzavento), Roma, 2004.

set esaminato e, di conseguenza, la necessità di individuare forme efficaci di tutela: ricordiamo che si è in presenza di forme di discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri producano in realtà surrettiziamente un effetto pregiudizievole nei confronti di determinate categorie di persone⁵³.

Ora, qualora i dati analizzati per giungere alla previsione che produce effetti discriminatori fossero riferibili a individui determinati o quanto meno determinabili, costoro potrebbero beneficiare degli strumenti previsti dal regolamento generale sulla protezione dei dati, tra i quali rientra anche un'azione per ottenere il risarcimento dei danni, prevista dall'art. 82 DPGR⁵⁴: il DPGR, infatti è materialmente applicabile ai soli "dati personali", definiti all'art. 4 come "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ('interessato')" e ritiene a tal fine "identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

Analogo approccio, è il caso di ricordarlo, era adottato dalla direttiva 95/46/CE, abrogata dal DGPR, il cui art. 2 qualificava come "dati personali" "qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ('persona interessata')" considerava "identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale".

La scelta dell'ordinamento UE di far rientrare tra i dati meritevoli di tutela e nei cui confronti è possibile tutelarsi esclusivamente quelli individuali, direttamente riferibili a uno specifico individuo, e quelli individualizzabili, indirettamente (cioè mediante ulteriori informazioni) riferibili a uno specifico individuo, rispecchia quella già adottata tempo addietro dai (non molti, e spesso non vincolanti) strumenti internazionali pertinenti, come l'art. 1, lett. b), delle *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* adottate il 23 settembre 1980 dalla Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) e da ultimo aggiornate l'11 luglio 2013, che difatti definisce come *personal data* "any information relating to an identified or identifiable individual (data subject)"⁵⁵.

⁵³ Sul concetto di discriminazione indiretta v. da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017, causa C-157/15, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*.

⁵⁴ Sui profili di risarcimento dell'ordinamento italiano, da ultimo, v. S. THOBANI, *Danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 418 ss.

⁵⁵ I testi 1980 e 2013 delle linee guida sono reperibili *online*. L'OECD – nella consapevolezza dei rischi connessi alle differenze di regolamentazione del trattamento dei dati personali previste negli ordinamenti nazionali, che, come abbiamo già accennato, avrebbero potuto operare come barriere non tariffarie agli scambi internazionali in importanti settori dell'economia – aveva ritenuto di suggerire ai suoi Membri di armonizzare le legislazioni nazionali. P. DE HERT, V. PAPA-KONSTANTINOPOULOU, *The Council of Europe Data Protection Convention Reform: Analysis of the New Text and Critical Comment on Its Global Ambition*, in *Computer Law & Security Review*, 2014, p. 633 ss. Nel contesto della *mise a jour* della Convenzione si registra l'approvazione, nel febbraio 2017, da parte del Comitato consultivo della stessa, delle Linee guida sui *big data*, di cui diremo nel par. 6.

Analogamente l'art. 2 della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa sull'elaborazione automatizzata dei dati del 28 gennaio 1981, la quale, ha avuto influenza anche oltre l'ambito europeo sulla regolamentazione della protezione dei dati personali⁵⁶, che riprende pedissequamente, rendendolo però vincolante per gli Stati che hanno ratificato la Convenzione, il testo delle Linee guida dell'OECD e definisce così "personal data" "any information relating to an identified or identifiable individual".

Non prevedono invece esplicitamente la necessità che i dati disciplinati siano relativi a persone identificate o identificabili le *Guidelines Concerning Computerized Personal Data Files* adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione 45/95 del 14 dicembre 1990, che contemplano una definizione di applicazione certamente più ampia della Convenzione 108 e delle *OECD Guidelines*, facendo genericamente riferimento a qualsiasi "information about persons"; tuttavia queste, per avendo una portata soggettiva universale, rappresentano uno strumento non vincolante.

Alla luce del quadro normativo esistente nell'UE, insomma, perché una sequenza di informazioni possa essere considerata "dato personale" e di conseguenza rientrare nell'ambito di applicazione delle norme sulla relativa protezione, è necessario che la stessa sia riferita o quanto meno riferibile a una persona determinata; ciò, evidentemente, rende dubbia l'applicabilità della disciplina generale UE sulla tutela *dei e dai* dati a tutte le informazioni che, al fine di essere inserite in *big datasets* nei quali non conta la loro riferibilità ad un individuo determinato ma la possibilità di elaborarle in un contesto più ampio per tracciare dei *trend*, siano raccolte *ab origine* in forma anonima, siano successivamente "anonimizzate" in seguito a un procedimento di cancellazione di ogni riferimento alla persona alla quale si riferiscono, o siano "pseudonimizzate" (sono così definiti i dati conservati in un formato tale da non identificare direttamente un individuo specifico, senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive)⁵⁷.

Il regime generale di tutela dei dati UE, peraltro, non pare in ogni caso idoneo, per il suo contenuto materiale, a regolare adeguatamente dati raccolti massivamente

⁵⁶ I Membri del Consiglio d'Europa avevano auspicato che l'impatto prodotto dalla Convenzione 108 – la quale costituisce uno strumento di specificazione applicativa dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – sull'ordinamento internazionale fosse in qualche misura facilitato dal fatto che la stessa, come pure altri trattati internazionali elaborati nel medesimo contesto, sia ratificabile anche da Stati non membri del Consiglio d'Europa. L'art. 23 della Convenzione 108 prevede infatti che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa possa invitare anche Stati non membri ad aderire alla Convenzione stessa, con una decisione presa, ai sensi dell'art. 20, lett. d), dello Statuto del Consiglio d'Europa, a maggioranza dei due terzi dei voti espressi dai membri del Comitato. Tale maggioranza, peraltro, stante la necessità del consenso di tutte le parti di un trattato internazionale perché ad esso aderisca un ulteriore Stato, deve contemporaneamente rappresentare l'unanimità dei voti degli Stati firmatari della Convenzione che siedono nel Comitato. Va detto però che ad oggi, oltre ai Paesi membri del Consiglio d'Europa, solo Mauritius, Senegal e Uruguay hanno ratificato la Convenzione 108.

⁵⁷ L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, *Pseudonymization and Impacts of Big (Personal/Anonymous) Data Processing in the Transition from the Directive 95/46/EC to the New EU General Data Protection Regulation*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 171 ss.; S. STALLA-BOURDILLON, A. KNIGHT, *Anonymous Data v. Personal Data – a False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2017, p. 284 ss. Va anche detto che una parte della dottrina ritiene che "it would appear therefore that no data can be entirely anonymized, and therefore all data could be considered 'personal' and therefore fall within the very strict rules of the GDPR Regulation" V. ZENO ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *op. cit.*, p. 34, ma al riguardo permangono dubbi irrisolti.

con le tecnologie che stanno alla base dei *big data*, come i motori di ricerca, i *social network*, i dispositivi dotati di sistemi di tracciamento di cui facciamo quotidianamente uso – dagli *smartphone* e le loro applicazioni, alle apparecchiature domestiche, ai *devices* con geolocalizzazione – la cui crescente pervasività traccia i nostri contatti e le nostre preferenze raccogliendo informazioni che vengono poi archiviate in maniera collettiva⁵⁸. Tali meccanismi di raccolta, che, come dicevamo in apertura, spesso sono collegati con IoT, IoM e *cloud computing*⁵⁹, appaiono infatti poco efficacemente regolabili in base ai principi contemplati dall'art. 5 DPGR, vale a dire la necessità di consenso preventivo, la limitazione e la predeterminazione delle finalità della raccolta, la minimizzazione dei dati archiviati (cioè la loro riduzione allo stretto indispensabile per la finalità), la limitazione della loro conservazione e l'integrità e la riservatezza degli stessi⁶⁰.

Ora, sebbene il PE auspichi che *tutte* le norme dell'UE in materia di protezione della *privacy* e trattamento dei dati personali – ivi comprese quelle che contemplano il diritto degli interessati di ricevere informazioni riguardanti le logiche sottostanti ai processi decisionali automatizzati e alla profilazione, come pure il diritto di ricorso – vadano applicate “al trattamento dei dati anche quando questo è preceduto da tecniche di pseudonimizzazione”⁶¹ e che finanche i dati del tutto anonimi, malgrado tale carattere, dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione del DPGR ogni qual volta il loro uso o trattamento rischi di “ripercuotersi sulla sfera privata dei singoli o su altri diritti e libertà, con la conseguente stigmatizzazione di interi gruppi di popolazione”, appare in realtà dubbio che, alla luce del quadro normativo vigente, ciò possa avvenire.

5. La situazione appena descritta, insomma, denota lacune di disciplina e tutela, dal momento che è improbabile che le informazioni contenute in *big dataset* siano riconducibili a individui determinati o determinabili; situazioni di questo tipo, però, potrebbero essere oggetto di forme di tutela costruite sul modello di quelle contemplate per gli interessi collettivi dei gruppi⁶².

⁵⁸ Per un'analisi complessiva delle tecniche mediante le quali i *big data* operano si veda V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform how We Live, Work, and Think*, Boston, 2013, *passim*.

⁵⁹ Con l'espressione *cloud computing* si fa riferimento al complesso di strumenti tecnici attraverso i quali un utente elabora, usa e archivia, per il tramite di Internet, dati contenuti su computer remoti, cioè da questi non fisicamente raggiungibili, sfruttandone le potenzialità di calcolo e memorizzazione; per una analisi e per riferimenti bibliografici ci permettiamo di rinviare a G. M. RUOTOLO, *Hey! You! Get off of my cloud! Accesso autoritativo alle nuvole informatiche e diritto internazionale*, in *Archivio penale*, 2013, p. 853 ss.

⁶⁰ Per tali principi si veda l'art. 5 del DGPR. In dottrina v. M. E. GONÇALVES, *The EU Data Protection Reform and the Challenges of Big Data: Remaining Uncertainties and Ways Forward*, in *Information & Communications Technology Law*, 2017, p. 1 ss., nonché V. MAYER-SCHÖNBERGER, Y. PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's Data Protection Regulation*, in *Columbia Science & Technology Law Review*, 2016, p. 315 ss.

⁶¹ 2016/2225(INI).

⁶² Cfr. A. MANTELERO, *Personal Data for Decisional Purposes in the Age of Analytics: From an Individual to a Collective Dimension of Data Protection*, in *Computer Law and Security Review*, 2016, p. 238 ss.

Va ricordato che, almeno con riferimento all'ordinamento internazionale, la configurabilità del diritto di un gruppo è stata messa in dubbio da parte della dottrina, che l'ha contestata, a livello concettuale, non solo rispetto alla possibilità di concepire un gruppo come autonomo titolare di posizioni giuridiche proprie, ma anche alla difficoltà di definire in maniera sufficientemente precisa il gruppo stesso⁶³; tuttavia va anche detto che la maggior parte dei dubbi espressi appaiono generalmente collegati alle difficoltà di *enforcement* che caratterizzano nell'ordinamento internazionale posizioni giuridiche così concepite e come, comunque, lo stesso ordinamento quanto meno nel processo di creazione dello Stato, abbia visto l'affermazione di posizioni giuridiche in base a un modello normativo basato proprio sul principio di non discriminazione di un gruppo rispetto ad altri⁶⁴.

Nella consapevolezza delle differenze che distinguono i gruppi sociali con una propria struttura organizzata (come i popoli che lottano per l'autodeterminazione, ad esempio) da quelli dei gruppi di *co-patterners*⁶⁵, e grazie alle note caratteristiche che distinguono l'ordinamento UE da quello internazionale, vi si potrebbe concepire un modello di disciplina che trascenda i singoli e consenta forme di *collective redress*, cioè di tutela collettiva di interessi anche non direttamente riferibili a individui determinati.

Il problema principale che in casi siffatti potrebbe sorgere avrebbe riguardo alla configurabilità collettiva dei *co-patterners* come gruppo autonomo e specificamente individuato; va detto però che in Europa di recente è possibile registrare qualche elemento che potrebbe consentirne il superamento.

Il Comitato consultivo della Convenzione 108 del Consiglio d'Europa⁶⁶, il 23 gennaio 2017, ad esempio, ha adottato delle linee guida in materia di tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali nel contesto dei *big data*, che si spingono a considerare alcune peculiarità che vanno oltre le esigenze strettamente individuali che sono tradizionalmente oggetto delle norme sulla protezione dei dati personali⁶⁷. Sotto il profilo procedurale va evidenziato come non sia chiaro quale norma giustifichi la competenza del Comitato ad adottare tali linee guida né come sia regolata la procedura che è stata a tal fine utilizzata: il testo delle stesse si limita ad affermare che al riguardo è stata applicata una "written procedure" durante la quale sono stati "consultati" 50 membri e all'esito della quale la Danimarca, il

⁶³ Da ultimo v. J. KLABBERS, *International Law*, Cambridge, 2017, p. 124. Più risalente P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, 1991, *passim*.

⁶⁴ Si tratta di tematiche di respiro generale che è impossibile affrontare in questa sede; per una ampia disamina v. C. BISAZ, *The Concept of Group Rights in International Law. Groups as Contested Right-Holders, Subjects and Legal Persons*, Leiden, 2012; N. LERNER, *Group Rights and Discrimination in International Law*, II ed., Leiden, 2003.

⁶⁵ Sulla distinzione tra gruppi organizzati e gruppi di persone accomunate da alcuni interessi (come ad esempio i non fumatori, i lavoratori o i disabili) si veda già R. BEN-ISRAEL, *Is the Right to Strike a Collective Human Right?*, in *Israel Yearbook of International Law*, 1981, p. 195 ss.

⁶⁶ Il Comitato, la cui composizione è regolata dall'art. 18 della Convenzione 108, può fare proposte al fine di facilitare o migliorare l'applicazione della Convenzione, avanzare proposte di emendamento alla Convenzione, emette un parere su ogni proposta di emendamento che gli sia sottoposta e può, dietro domanda di una Parte, esprimere un parere su ogni questione relativa all'applicazione della Convenzione.

⁶⁷ *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big data*, predisposte da A. MANTELERO, reperibili all'indirizzo www.coe.int.

Liechtenstein e il Lussemburgo si sono astenuti e la Germania e l'Irlanda si sono opposti.

Quanto al merito, le linee guida riconoscono l'esistenza di una “*collective dimension of the risks related to the use of data*”, che dovrebbe auspicabilmente condurre a una “*broader idea of control over the use of data, according to which individual control evolves in a more complex process of multiple impact assessment of the risks related to the use of data*” (sez. I) e suggeriscono di conseguenza agli Stati membri un adattamento dei principi contenuti nella Convenzione 108.

La portata di quanto appena detto, d'altro canto, non va sopravvalutata: le linee guida in parola, infatti, pur riconoscendo l'esistenza di un rischio *collettivo* derivante dall'uso dei *big data*, non contengono però alcun esplicito riferimento alla possibilità di *tutela collettiva* delle posizioni giuridiche così impattate, né suggeriscono agli Stati di dotarsi di strumenti processuali in tal senso (come invece, come vedremo subito, pare fare il diritto UE), limitandosi a sollevare problemi di responsabilità sociale ed etica (sez. IV, par. 1) e ad adattare alle peculiarità della situazione i principi generali già contenuti nella Convenzione 108, suggerendo a tal fine agli Stati di imporre ai controllori dei dati una valutazione preventiva dei rischi della gestione dei *big data*, nel rispetto del principio precauzionale (sez. IV, par. 2), ad auspicare l'applicazione del principio di trasparenza al fine di consentire a tutti gli interessati di accedere ai risultati del procedimento di valutazione dei rischi (sez. IV, par. 3), a prevedere una particolare forma di consenso, informato sulla base di un'interfaccia che simuli gli effetti dell'elaborazione e dell'uso dei dati e il loro potenziale impatto (sez. IV, par. 5).

Una particolare attenzione, è dedicata però nelle linee guida, alla questione dell'anonimizzazione dei dati, auspicando che le norme nazionali impongano al controllore degli stessi di adottare misure tecniche volte ad impedire la reidentificazione dei soggetti ai quali dati si riferiscono (sez. IV, par. 6). Va infine segnalato il fatto che, con riguardo all'utilizzazione di *big data* per l'adozione di decisioni automatizzate, alla quale abbiamo fatto riferimento in precedenza, le linee guida suggeriscono agli Stati di lasciare comunque un ruolo importante alle scelte umane e di contemplare in ogni caso la possibilità di ricorso dinanzi ad una autorità competente da parte dei soggetti che dovessero subire gli effetti di una decisione adottata mediante strumenti siffatti (sez. IV, par. 7).

Certamente più significativi sono gli sviluppi relativi alla rilevanza non strettamente individuale delle posizioni giuridiche delle persone interessate dalla raccolta di *big data* – e alla possibilità di una loro tutela in forma giurisdizionale – nell'Unione europea.

Si pensi, innanzitutto, alla questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte di giustizia dalla Corte suprema austriaca con riguardo all'ammissibilità di una “*worldwide or European wide class action*” contro *Facebook*⁶⁸. Nella causa *a quo* un singolo⁶⁹ ha difatti agito dinanzi al giudice nazionale per la tutela sua e di altre

⁶⁸ Causa C-498/16, *Schrems c. Facebook Ireland Limited*, pendente.

⁶⁹ Si tratta del medesimo Maximilian Schrems il cui ricorso dinanzi alla High Court irlandese aveva generato il rinvio pregiudiziale all'esito del quale la Corte ha annullato la decisione 2000/520/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, adottata in applicazione della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro in materia

persone⁷⁰ contro il *social network*, accusato di aver utilizzato in maniera massiva politiche illegittime di raccolta, elaborazione e condivisione di dati, nonché di aver fornito i risultati delle proprie elaborazioni – sia in senso individuale sia, per quanto interessa più da vicino la nostra analisi, in senso aggregato – al Governo USA per i suoi programmi di sorveglianza di massa, in particolare il famigerato PRISM.

La Corte austriaca ha quindi chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se il regolamento n. 44/2001, c.d. Bruxelles I, *ratione temporis* applicabile, concernente, come noto, la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e, in particolare, l'art. 16, par. 1⁷¹, possa essere interpretato nel senso di consentire ad un singolo di far valere all'interno di uno Stato membro, contestualmente ai *propri*, anche diritti analoghi di *altri* consumatori, i cui dati siano stati complessivamente aggregati, domiciliati nel medesimo Stato membro, in un altro Stato membro, oppure addirittura in un Paese terzo.

di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti; cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commission*. In dottrina v. P. PIRODDI, *I trasferimenti di dati personali verso paesi terzi dopo la sentenza "Schrems" e nel nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 827 ss.; S. SICA, V. D'ANTONIO, *I "Safe Harbour Privacy Principles": genesi, contenuti, criticità*, *ivi*, p. 801 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso "Schrems": la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, *ivi*, p. 683 ss.; R. BIFULCO, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo alla "privacy" – Nota a CGUE Grande sezione 6 ottobre 2015 (causa C-362/14)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 289 ss.; B. CAROTTI, *Il caso "Schrems", o del conflitto tra riservatezza e sorveglianza di massa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 333 ss.; S. CRESPI, *Il trasferimento dei dati personali UE in Stati terzi: dall'Approdo sicuro allo Scudo UE/USA per la "privacy"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 687 ss.; G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da "Google Spain" a "Schrems"*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 779 ss.; A. GIATTINI, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia dell'UE: il caso "Schrems" e l'invalidità del sistema di "approdo sicuro"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 247 ss.; M. MASTRACCI, *Evoluzione del diritto alla privacy tra Europa e Stati Uniti: dal Safe Harbor al Privacy Shield*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, p. 555 ss.; A. MANTELETO, *From "Safe Harbour" to "Privacy Shield". The "Medieval" Sovereignty on Personal Data*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2016, p. 338 ss.; ID., *Il trattamento dati nelle imprese nel post "Safe Harbour". Strategie di breve, medio e lungo periodo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 887 ss.; M. NINO, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbour: la sentenza Schrems*, in *Quaderni di Sidiblog*, Napoli, 2015, p. 286 ss.; ID., *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 755 ss. F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, p. 690 ss.; G. SCARCHILLO, *Dal Safe Harbor al Privacy Shield. Il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti dopo la sentenza Schrems*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 901 ss.

⁷⁰ Sebbene il procedimento pendente dinanzi al giudice del rinvio riguardi soltanto sette consumatori domiciliati in Austria, Germania e India, successivamente più di 50.000 persone hanno ceduto a Schrems i loro diritti nei confronti di Facebook mediante un sito *web* volto alla raccolta della volontà degli interessati: www.fbclaim.com.

⁷¹ "L'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte, o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore". Ricordiamo che, a partire dal 10 gennaio 2015, il regolamento 44/2001 è stato sostituito dal regolamento (UE) 1215/2012, il cui art. 18, par. 1, prevede che "l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui è domiciliata tale parte o, indipendentemente dal domicilio dell'altra parte, davanti alle autorità giurisdizionali del luogo in cui è domiciliato il consumatore".

Va detto che nel procedimento in questione l'attore si è premurato di farsi cedere da altri interessati i loro diritti, proprio al fine di proporre l'azione giurisdizionale "collettiva"; è interessante sottolineare come tale cessione, almeno a quanto è dato leggere nel sunto di domanda pregiudiziale reperibile sul sito della Corte, sia da costoro stata concessa proprio al fine di garantire un esercizio *generale* dei diritti.

Nelle sue conclusioni, presentate il 14 novembre 2017, l'Avvocato generale Michal Bobek ha suggerito però alla Corte di dichiarare che, alla luce dello stato attuale del diritto UE e, in particolare dell'art. 16, par. 1, del regolamento Bruxelles I, un consumatore non può far valere, contemporaneamente a diritti propri, diritti aventi lo stesso oggetto che gli siano a tal fine stati ceduti da altri consumatori domiciliati in altre località all'interno dello stesso Stato membro, in altri Stati membri o in Paesi terzi.

L'Avvocato generale, infatti, pur riconoscendo l'opportunità di prevedere la possibilità di azioni collettive all'interno dell'Unione, ha ricordato che, a parte gli strumenti di diritto non vincolante di cui diremo subito appresso, l'ordinamento UE non contempla ancora una siffatta possibilità, la quale non potrebbe, quindi, essere riconosciuta per via meramente giurisprudenziale, necessitando di un intervento legislativo organico⁷².

Ad oggi, infatti, la Commissione si è limitata ad adottare solo una raccomandazione relativa ai "principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione"⁷³ che, per quanto concerne la legittimazione ad agire, suggerisce agli Stati membri di designare delle organizzazioni che possano intentare azioni rappresentative di una pluralità di individui con interessi comuni⁷⁴.

Nell'attesa della decisione della Corte va segnalato come pure il Parlamento europeo abbia evidenziato come, a causa delle quantità di dati e dei sistemi utilizzati per la loro analisi, i *big data* possano "condurre non solo a violazioni dei diritti fondamentali *dei singoli*, ma anche a una disparità di trattamento e a una discriminazione indiretta nei confronti di *gruppi di persone con caratteristiche simili*, in parti-

⁷² Cfr. il punto. 123 delle conclusioni.

⁷³ Raccomandazione 2013/396/UE dell'11 giugno 2013. Si vedano in dottrina M. DANOV, *The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments*, in *Journal of Private International Law*, 2010, p. 359 ss.; Z. S. TANG, *Consumer Collective Redress in European Private International Law*, in *Journal of Private international Law*, 2011, p. 101 ss.; ID., *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2015, II ed., p. 284 ss.; E. LEIN, *Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch*, in D. FAIRGRIEVE, E. LEIN (eds.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford, 2012, p. 129 ss.; R. CISOTTA, *The Evolving Framework for Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union: A First Assessment*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, p. 709 ss.; B. HESS, *Collective Redress and the Jurisdictional Model of the Brussels I Regulation*, in A. NUYTS, N. E. HATZIMIHAİL (eds.), *Cross-Border Class Actions. The European Way*, Munich, 2014, p. 59 ss.; A. NUYTS, *The Consolidation of Collective Claims under Brussels I*, *ivi*, p. 69; A. M. ROMITO, *I provvedimenti inibitori a favore del consumatore nella disciplina dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 503 ss.

⁷⁴ La raccomandazione auspica che siffatte organizzazioni non abbiano scopo di lucro, che vi sia un nesso diretto tra i loro obiettivi principali e i diritti conferiti dalle norme dell'Unione di cui si lamenta la violazione per i quali l'azione è esperita e che le stesse abbiano sufficienti capacità, in termini di risorse finanziarie e umane e di competenza legale, per rappresentare una molteplicità di ricorrenti agendo nel loro interesse.

colare per quanto concerne l'equità e le pari opportunità di accesso all'istruzione e all'occupazione, quando si offre un lavoro alla persona o la si valuta oppure quando si determinano le nuove abitudini di consumo degli utenti dei media sociali⁷⁵.

Ricordiamo pure che, da ultimo, la Commissione ha avanzato una proposta di regolamento relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati *non personali* nell'Unione europea⁷⁶ il quale, pur riconoscendo alcune delle peculiarità di tali dati, però si concentra esclusivamente, come già evidente già dal titolo, sui problemi connessi alla loro circolazione, senza preoccuparsi dei profili di tutela delle posizioni giuridiche delle persone eventualmente intaccate dall'(ab)uso di dati siffatti.

Ora, nell'attesa dell'auspicabile adozione di norme vincolanti e specifiche, *de jure condendo* ci pare che il modello elaborato dalla Commissione per i meccanismi di ricorso collettivo, e in particolare l'idea di individuare *ex ante* organizzazioni legittimate ad avviare azioni rappresentative di una pluralità di individui con interessi comuni, potrebbe essere efficacemente esteso alle azioni collettive di tutela nei confronti dei *big data*, dal momento che lo stesso potrebbe costituire uno strumento idoneo a superare le difficoltà connesse all'individuazione concreta del gruppo di *co-patterners* e, di conseguenza, alla determinazione della legittimazione ad agire in sede giurisdizionale.

Abstract

Non-personal Data: The Surfacing of Big Data in European Union Law

The paper analyzes the framework for the protection *of* and *from* big data in European Union law. In particular, it deals with both its relationships with EU market regulations (mainly in antitrust and consumers' protection issues) and EU governance (focusing on the potential benefits that could arise from using big data as a public governance tool), and underlines the arising risks of discrimination of groups and minorities. Further, it investigates the possibility of conceiving EU collective protection instruments against big data abuses, given the inapplicability to the latter of the rules of the general data protection regulation (GDPR).

⁷⁵ COM(2016)288 fin., punto 19 (i corsivi sono nostri).

⁷⁶ V. COM(2017)495 fin. del 13 settembre 2017.

Caterina Fratea*

Aiuti di Stato illegali o incompatibili ed effettività della tutela risarcitoria: osservazioni tra diritto dell'Unione europea e giurisprudenza nazionale

SOMMARIO: 1. La funzione del *private enforcement* delle norme in materia di aiuti di Stato. – 2. La tutela risarcitoria dell'impresa concorrente nei confronti dell'autorità pubblica erogatrice dell'aiuto. – 3. La tutela risarcitoria dell'impresa concorrente nei confronti del beneficiario dell'aiuto. – 4. La tutela risarcitoria dell'*accipiens* nei confronti del soggetto pubblico erogatore dell'aiuto. – 5. Osservazioni conclusive: profili procedurali e altre forme di tutela.

1. Nel quadro delle politiche dell'Unione europea, il riferimento alla tutela risarcitoria da illecito anticoncorrenziale non può che evocare il percorso che, dalle fondamentali sentenze *Courage*¹ e *Manfredi*² sino alla direttiva 2014/104³, ha permesso di rafforzare sensibilmente la posizione dei presunti danneggiati nell'ambito dei giudizi civili instaurati avanti le corti domestiche. Il rimedio risarcitorio di matrice europea ha infatti rappresentato un passo fondamentale nella direzione della tutela dei soggetti più deboli del mercato, consentendo l'ingresso di tale istituto negli ordinamenti che ne erano in precedenza sprovvisti, quanto meno in relazione

* Ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Verona.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99.

² Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, cause riunite C-295 a 298/04.

³ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, trasposta in Italia con d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Sulla direttiva sia consentito rinviare a C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionaliprivatistici e interni*, Napoli, 2015, p. 47 ss.; si veda altresì P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015. Per un'analisi del d.lgs., R. CAIAZZO, *The Legislative Decree of Implementation of Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2016, n. 2, p. 104 ss.; P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017; in sintesi, A. M. ROMITO, *Le azioni di risarcimento del danno per illecito antitrust in Italia: il decreto legislativo 3/2017*, in *Sud in Europa*, giugno 2017, p. 9 ss.

alle violazioni della concorrenza di rilievo comunitario che rappresentano ormai la maggior parte di quelle poste in essere nel mercato interno.

Occorre però rilevare che l'esistenza di un diritto al risarcimento del danno, pur finalizzata a reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto leso, viene ricavata dalla giurisprudenza *Courage* e *Manfredi* dalla necessità di garantire effettività alle norme dei Trattati, pertanto da un'esigenza *lato sensu* pubblicistica. Tale diritto viene in ultima analisi disegnato come uno strumento volto a rafforzare l'operatività della disciplina sulla concorrenza e la tutela del mercato. Il legame tra l'affermazione del diritto al risarcimento del danno e la sfera pubblicistica del diritto della concorrenza emerge ancor più prepotentemente nel settore degli aiuti di Stato, in cui sono i Paesi membri, e non le imprese, i destinatari delle norme di diritto primario e derivato. In questo settore, ancor più che in quello *antitrust*, l'azione risarcitoria è da considerarsi quale strumento idoneo non solo a tutelare i danneggiati, ma anche a indurre gli Stati a conformarsi in maniera puntuale al diritto dell'Unione, potenziandone così l'*enforcement*⁴.

Tuttavia, sebbene anche in quest'ambito venga da tempo riconosciuta l'utilità dello strumento risarcitorio⁵ e la stessa Commissione ne abbia ribadito l'importanza⁶, la tutela privatistica è ancora collocata ad uno stato embrionale⁷. Questo insuccesso, testimoniato dal limitato numero di azioni proposte a livello nazionale, oltre che alle prese di posizione molto generiche dei giudici europei⁸, si deve alla peculiarità di un settore in cui, pur essendo le relative disposizioni rivolte agli Stati membri, l'autore della condotta lesiva può essere ravvisato tanto nell'autorità pubblica che ha erogato l'aiuto quanto nell'impresa beneficiaria dello stesso.

Un'ulteriore particolarità della tutela risarcitoria, che contraddistingue non solo il settore degli aiuti di Stato⁹ ma, più in generale, il *private enforcement* del diritto della concorrenza, è rappresentata dalla sua indipendenza rispetto alle indagini della Commissione. Il ristoro del pregiudizio può infatti essere reclamato sia nell'ambito di azioni *follow on* sia, sebbene più raramente a causa delle conseguenti difficoltà probatorie, di azioni *stand alone*¹⁰. Nel primo caso, la parte presunta danneggiata

⁴ Cfr. F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Torino, 2011, p. 271 ss., spec. p. 272.

⁵ Ad es. conclusioni degli Avvocati generali Tesauo del 19 settembre 1989, causa C-142/87, *Tubemeuse*, punto 7; Léger del 6 dicembre 2001, causa C-197/99 P, *Forges de Clabecq*, punto 74; *contra*, conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 14 dicembre 1995, causa C-39/94, *SFEI*, punto 82.

⁶ V. comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in *GUUE* C 85 del 9 aprile 2009, p. 1 ss., punto 43 ss., che sostituisce quella del 1995, *ivi* C 312 del 23 novembre 1995, p. 8 ss. (in prosieguo "comunicazione del 2009").

⁷ Cfr. *Study on the enforcement of State aid law at national level*, coordinato da T. Jestaedt, J. Derenne, T. Ottervanger, 2006, p. 48 ss., reperibile al sito internet della DG Concorrenza; M. HONORÉ, N. E. JENSEN, *Damages in State Aid Cases*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2011, p. 265 ss.

⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH*, punto 56: "è possibile che il giudice nazionale debba statuire su una domanda di risarcimento danni causati in ragione dell'illegittimità della misura di aiuto"; 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF I*, punto 55: il giudice "può altresì essere indotto ad accogliere le domande di risarcimento dei danni causati a motivo dell'illegittimità dell'aiuto" (i corsivi sono nostri).

⁹ Punto 50 della comunicazione del 2009.

¹⁰ Per tutti, P. ROSSI, *Capitolo XII. Procedura in tema di aiuti*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza della UE*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e dell'economia*, LXIV, Padova, 2012, p. 579 ss., spec. p. 583. L. DANIELE, *Private enforcement in materia*

può rivolgersi al giudice civile qualora sia già intervenuta una decisione di recupero della Commissione che dichiari l'aiuto incompatibile con il mercato interno oppure abusivo, ossia erogato con modalità che ne determinano l'utilizzo in difformità rispetto a quanto stabilito dalla decisione di autorizzazione¹¹. In base alla seconda ipotesi, è possibile adire l'autorità giurisdizionale interna in assenza di un provvedimento dell'Esecutivo UE a fronte di danni patiti a causa di aiuti illegali, vale a dire non notificati o erogati prima che la Commissione si sia pronunciata, così violando l'obbligo di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3, TFUE. In virtù di tale norma, nonché dell'art. 3 del regolamento di procedura, lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure di vantaggio (salvo si tratti di aiuti esistenti¹² o rientranti nell'ambito di un regolamento di esenzione per categoria) prima che la Commissione lo abbia autorizzato al termine della procedura di controllo. La Corte di giustizia ha stabilito che le corti nazionali sono tenute a tutelare i diritti dei singoli lesi dall'esecuzione illegale della misura nazionale, attraverso l'adozione di tutti i provvedimenti, anche risarcitori, necessari a garantire l'effetto utile dell'art. 108, par. 3, TFUE, senza necessità di declinare la propria competenza in attesa dell'esito di un eventuale parallelo procedimento avanti la Commissione circa la compatibilità dell'aiuto erogato¹³. A tal fine essi possono altresì valutare se sono soddisfatte le

di aiuti di Stato e giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 159 ss., spec. p. 168, sottolinea come le procedure nazionali non siano necessariamente connotate da maggiore speditezza, non solo per le eventuali impugnazioni, ma anche per la possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale. In relazione al rinvio pregiudiziale di interpretazione, effettuato ai fini della non agevole qualificazione di una misura statale come aiuto, si segnala che "un giudice nazionale non può (...) interrogare la Corte sulla compatibilità con il mercato comune di un aiuto di Stato o di un regime di aiuti" (ordinanza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, causa C-297/01, *Sicilcassa*, punto 47). Su questi aspetti, G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro le decisioni in materia di aiuti di Stato della Commissione*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 679 ss. In ogni caso i giudici nazionali non possono né valutare la compatibilità di un aiuto con i Trattati né esaminare la validità di una decisione della Commissione, avendo solo il compito di darvi esecuzione (sentenze della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, punto 53; del 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcon*, punto 34, sull'impossibilità per il giudice interno di fare accertamenti ulteriori rispetto a quelli della Commissione). Sul punto v. l'ordinanza del 14 marzo 2016, n. 103, con cui il Tribunale di Enna, sospendendo un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, solleva questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 101 e 104 Cost. dell'efficacia vincolante della decisione assunta da un'autorità amministrativa europea, quale quella con cui la Commissione qualifica una determinata misura nazionale come aiuto di Stato incompatibile. Tuttavia, sulla valenza sostanzialmente legislativa e sulla conseguente vincolatività per i giudizi nazionali delle decisioni emesse dalla Commissione v., per tutte, Corte di Cassazione, sez. lavoro, 5 settembre 2013, n. 20413. Non è neppure possibile chiedere la disapplicazione cautelare della decisione di recupero della Commissione, come invece aveva fatto il TAR Lombardia con ordinanza del 21 maggio 2013, n. 553, *Comune di Milano c. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, nell'ambito del contenzioso *ATA Handling*, poi correttamente riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza 25 settembre 2013, n. 3756 (sulla diversa questione, risolta negativamente, che il rischio di un'azione risarcitoria a seguito di una decisione di recupero venga posto a fondamento della richiesta di sospensiva dell'atto della Commissione, v. ordinanza del Presidente del Tribunale del 28 novembre 2014, causa T-688/14 T, *Airport Handling c. Commissione*, punto 45 s.).

¹¹ V. art. 20 del regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, c.d. regolamento di procedura, che ha abrogato il regolamento 659/1999.

¹² Art. 2 del regolamento 2015/1589. Cfr. P. WERNER, *Part IX. Article 108 TFEU*, in F. J. SÄCKER, F. MONTAG (eds.), *European State Aid Law. A Commentary*, München, 2016, p. 1509 ss., a p. 1529.

¹³ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI*, punto 53; *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH*, punti 38 e 44.

condizioni stabilite dai regolamenti di esenzione per categoria o dal regime preventivamente autorizzato dalla Commissione.

Si delinea pertanto un quadro in base al quale la Commissione esercita un controllo per lo più sostanziale, mentre ai giudici nazionali spetta la verifica del controllo delle norme procedurali¹⁴. Ciò consente alla prima di concentrare la propria attività sulle misure con un maggior potenziale distorsivo sulla concorrenza, lasciando ai secondi più spazio per i compiti di controllo sui casi con effetti limitati e ampliando lo spazio riservato al regime delle esenzioni. Tale prospettiva risulta del resto coerente con il processo c.d. di modernizzazione degli aiuti di Stato avviato dalla Commissione nel 2012¹⁵ che, al di là della semplificazione delle procedure, mira ad un'applicazione più razionale della normativa in materia di aiuti a livello sia comunitario che nazionale. La diretta efficacia dell'art. 108, par. 3, TFUE ha pertanto attribuito ai giudici nazionali un'importante funzione complementare nel garantire il rispetto della normativa UE in tema di aiuti di Stato. Essi, infatti, si trovano ad integrare i poteri di cui la Commissione come *public enforcer* è sprovvista, ad esempio in relazione all'effettivo recupero degli aiuti, associandosi alla stessa nel ruolo di *private enforcers* delle disposizioni dell'Unione.

Occorre infine precisare che la tutela risarcitoria derivante dalla concessione di aiuti di Stato illegali o incompatibili, concernendo il contenuto patrimoniale della pretesa del privato, è indipendente rispetto alle altre ipotesi di ricorso al giudice nazionale inerenti a pretese di tipo sostanziale, alle quali si può affiancare¹⁶. Un concorrente dell'impresa beneficiaria, soggetto nel quale nella maggior parte dei casi si identifica la parte lesa in questo tipo di procedimenti, potrebbe infatti agire in giudizio per far valere il vizio dell'atto di concessione dell'aiuto illegale al fine di ottenerne la sospensione e, contestualmente, agire ai fini del ristoro del danno. A tale ultimo riguardo sono ipotizzabili tre scenari, due inerenti ad azioni di tipo verticale, nei confronti dello Stato, e uno inerente ad azioni orizzontali nel contesto *business-to-business* (B2B). Il più frequente è rappresentato dalla citazione in giudizio dello Stato da parte delle imprese concorrenti della beneficiaria, ma non è

¹⁴ L. SALVI, *Articolo 50. Ricorso giurisdizionale per violazione dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in L. COSTATO, L. S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commento alla legge 24.12.2012 n. 234*. "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea", Napoli, 2015, p. 443 ss., spec. p. 446.

¹⁵ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, COM(2012) 209 final dell'8 maggio 2012. Per spunti critici sulla natura del *private enforcement* nazionale come strumento suppletivo rispetto al controllo effettuato a monte dalla Commissione e sui nuovi assetti dell'allora prospettiva di riforma cfr. M. L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 381 ss., spec. p. 392 ss.

¹⁶ F. BESTAGNO, *L'azione risarcitoria come strumento di private enforcement della disciplina di diritto dell'UE sugli aiuti di Stato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 623 ss., spec. p. 630. Si consideri altresì la possibilità per i privati di agire avverso le decisioni di recupero dell'aiuto emanate dalla Commissione. Sulla legittimazione e sull'interesse ad agire dei privati avverso le decisioni di recupero dell'aiuto, E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *State Aid Litigation before the EU Courts. The Case of Aid Schemes*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2016, p. 60 ss., nonché sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2015, causa C-33/14 P, *Mory*, punto 74 ss., circa l'esistenza di un interesse all'annullamento dei concorrenti del beneficiario dell'aiuto nei casi in cui da esso possa dipendere l'esito di una causa risarcitoria.

escluso che il concorrente possa convenire in giudizio il beneficiario o che, infine, contro l'autorità pubblica agisca lo stesso *accipiens*¹⁷.

2. L'ipotesi del ricorso del presunto danneggiato nei confronti del soggetto pubblico erogatore dell'aiuto è ascrivibile al più generale obbligo risarcitorio a carico degli Stati membri per violazione del diritto UE riconosciuto a partire dalla sentenza *Francovich*¹⁸. Premessa l'irrelevanza dell'articolazione interna allo Stato ai fini della proponibilità dell'azione, purché essa sia indirizzata nei confronti del soggetto pubblico inadempiente¹⁹, l'estensione della giurisprudenza *Francovich* all'ipotesi di responsabilità derivante da concessione di aiuti illegittimi non è scevra di difficoltà a causa della difficoltà di fornire, nell'ambito di tali controversie, la prova delle condizioni della responsabilità statale richieste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Quanto al primo presupposto, già nelle primissime sentenze della Corte di giustizia relative all'obbligo di recupero e richiamate dalla Commissione nella citata comunicazione del 2009 si trova conferma dell'efficacia diretta dell'obbligo di *standstill* e della conseguente idoneità dell'attuale art. 108, par. 3, TFUE a conferire ai singoli diritti che il giudice nazionale deve salvaguardare²⁰.

Il secondo requisito, vale a dire che la violazione sia sufficientemente caratterizzata o qualificata, è ritenuto dalla Commissione come esistente *in re ipsa* nei casi di aiuto illegale. Sempre nella comunicazione del 2009, infatti, si precisa che "le autorità dello Stato membro non godono di alcun potere discrezionale di non notificare misure di aiuto di Stato" e, nonostante alcune rare ipotesi nelle quali la

¹⁷ F. BESTAGNO, *Il risarcimento dei danni per la violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (Diritto UE)*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 649 ss., a p. 659, configura la possibilità che possano agire in via risarcitoria anche soggetti terzi, diversi dai concorrenti, quali i creditori dell'impresa fallita perché tenuta alla restituzione dell'aiuto. A questo quadro si aggiunge la responsabilità extracontrattuale dell'UE *ex art.* 268 TFUE nei casi in cui il danno sia cagionato nell'esercizio dei poteri di controllo della Commissione: F. BESTAGNO, *Art. 108*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 868 ss., spec. p. 887 (per un esempio, sentenza del Tribunale del 8 novembre 2011, causa T-88/09, *Idromacchine Srl e altri c. Commissione*). Quest'ultima ipotesi può riguardare l'azione risarcitoria intentata dal danneggiato, sia esso l'impresa che non abbia ricevuto un aiuto legittimo o la concorrente di questa in caso di aiuto erroneamente dichiarato compatibile, oppure dallo Stato per i risarcimenti versati a seguito di valutazioni errate dell'Esecutivo UE. In relazione a ciò v. sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988, cause riunite 106 a 120/87, *Asteris*, in cui si afferma altresì che "il risarcimento che le autorità nazionali siano condannate a pagare a dei singoli per il danno loro arrecato non costituisce un aiuto" (punto 24). L'incertezza legata al ristoro di un danno pecuniario nell'ambito di un'eventuale azione risarcitoria contro l'UE non può essere considerata, di per se stessa, quale circostanza idonea a provare il carattere irreparabile del danno stesso ai fini della sospensione dell'esecuzione della decisione della Commissione in via cautelare: ordinanza del Presidente della Corte di giustizia del 14 dicembre 2011, causa C-446/10 P(R), *Alcoa*, punto 55.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90.

¹⁹ La stessa comunicazione del 2009 parla di azioni "intestate contro l'autorità che eroga l'aiuto di Stato" (punto 43). Nei casi in cui l'aiuto sia erogato da autorità territoriali non si configura pertanto un litisconsorzio necessario con lo Stato centrale, del quale rimane tuttavia ferma la responsabilità solidale, in quanto garante del rispetto del diritto UE: L. CALZOLARI, *La responsabilità delle amministrazioni nazionali e delle imprese beneficiarie per la violazione degli artt. 107 e 108 TFUE fra diritto dell'Unione e autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 223 ss., spec. p. 234.

²⁰ V. per tutte sentenze della Corte di giustizia dell'11 dicembre 1972, causa 120/73, *Gebr. Lorenz GmbH*; del 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires*; e punto 46 della comunicazione del 2009.

Corte di giustizia ammette la scusabilità dell'errore, esse "non possono, in linea di principio, sostenere che non erano al corrente della clausola di sospensione"²¹. La semplice trasgressione dell'obbligo di *standstill* parrebbe quindi essere sufficiente per accertare il carattere grave e manifesto della violazione.

Ciononostante, un elemento appare essere tutt'altro che univoco, ossia la nozione stessa di aiuto in presenza del quale opera l'art. 108, par. 3, TFUE. Sebbene, infatti, la valutazione della compatibilità con il mercato interno di una misura pubblica di vantaggio sia di esclusiva competenza della Commissione, ai fini della corretta applicazione dell'art. 108, par. 3, i giudici sono tenuti ad interpretare tale nozione al fine di verificare se tali misure avrebbero dovuto essere notificate. Definire un aiuto ai sensi del Trattato, così come individuare i casi di sua riconducibilità ad una categoria esentata dall'obbligo di notifica, è un'operazione che può rivelarsi complessa, come confermato dal contenzioso in materia, per quanto in caso di dubbio lo Stato sia sempre tenuto ad effettuare la notifica²². Questa ambiguità potrebbe far venir meno i requisiti di chiarezza e precisione della norma violata, fondamentali ai fini della qualificazione della gravità della violazione e, pertanto, dell'obbligo risarcitorio in capo allo Stato²³. Tale valutazione risulta oggi agevolata dalla comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato adottata dalla Commissione nel 2016²⁴ e dalla possibilità di avvalersi degli strumenti di cooperazione previsti dalla comunicazione del 2009 e dall'art. 29 del regolamento 2015/1589²⁵. Tuttavia, deve essere consentito all'autorità pubblica, convenuta in un'azione risarcitoria per violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, di sollevare eccezioni fondate sulla complessità della fattispecie concreta e sulla presenza di difficoltà interpretative tali da indurla in un errore scusabile²⁶. Tra queste possono rientrare atti o comportamenti della Commissione che abbiano concorso a indurre in errore l'amministrazione statale.

La scarsa fortuna incontrata dalle azioni dirette al risarcimento del danno subito a causa della condotta dello Stato membro per l'erogazione anticipata di un aiuto è da addebitarsi soprattutto alla prova del nesso di causalità, anche in considerazione di potenziali cause interruttive, tra cui si annovera il concorso del danneggiato alla

²¹ Punto 47 della comunicazione. V. anche sentenza *CELF I*, punto 53.

²² L. DANIELE, *op. cit.*, p. 171.

²³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2001, causa C-150/99, *Svenska staten c. Stockholm Lindöpark AB e Stockholm Lindöpark AB c. Svenska staten*, punto 39.

²⁴ Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in *GUUE C 262*, del 19 luglio 2016, p. 1 ss. La comunicazione risulta di particolare importanza in relazione ad una delle più frequenti fattispecie di aiuto, vale a dire quello di natura fiscale: cfr. C. GROBECKER, *The Commission's Notice on State Aid and the Tax Ruling Cases: Clarification or Justification?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 2016, reperibile *online*.

²⁵ Sugli strumenti di collaborazione con i giudici nazionali e sulle loro peculiarità rispetto alla materia *antitrust*, A. ADINOLFI, *L'applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali: gli strumenti di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea e il loro rapporto con il rinvio pregiudiziale*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 175 ss., spec. p. 188 ss.; V. VECCHIETTI, M. LIBERATI, *La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nel settore degli aiuti di Stato*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 813 ss., anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali relativi a casi in cui i giudici si sono avvalsi degli strumenti indicati nella comunicazione del 2009.

²⁶ Cfr. anche sentenza del Consiglio di Stato, 31 gennaio 2012, n. 482, *Società Yesmoke Tobacco c. Monopoli Stato*, in *Foro italiano. Repertorio*, 2012, voce *Responsabilità civile* [5760], n. 361.

realizzazione del pregiudizio²⁷. Mentre, infatti, le problematiche relative alle prime due condizioni esaminate attengono a questioni di tipo giuridico, i problemi relativi alla sussistenza di un nesso eziologico tra condotta dello Stato e lesione lamentata dal ricorrente sono relativi soprattutto al profilo probatorio, non affrontato dalla comunicazione del 2009 in quanto disciplinato in via esclusiva dalle norme nazionali in ossequio al principio dell'autonomia procedurale. Come evidenziato dall'Avvocato generale Kokott richiamando la giurisprudenza *Test Claimants*²⁸, la Corte di giustizia richiede che il nesso di causalità alla base della responsabilità extracontrattuale dello Stato sia "sufficientemente diretto" o "stretto", al fine di evitare che qualsivoglia conseguenza dannosa, quand'anche lontana, possa giustificare un risarcimento. Si deve pertanto escludere il ristoro dei danni che appaiano come conseguenze lontane ed indirette della condotta statale al fine di circoscrivere l'obbligo risarcitorio alle sole pretese relative a danni che siano direttamente imputabili allo Stato²⁹.

La sfera dei soggetti che possono godere della tutela risarcitoria viene pertanto notevolmente ridotta e risulta, di conseguenza, più limitata rispetto a quella dei soggetti che possono convenire in giudizio l'amministrazione esclusivamente al fine di far valere l'effetto diretto dell'art. 108, par. 3, TFUE. Ne deriva che la possibilità di chiedere al giudice la sospensione dell'atto di concessione dell'aiuto illegale non implica di per sé un diritto al risarcimento. A tal fine l'impresa concorrente operante nello stesso settore del beneficiario è tenuta a provare che l'aiuto illegalmente erogato ha comportato una lesione della concorrenza da cui è conseguito il pregiudizio patrimoniale diretto nei suoi confronti. Tuttavia, in un mercato aperto grazie alla presenza di più operatori in competizione, può essere in concreto arduo imputare una perdita di tipo patrimoniale alla sola concessione dell'aiuto illegale da parte dello Stato.

Minori difficoltà si ravvisano nell'ipotesi in cui l'attore richieda il risarcimento del danno patito non in conseguenza della violazione dell'obbligo di *standstill*, ma del tardivo o mancato recupero dell'aiuto abusivo o incompatibile. Infatti, in presenza di una decisione della Commissione che obblighi al recupero l'autorità che ha concesso l'aiuto, la posizione dell'attore migliora sensibilmente, in quanto l'accertamento compiuto dalla Commissione prende in esame altresì l'attitudine della misura pubblica ad alterare le condizioni della concorrenza nel mercato interno. Il mancato rispetto dell'ordine contenuto in una decisione della Commissione, quale infrazione del diritto UE, è inoltre agevolmente dimostrabile da parte dell'attore, in quanto lo Stato non gode di nessuna discrezionalità all'atto di eseguire l'ordine di recupero, che anzi deve avvenire "senza indugio"³⁰. Sul punto la Corte di giustizia

²⁷ L. SALVI, *op. cit.*, p. 462.

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 218; del 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, punto 122.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 24 marzo 2011, causa C-94/10, *Danfoss*, punto 76.

³⁰ Art. 16, par. 3, del regolamento 2015/1589. Per un commento sulla corrispondente norma del regolamento 659/1999 (art. 14, par. 3), S. AMADEO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di recupero degli aiuti illegali*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 201 ss., p. 205 ss. Sull'impossibilità per lo Stato di opporre alla decisione di recupero della Commissione la giustificazione che le somme versate ad un operatore economico derivavano dalla necessità di dare esecuzione a un lodo arbitrale dell'ICSID divenuto definitivo, v. decisione 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 (impugnata davanti al Tribunale, causa T-704/17, *Micula e altri*).

ha disposto che l'unica giustificazione che lo Stato può presentare per la mancata o tardiva esecuzione è quella dell'impossibilità assoluta di eseguire la decisione³¹.

Anche nei casi di aiuti incompatibili, tuttavia, l'onere della prova del nesso causale, sebbene alleggerita, non è di facile assoluzione poiché non necessariamente da una determinata situazione concorrenziale alterata dalla concessione dell'aiuto deriva la perdita patrimoniale lamentata dall'attore, la prova della quale continua ad incombere sul presunto danneggiato.

Una soluzione diversa, che attribuisse ad una decisione di incompatibilità emanata dalla Commissione l'effetto di portare direttamente all'accoglimento della domanda di ristoro patrimoniale presentata dal concorrente contro lo Stato, implicherebbe *a contrario* l'impossibilità per i concorrenti di convenire quest'ultimo nel caso in cui la Commissione dichiarasse compatibile un aiuto illegale. La tutela risarcitoria risulta invece astrattamente azionabile anche in quest'ultimo caso. Sebbene l'onere probatorio si presenti gravoso, in base alla sentenza *CELF I* il vizio procedurale che ha portato all'erogazione prematura dell'aiuto può essere idoneo a causare un danno ai concorrenti nella misura in cui li espone prima del tempo debito agli effetti di un aiuto poi considerato compatibile³². Dal punto di vista del beneficiario dell'aiuto, il vantaggio indebito consisterà, da un lato, nel mancato versamento degli interessi che avrebbe dovuto corrispondere, compatibile qualora avesse dovuto chiedere in prestito sul mercato dei capitali un importo equivalente all'aiuto in attesa della decisione della Commissione, e, dall'altro, nel miglioramento della sua posizione concorrenziale rispetto agli altri operatori durante il periodo d'illegalità.

In pendenza del procedimento di analisi della compatibilità dell'aiuto, il giudice nazionale adito in sede risarcitoria (ma la situazione sarebbe analoga anche nel contesto di un giudizio instaurato per il recupero dell'aiuto illegale), data la difficoltà dell'analisi richiesta, dovrebbe poter sospendere il procedimento. Tuttavia, nel settore degli aiuti di Stato ai giudici non è data (quanto meno dal diritto UE) tale possibilità, non esistendo una norma analoga all'art. 16 del regolamento 1/2003 in ambito *antitrust*³³, con conseguente forte disincentivazione all'utilizzo degli strumenti di tutela privatistica.

Nonostante il *favor* in astratto manifestato da Commissione e Corte di giustizia per l'esperibilità dello strumento risarcitorio contro lo Stato inadempiente, perman-

³¹ Per tutte, sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, causa C-305/09, *Commissione c. Repubblica italiana*, punti 32-35; dell'11 settembre 2014, causa C-527/12, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, punto 48.

³² Sentenza *CELF I*, punti 50-52. In tali casi, la Corte di giustizia, abbracciando una logica di tipo sostanzialistico a dimostrazione dell'interesse pubblico tutelato dalle norme in materia di aiuti, non impone al giudice nazionale di ordinare il recupero integrale delle somme versate illegalmente, ma solamente di ordinare al beneficiario il pagamento degli interessi per il periodo di illegalità (sentenze *CELF I*, punto 46 ss.; del 18 dicembre 2008, causa C-384/07, *Wienstrom*, punto 30 s.; conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen dell'11 luglio 2013, *Association Vent De Colère! Fédération nationale e altri*, punto 63; v. in dottrina S. AMADEO, *op. cit.*, p. 214 ss.). L'obbligo di recupero permane anche qualora un'eventuale successiva decisione di incompatibilità della Commissione fosse annullata, essendo tale situazione comunque equiparabile all'assenza di un provvedimento positivo; in tal caso, pertanto, non è neppure sufficiente ordinare al beneficiario il pagamento degli interessi, occorrendo il pieno recupero dell'aiuto (sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2010, causa C-1/09, *CELF II*, punto 33 ss.; cfr. P. WERNER, *op. cit.*, p. 1544; K. BACON, *European Union Law of State Aid*, Oxford, 2017, III ed., p. 558 s.)

³³ 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.

gono quindi notevoli difficoltà, prima tra tutte un onere probatorio eccessivamente gravoso in capo all'attore. Come per le azioni civili in materia *antitrust*, quest'ultimo, infatti, è chiamato a compiere valutazioni di tipo economico molto complesse relative alla situazione concorrenziale in assenza dell'aiuto, alle quote di mercato che avrebbe altrimenti detenuto e ai profitti astrattamente conseguibili, spettando poi al giudice valutare tali dati economici di non diretta e agevole percezione. È anche in quest'ottica che la Commissione ha offerto il proprio ausilio ai giudici nazionali chiamati ad applicare le norme in materia di aiuti di Stato. Questa, infatti, si è resa disponibile a rispondere a richieste di informazioni in suo possesso e di opinioni sull'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, nonché ad intervenire nei procedimenti nazionali in qualità di *amicus curiae*³⁴.

3. Se è possibile immaginare una responsabilità dello Stato nei confronti del concorrente leso, più ardue si rivelano le due ulteriori ipotesi di responsabilità: quella dell'*accipiens* nei confronti del concorrente e quella dello Stato nei confronti del beneficiario tenuto alla restituzione.

Anche riguardo all'azione risarcitoria intentata ai danni del beneficiario dell'aiuto occorre distinguere il caso dell'impresa che si trovi indebitamente delle somme erogate in violazione dell'obbligo di *standstill*³⁵ da quello in cui questa continui a beneficiare di un aiuto incompatibile a causa di un'omessa o ritardata esecuzione di una decisione di recupero della Commissione.

In relazione alla prima ipotesi occorre verificare se l'art. 108, par. 3, TFUE sia idoneo a porre obblighi non solo in capo alle autorità pubbliche, ma anche ai beneficiari delle misure. Come visto nel paragrafo precedente, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, tale norma è in grado di produrre effetti diretti nei rapporti verticali. Al contrario, sull'idoneità di tale norma a produrre effetti diretti anche nei rapporti orizzontali, quali quelli tra impresa concorrente e impresa beneficiaria dell'aiuto, i giudici di Lussemburgo si sono espressi negativamente. Nella ormai risalente sentenza *SFEI*, la Corte ha affermato che "il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per far sorgere la responsabilità del beneficiario che non ha verificato se l'aiuto ricevuto sia stato debitamente notificato alla Commissione"³⁶. La norma in esame non è pertanto tale da creare in capo ai beneficiari obblighi giuridici specifici che possano essere azionati nei loro confronti da terzi. Mentre l'effetto diretto verticale dell'art. 108, par. 3, TFUE pare strumentale a realizzare, tramite l'intervento del giudice nazionale, lo scopo sospensivo della norma violata dallo Stato, in funzione di tutela delle posizioni giuridiche individuali lese da tale comportamento e di riequilibrio del mercato interno, si respinge invece l'idea che le conseguenze della violazione ricadano in modo afflittivo sui soggetti che di tale obbligo non sono i diretti destinatari³⁷. Ciò anche in considerazione del fatto che un eventuale ordine di recupero emanato dalla Commissione, per quanto oneroso per l'impresa beneficiaria, sarebbe formalmente diretto allo Stato.

³⁴ Punto 82 ss. della comunicazione del 2009 e art. 29 del regolamento 2015/1589.

³⁵ In argomento F. SPITALERI, *I rimedi azionabili dai privati contro il beneficiario di aiuti illegali compatibili: il caso CELF*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 229 ss.

³⁶ Sentenza *SFEI*, punto 74 e punto 54 s. della comunicazione del 2009.

³⁷ C. CELLERINO, *Le azioni nei confronti del beneficiario di aiuti di Stato e i limiti all'effetto diretto «orizzontale» dell'art. 108.3 TFUE: problemi e spunti dalla recente giurisprudenza nazionale*, 2015, p. 1124 ss., spec. p. 1130.

La sentenza *SFEI*, sebbene non espressamente smentita, sembra tuttavia difficilmente conciliabile con quella giurisprudenza, di poco successiva, nella quale la Corte di giustizia, seguita dalle corti interne³⁸, ha affermato l'esistenza di un obbligo di diligenza gravante sul beneficiario rispetto alla conformità dell'aiuto con il diritto UE e la conseguente impossibilità di avvalersi del principio del legittimo affidamento sulla regolarità della misura per sottrarsi al recupero. In linea di principio, infatti, le imprese possono invocare tale principio solo qualora l'erogazione dell'aiuto sia avvenuta nel rispetto della procedura prevista dal Trattato, dovendo un operatore economico diligente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata seguita³⁹.

Dall'interpretazione della medesima norma – l'art. 108, par. 3, TFUE – deriva pertanto l'affermazione di due regole di segno opposto. Da un lato, la Corte riduce notevolmente la possibilità del soggetto beneficiario di sottrarsi al recupero quando è in gioco l'interesse pubblico al ripristino della situazione concorrenziale preesistente, affermando che un obbligo di diligenza impone a quest'ultimo di accertare che la procedura prevista sia stata rispettata. Dall'altro, la parte lesa non può avvalersi della violazione di tale obbligo a fini compensatori, a tutela del suo interesse privato a ristabilire la situazione che si sarebbe verificata in assenza dell'aiuto illegale. La Corte di giustizia tenta tuttavia di compensare questa insoddisfacente conclusione ammettendo che una responsabilità extracontrattuale del beneficiario che "accetta un aiuto illegittimo pregiudicando altri operatori del mercato"⁴⁰, sebbene non possa discendere direttamente dal diritto dell'Unione, possa essere affermata sulla base degli ordinamenti interni. Se e nella misura in cui il diritto nazionale sanziona tale comportamento, il principio di non discriminazione può indurre il giudice nazionale ad affermare la responsabilità civile del beneficiario di un aiuto corrisposto in violazione dei Trattati.

Nel nostro ordinamento, in assenza di effetti diretti orizzontali discendenti dall'art. 108, par. 3, il comportamento dell'impresa che si avvale di aiuti illegittimi è stato ricondotto agli atti di concorrenza sleale in virtù della violazione della clausola generale di correttezza professionale di cui all'art. 2598, co. 3, c.c.⁴¹. In tali casi l'art.

³⁸ Sentenze della Corte di Cassazione, sez. lavoro, del 4 maggio 2012, n. 6756, *Soc. Fiat groups Automobiles c. Inps e altro*; 30 giugno 2016, n. 13479, *Burgo Group S.p.a. c. Inps e altri*.

³⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, punto 51; 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH*, punto 25; sentenza del Tribunale del 20 settembre 2011, cause riunite T-394/08, T-408/08, T-453/08 e T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna, SF Turistico Immobiliare Srl, Timsas Srl e Grand Hotel Abi d'Oru SpA c. Commissione*, punto 258 ss. Il Tribunale, seppur in relazione ad una diversa questione, ha inoltre specificato che il diritto di esigere la tutela del legittimo affidamento presuppone la presenza contemporanea di tre presupposti: l'amministrazione comunitaria deve aver fornito all'interessato assicurazioni precise, incondizionate e concordanti; tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nella persona a cui si rivolgono; esse devono essere conformi alle norme applicabili (sentenza del 30 giugno 2015, causa T-347/03, *Branco*, punto 102, in relazione ad una riduzione del contributo finanziario del Fondo sociale europeo; sentenza della Corte di Cassazione del 25 marzo 2003, n. 4353, *Soc. Acciaierie Valbruna c. Provincia autonoma di Bolzano*). V. anche S. AMADEO, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁰ Sentenza *SFEI*, punto 75.

⁴¹ In tal senso M. SCUFFI, *Gli sviluppi della giurisprudenza nazionale in materia di aiuti di Stato*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Napoli, 2014, p. 119 ss., secondo il quale nella nozione di "mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda" figurano anche gli atti di concorrenza sleale che si traducono in violazioni di norme di diritto pubblico (p. 151).

2599 c.c. ammette il rimedio dell'inibitoria in presenza del mero accertamento della condotta e indipendentemente dalla presenza dell'elemento soggettivo, mentre, ai fini della tutela risarcitoria, l'art. 2600 c.c. richiede che gli atti di concorrenza sleale siano compiuti con dolo o con colpa⁴², peraltro presunta una volta accertato l'atto di concorrenza sleale medesimo⁴³. Occorre quindi valutare se la mera ricezione di un sostegno illegittimo costituisca di per sé una condotta scorretta sul piano professionale, idonea a fondare una richiesta risarcitoria da parte del presunto danneggiato. A tali fini è opportuno accomunare le ipotesi di aiuto illegale ed incompatibile, poiché in entrambi i casi il comportamento del beneficiario che si avvantaggia di tali misure potrebbe astrattamente essere ricondotto all'art. 2598, co. 3, c.c. La presenza di una decisione della Commissione che imponesse il recupero di un aiuto incompatibile conterrebbe in se stessa una valutazione delle conseguenze anticompetitive dell'aiuto, rendendo anche in questo caso, come in quello descritto nel paragrafo precedente, più agevole la dimostrazione del danno subito dall'operatore economico concorrente del beneficiario.

A livello italiano, in tempi più recenti, le criticità legate alla giurisprudenza della Corte di giustizia sono emerse in relazione al caso *Saremar* (Sardegna Regionale Marittima S.p.a.), compagnia di navigazione di cui la Regione Sardegna era azionista unico, convenuta davanti ai Tribunali di Genova⁴⁴ e Milano⁴⁵ rispettivamente da Grandi Navi Veloci S.p.a. e Moby S.p.a., imprese concorrenti, per presunte tariffe predatorie rese possibili grazie a sussidi pubblici⁴⁶. Entrambi i Tribunali, sebbene con motivazioni diverse, respingono le pretese risarcitorie⁴⁷. Nelle more dei procedimenti avviati avanti ai giudici nazionali era peraltro intervenuta la decisione con cui la Commissione, a chiusura del procedimento di indagine formale, aveva confermato la parziale incompatibilità con il mercato interno degli aiuti concessi, con particolare riferimento ad una misura di ricapitalizzazione della società⁴⁸.

Come visto, ai fini della tutela risarcitoria nei confronti del beneficiario, occorre esaminare se l'accettazione dell'aiuto nonostante la conoscenza dell'illegalità o dell'incompatibilità dello stesso da parte del convenuto, ovvero della conoscibilità da parte di un operatore economico diligente, integri un atto di concorrenza sleale che può dare origine, in presenza della prova del danno e del nesso causale, alla compensazione del pregiudizio subito⁴⁹. A tale interrogativo parrebbe rispondere

⁴² Sulla nozione di dolo e colpa ai sensi dell'art. 2600 c.c., F. CUOMO ULLOA, *Art. 2600*, in P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI (diretto da), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2012, V ed., p. 2125 ss., a p. 2125 s.

⁴³ *Amplius*, circa la riconducibilità dei comportamenti dell'*accipiens* a tali norme, C. CELLERINO, *op. cit.*, p. 1132 ss.

⁴⁴ Sentenza del Tribunale di Genova dell'11 agosto 2014, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, p. 1095 ss.

⁴⁵ Sentenza del Tribunale di Milano del 22 aprile 2015, *ivi*, 2015, p. 1101 ss.

⁴⁶ Per il precedente nel caso *Grandi Traghetto di Navigazione S.p.a.*, v. ordinanza del Tribunale di Genova del 26 aprile 1993, in *Diritto marittimo*, 1993, p. 772 ss.

⁴⁷ Il Tribunale di Genova nega il risarcimento perché il danno assertedo risaliva ad un periodo anteriore alla ricapitalizzazione della società; quello di Milano a causa della mancata prova dell'esistenza di una condotta qualificabile come atto di concorrenza sleale.

⁴⁸ Decisione C(2013) 9101 final del 22 gennaio 2014, confermata dalla sentenza del Tribunale del 6 aprile 2017, causa T-220/14.

⁴⁹ F. BESTAGNO, *L'azione risarcitoria*, cit., p. 627, secondo cui, trattandosi di responsabilità ai sensi del diritto interno, il giudice è tenuto a valutare la diligenza del soggetto che ha erogato l'aiuto in base ai parametri del diritto nazionale e non della Corte di giustizia.

in senso affermativo, sebbene in maniera non esplicita, il Tribunale di Genova, di fatto introducendo una sorta di automaticità in base alla quale considerare integrata la fattispecie di cui all'art. 2598, co. 3, c.c., con la mera accettazione della misura illegittima e pertanto con la violazione di norme pubblicistiche, senza ritenere necessarie ulteriori condotte di mercato imputabili all'impresa⁵⁰. Sembra pertanto sufficiente il mero rischio che l'accettazione dell'aiuto possa condurre ad una situazione anticoncorrenziale, senza dover procedere ad un effettivo accertamento che i prezzi praticati dalla beneficiaria siano inferiori ai costi di esercizio.

Diversamente, il Tribunale di Milano ha concentrato la propria analisi sulla condotta della convenuta a valle dell'aiuto, ravvisando nella violazione delle norme dei Trattati in materia di aiuti di Stato un semplice presupposto fattuale e ritenendo necessario verificare, ai fini dell'accertamento della fattispecie di cui all'art. 2598, co. 3, c.c., se dall'indebita disponibilità di risorse pubbliche derivi "una condotta di mercato causalmente connessa ad un effettivo danno concorrenziale", quale un intento escludente o, più in generale, lo sfruttamento di una posizione di forza economica.

L'orientamento dei giudici milanesi nel caso *Saremar*, in virtù del quale l'elemento soggettivo non va valutato autonomamente rispetto alla mera ricezione dell'aiuto, ma in relazione al comportamento successivo sul mercato da parte del beneficiario che di quell'aiuto si è avvalso, era già stato anticipato nel caso *Traghetti del Mediterraneo*. Come noto, tale contenzioso si era originato nell'ambito dell'azione risarcitoria avviata davanti ai giudici di Napoli nei confronti di Tirrenia S.p.a., beneficiaria degli aiuti, ed era giunto all'esame della Corte di Cassazione, la quale aveva negato la natura di aiuto delle misure statali⁵¹. Nel successivo giudizio risarcitorio nei confronti dello Stato italiano, convenuto per aver la suprema Corte omesso di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁵², i giudici nazionali hanno ritenuto necessario stabilire in concreto se la proposizione del rinvio avrebbe modificato l'esito della causa risarcitoria tra concorrente e beneficiario dell'aiuto⁵³. L'esito è stato negativo in quanto i giudici di merito hanno ritenuto in ogni caso non provato l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2600 c.c., vale a dire la volontà o la consapevolezza di Tirrenia di escludere i concorrenti dal mercato.

Date le difficoltà probatorie legate all'applicazione dell'art. 2598, co. 3, c.c. e la scarsa rilevanza riservata all'elemento di scorrettezza professionale, insito nella mera

⁵⁰ C. CELLERINO, *op. cit.*, p. 1139, solleva il dubbio che il Tribunale di Genova abbia omesso l'accertamento della condotta sul mercato di Saremar non tanto perché non considerasse rilevante l'utilizzo dell'aiuto in concreto da parte della beneficiaria, ma piuttosto sulla base del fatto immediato che la ricapitalizzazione fosse necessaria per garantire la stessa continuità aziendale dell'impresa e la sua permanenza sul mercato.

⁵¹ Sentenza della Corte di Cassazione del 19 aprile 2000, n. 5087, *Fallimento Traghetti Mediterraneo S.p.a. c. Tirrenia di navigazione S.p.a.*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, con nota di L. ARNAUDO, *Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte*, p. 1368 ss.

⁵² Sul principio della responsabilità dello Stato per fatto del giudice di ultima istanza v., *ex plurimis*, G. AFFERNI, *La disciplina italiana della responsabilità civile dello stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, p. 261 ss.; A. FERRARO, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo (prima parte)*; *Id.*, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo (seconda parte)*, entrambi in *Danno e responsabilità*, 2007, rispettivamente p. 518 ss. e p. 629 ss.

⁵³ Sentenza della Corte d'Appello di Genova del 2 luglio 2014, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti Mediterraneo S.p.a. in liquidazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, p. 1113 ss.

ricezione di un aiuto illegittimo, che emerge dalla decisione del Tribunale di Milano, la soluzione dei giudici genovesi appare maggiormente conforme all'esigenza di garantire l'effetto utile dell'art. 108, par. 3, TFUE e delle decisioni della Commissione.

Esigenze di tutela delle parti lese e di effettività delle norme dei Trattati imporrebbero forse che la valutazione tanto della portata dell'obbligo di diligenza dell'operatore economico, che si è avvantaggiato della misura pubblica, quanto dell'eventuale risarcimento avvenisse sulla base dei medesimi elementi, quali le condizioni operative, la dimensione delle imprese e il comportamento imprenditoriale complessivo. Su tali basi andrebbe poi verificato l'elemento soggettivo, sotto forma di consapevolezza dell'agente di porre in essere una condotta scorretta in quanto fondata sulla violazione della disciplina sugli aiuti di Stato (colpa) o sulla rappresentazione degli effetti dannosi della propria condotta (dolo).

In ogni caso, anche qualora si riuscisse ad accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, il novero delle condotte atte a fondare la responsabilità civile del beneficiario rimarrebbe, a causa della difficoltà della dimostrazione del nesso eziologico, molto ridotto. Il quadro delineato in relazione alla concessione di aiuti illegali o incompatibili non sarebbe molto diverso in presenza di un aiuto abusivo *ex* art. 20 del regolamento 2015/1589⁵⁴. Vero è che la previa decisione della Commissione di autorizzazione alla concessione dell'aiuto, che escludeva effetti negativi sulla concorrenza, non può applicarsi a forme diverse di attuazione dell'aiuto, ma l'impresa concorrente si troverà in ogni caso a dover provare l'*an* e il *quantum* del pregiudizio subito e, in assenza di una decisione dell'Esecutivo UE che accerti l'abuso, l'onere probatorio sarà proibitivo.

La soluzione adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *SFEI* pare insoddisfacente in quanto, come il contenzioso *Saremar* dimostra, l'eccessivo spazio lasciato alla discrezionalità degli ordinamenti nazionali in relazione alla stessa esistenza del diritto al risarcimento e alla prova di tutti gli elementi per il riconoscimento dello stesso conduce a una non uniforme applicazione dell'art. 108, par. 3, TFUE.

4. L'ipotesi che vede il beneficiario dell'aiuto tenuto alla restituzione di quanto percepito convenire in giudizio lo Stato per il ristoro dei pregiudizi patrimoniali subiti in conseguenza dell'obbligo di recupero appare la strada meno battuta. La particolarità di tale situazione deriva dal fatto che il soggetto che richiede il risarcimento avrebbe contribuito con il proprio comportamento, vale a dire la mancanza di diligenza, alla produzione del danno lamentato.

L'attore che volesse far valere questo tipo di responsabilità nei confronti dello Stato va pertanto incontro a non poche resistenze, senza considerare che, pur volendo riconoscere un diritto al risarcimento, il ristoro non potrebbe "essere equiparabile all'importo delle somme che devono essere restituite, in quanto ciò presupporrebbe una concessione indiretta degli aiuti illegali e incompatibili con il mercato comune"⁵⁵.

Un primo elemento di difficoltà attiene al presupposto della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, vale a dire che la norma violata sia preordinata

⁵⁴ F. BESTAGNO, *Il risarcimento dei danni*, cit., p. 660, sottolinea come non sempre l'abuso sia da attribuire al comportamento del beneficiario, potendo essere imputabile all'autorità statale; in tal caso l'azione andrà promossa contro lo Stato.

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer del 28 aprile 2005, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e a., Marco Scalas e Renato Lilliu c. Regione autonoma della Sardegna*, punto 198.

ad attribuire diritti individuali. Mentre in relazione all'ipotesi di azione risarcitoria intentata nei confronti dello Stato dal concorrente emerge l'interesse di quest'ultimo al rispetto delle procedure previste in relazione alla notifica e al recupero dell'aiuto, con riguardo al caso in esame non si può affermare che dalle disposizioni in materia di aiuti di Stato derivino posizioni soggettive giuridicamente protette in capo al beneficiario dell'aiuto⁵⁶. La disciplina dell'Unione europea tutela infatti il funzionamento del mercato comune e la libera concorrenza negli scambi intracomunitari e, quindi, i soggetti concorrenti di quelli beneficiati.

Inoltre, come emerso dalla giurisprudenza *CELF* della Corte di giustizia e confermato dalla Corte di Cassazione nell'ambito di un giudizio risarcitorio tra *accipiens* e Regione Sardegna⁵⁷, se il beneficiario non può di regola invocare il proprio legittimo affidamento sulla correttezza dell'operato dell'autorità pubblica per contrastare il procedimento di recupero (qualora sia stato inottemperante all'onere di accertare il rispetto della procedura finalizzata al controllo di compatibilità con il diritto comunitario degli aiuti ricevuti), allo stesso modo non potrà invocarlo nell'ipotesi in cui incardini un'azione volta al risarcimento del danno subito a causa della restituzione dell'aiuto⁵⁸.

L'unico affidamento meritevole di tutela è quello che può sorgere in seguito ad una decisione o un comportamento della Commissione europea⁵⁹. Il beneficiario a cui sia stata notificata un'ingiunzione di recupero deve pertanto valutare la possibilità di dimostrare la sussistenza di circostanze eccezionali concretamente idonee a determinare un affidamento legittimo sulla regolarità dell'aiuto e che escludano la sua negligenza. Si tratta di circostanze che la giurisprudenza europea ha dimostrato di ritenere più teoriche che reali, come dimostra la pronuncia sul caso *CELF II*⁶⁰. In tale decisione, infatti, la Corte ha ritenuto che neppure una serie di decisioni della Commissione che sanciscono la compatibilità di un aiuto, se annullate dal Tribunale dell'Unione, è idonea a ingenerare un affidamento legittimo, ma, al contrario, dovrebbe far sorgere maggiori dubbi in merito alla compatibilità della misura⁶¹.

In dottrina, tuttavia, non manca chi ha optato per l'estensione della sentenza *Courage*, inerente all'art. 101 TFUE, al caso in esame. Il principio in essa stabilito, in base al quale una norma dei Trattati avente effetti diretti può fondare il diritto al risarcimento a prescindere dal soggetto che l'abbia violata, anche se parte del contratto anticoncorrenziale, potrebbe applicarsi anche nell'ipotesi di tutela risarcitoria

⁵⁶ F. BESTAGNO, *L'azione risarcitoria*, cit., p. 647.

⁵⁷ Sentenza della Corte di Cassazione del 10 agosto 2016, n. 16870, *Marras c. Regione Sardegna*, in relazione a contratti di mutuo a tasso agevolato, reperibile in *DeJure*.

⁵⁸ Sentenza *CELF I*, punto 67.

⁵⁹ V. ordinanza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011, cause riunite da C-448/10 P a 450/10 P, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA e altri*, in base alla quale la mera richiesta di informazioni da parte della Commissione e il silenzio tenuto da quest'ultima in seguito alla risposta delle autorità nazionali, ammesso che sia stata effettivamente trasmessa e ricevuta dalla Commissione, non possono giustificare un legittimo affidamento (punto 282).

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2010, causa C-1/09. Per un commento, L. VASSALLO, *Il ruolo dei giudici nazionali nelle controversie in materia di aiuti di Stato*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 705 ss.

⁶¹ Punto 51 della sentenza. Si specifica altresì che il giudice nazionale non può sospendere il procedimento in attesa della decisione definitiva della Commissione senza privare l'art. 108, par. 3, del suo effetto utile (punto 32).

invocata contro lo Stato dal beneficiario dell'aiuto⁶². Secondo quella pronuncia un soggetto parte di un'intesa in capo al quale non sia ravvisabile una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza non può essere considerato alla stessa stregua delle altre parti. Al contrario, esso può essere sostanzialmente equiparato ad un terzo estraneo all'accordo, con la conseguente possibilità di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito, a dimostrazione che l'affermazione del diritto al risarcimento del danno è stata ricavata primariamente dalla necessità di garantire l'effettività delle norme *antitrust*. Allo stesso modo, in ambito di aiuti di Stato, sebbene le imprese beneficiarie siano tenute a verificare il rispetto delle procedure da parte delle autorità pubbliche e, più in generale, la legittimità delle misure ricevute, non dovrebbe rilevare la mancanza di diligenza non imputabile all'impresa. Ad esempio, se ignara della qualificazione della misura di vantaggio in termini di aiuto di Stato a causa delle proprie ridotte dimensioni e della carenza di struttura⁶³ oppure, ancora, se indotta dalle autorità pubbliche a ricevere l'aiuto, alla beneficiaria dovrebbe poter essere riconosciuto il risarcimento nei confronti dello Stato, se gli altri elementi fondanti la responsabilità extracontrattuale sono dimostrati. Le situazioni eccezionali appena menzionate potrebbero peraltro influire anche sullo scenario descritto nel paragrafo precedente, inerente alla responsabilità delle imprese beneficiarie nei confronti dei soggetti danneggiati. Anche qualora si aderisse all'orientamento espresso dal Tribunale di Genova nel caso *Saremar*, in base al quale la mera accettazione della misura illegittima integra la fattispecie di cui all'art. 2598, co. 3, c.c., l'impresa beneficiaria potrebbe andare esente da responsabilità, provando la non imputabilità alla stessa dell'atto di concorrenza sleale in presenza di circostanze eccezionali, così superando la presunzione relativa stabilita dall'art. 2600 c.c.

5. In ossequio al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, i profili di natura formale e sostanziale dei giudizi risarcitori instaurati in conseguenza di un aiuto illegale o incompatibile sono governati dalle norme nazionali. Ciò nel rispetto dei principi di effettività ed equivalenza nelle ipotesi di azioni verticali per le quali il diritto dell'Unione costituisce una base giuridica idonea a fondare un'azione risarcitoria, nonché del principio di eguaglianza nei casi di azioni orizzontali per le quali, viceversa, la tutela risarcitoria non può avere la propria base giuridica nelle norme dei Trattati. In materia di aiuti di Stato non esiste infatti alcun intervento delle istituzioni europee equiparabile alla direttiva 2014/104, grazie alla quale sono state, sebbene non completamente⁶⁴, armonizzate le disposizioni nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno per violazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Nell'ambito del contenzioso in materia di aiuti di Stato, per quanto attiene in particolare al riparto di giurisdizione, l'art. 49 della legge 234/2012 ha introdotto nel nostro ordinamento la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie relative ad atti di concessione e a provvedimenti di recupero di aiuti di

⁶² C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 276.

⁶³ *Ivi*, p. 274.

⁶⁴ Critici sulla non completa armonizzazione operata dalla direttiva, F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *Eurojus.it*, 2014, reperibile online; P. KIRST, R. VAN DEN BERGH, *The European Directive on Damages Actions: A Missed Opportunity to Reconcile Compensation of Victims and Leniency Incentives*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2016, n. 1, p. 1 ss.

Stato⁶⁵ emanati in esecuzione di una decisione della Commissione. Pertanto, ai sensi dell'art. 50 della legge, i provvedimenti concessori degli aiuti adottati in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE o in violazione del regolamento generale di esenzione per categoria⁶⁶, nonché quelli adottati in esecuzione di una decisione di recupero della Commissione, devono essere impugnati, al fine di chiederne l'annullamento o la sospensione, davanti al TAR competente per territorio, indipendentemente dalla forma dell'aiuto e dal soggetto erogatore⁶⁷.

A diverse conclusioni si giunge quando la controversia ha ad oggetto una domanda per il risarcimento del danno. Come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'ambito di un'azione risarcitoria, all'interno della quale era stato proposto regolamento di giurisdizione *ex art. 41 c.p.c.*, tali controversie spettano alla cognizione del giudice ordinario⁶⁸, “non riguardando atti o provvedimenti di erogazione di aiuti, né il recupero delle somme già erogate a tale titolo, uniche ipotesi (...) coperte dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”⁶⁹. Infatti, quando l'oggetto del giudizio non è rappresentato dalla legittimità di un provvedimento della pubblica amministrazione, ma dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti da condotte distorsive della concorrenza asseritamente commesse da

⁶⁵ L. 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, che introduce la lett. *z-sexies*) all'art. 133, co. 1, del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e successive modifiche). In base al nuovo art. 119, co. 1, lett. *m-quinquies*), del medesimo codice, le controversie relative ad atti e provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero sono inoltre sottoposte a rito abbreviato. Sull'eliminazione della giurisdizione tributaria in relazione agli aiuti fiscali, A. CIOFFI, *Il riparto di giurisdizione per l'applicazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 724 ss., spec. p. 729 s.

⁶⁶ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato.

⁶⁷ In argomento, L. SALVI, *op. cit.*, p. 450 ss.

⁶⁸ Nell'ordinamento italiano, a seguito della modifica all'art. 3 del d.lgs. 168/2003 operata dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012, n. 27, esse spettano alle sezioni specializzate in materia di impresa, che hanno sostituito le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale. Sebbene l'art. 3 del d.lgs. parli a rigore di competenza delle sezioni in relazione alle controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'UE, una lettura sistematica della norma porta a ritenere ricomprese anche quelle derivanti dalla violazione delle norme in materia di aiuti di Stato, come avvenuto nel caso *ATA Handling* (v. *infra*, in questo paragrafo). Peraltro, la riforma che porterà all'ampliamento delle competenze delle sezioni specializzate agli atti di concorrenza sleale, nel cui alveo, come visto, possono essere incardinate le azioni risarcitorie derivanti dalla violazione delle disposizioni in materia di aiuti, conferma tale impostazione (v. art. 1 del d.d.l. delega presentato l'11 marzo 2015, C.2953, recante disposizioni per l'efficienza del processo civile, approvato il 10 marzo 2016 alla Camera dei Deputati e attualmente in discussione al Senato, S.2284). Nonostante l'attuale art. 2 del d.lgs. n. 168/2003 non rechi più il richiamo alla composizione collegiale delle sezioni, la collegialità della fase decisoria per tutte le cause rientranti nella competenza delle stesse rimane immutata in virtù della regola generale dell'art. 50 *bis*, co. 1, n. 3, c.p.c. Non è peraltro escluso che la controversia possa presentare profili di estraneità, ad es. se il concorrente che agisce in giudizio è stabilito o subisce un danno in uno Stato membro diverso da quello che ha elargito l'aiuto Stato: in tali casi occorre fare riferimento agli articoli 4 e 7, n. 2, del regolamento 1215/2012, c.d. Bruxelles I *bis*, e agli articoli 4 e 6 del regolamento 864/2007, c.d. Roma II, ai fini dell'individuazione del giudice internazionalmente competente e della legge applicabile alla fattispecie.

⁶⁹ Corte di Cassazione, sez. un., 13 dicembre 2016, n. 25516, *ATA Handling S.r.l. c. S.E.A. S.p.a.*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 219 ss., con commento di L. CALZOLARI.

soggetti elargitori o beneficiari di aiuti di Stato illeciti, non può essere esclusa la competenza del giudice civile⁷⁰.

Anche se dalla formulazione letterale dell'art. 49 della legge 234/2012 sembra emergere l'intenzione del legislatore di riservare al giudice amministrativo ogni aspetto relativo alla materia degli aiuti⁷¹, secondo la suprema Corte l'individuazione del giudice competente deve essere parametrata alla "natura delle situazioni soggettive coinvolte". La controversia avente ad oggetto diritti soggettivi, nonostante l'afferenza degli stessi alla materia oggetto della giurisdizione esclusiva, come avviene in ambito di aiuti di Stato, è devoluta al giudice civile⁷². Pur potendo il giudice amministrativo, nelle controversie attribuite alla sua giurisdizione, in via generale conoscere anche delle questioni relative al risarcimento del danno, ciò tuttavia avviene soltanto in presenza di fattispecie in cui la pubblica amministrazione, sia pure in via indiretta e mediata, agisce come autorità nei confronti del cittadino. Tra queste fattispecie rientra ad esempio la richiesta di risarcimento derivante dalla presunta illegittimità del provvedimento nazionale di recupero⁷³.

Non si può escludere che sulla decisione della suprema Corte del 2016 abbia influito la peculiarità della fattispecie concreta. Infatti, la controversia risarcitoria era stata instaurata da un soggetto concorrente, ATA Handling S.r.l., nei confronti del soggetto elargitore dell'aiuto, S.E.A. S.p.a., e del Comune di Milano, suo controllante, ai fini di una loro condanna in solido per i danni subiti a seguito di una serie di aumenti di capitale a favore della controllata SEA Handling, operati in violazione della clausola di *standstill* e del criterio dell'investitore privato, e per questo dichiarati incompatibili dalla Commissione⁷⁴. Le operazioni societarie in cui si identifica l'aiuto integrano istituti di tipo privatistico e non è escluso che, se la controversia avesse presentato un collegamento più stretto con l'azione amministrativa, l'interpretazione dell'art. 49 della legge 234/2012 avrebbe potuto dare esiti differenti. Peraltro, data la ripartizione di competenze tra giudice civile e amministrativo, non è dato di escludere la possibile celebrazione di processi paralleli, che dovrebbero essere coordinati grazie allo strumento della sospensione necessaria del processo ordinario previsto dall'art. 295 ss. c.p.c. Questa eventualità può essere ricondotta, da un lato, alla possibilità che, nelle more dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo di recupero da parte del beneficiario dell'aiuto, altre imprese agiscano per il risarcimento del danno derivante dal godimento della misura da parte della convenuta; dall'altro, al numero di soggetti che possono o contro cui è possibile chiedere il ristoro in sede civile.

Pur in presenza di tale ipotesi, le conclusioni cui giunge la Corte di Cassazione contribuiscono a dare maggiore organicità alla materia. Infatti, non solo le controversie risarcitorie derivanti da violazione delle norme sugli aiuti e delle norme *antitrust* saranno devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, ma lo stesso

⁷⁰ F. BESTAGNO, *L'azione risarcitoria*, cit., p. 631.

⁷¹ Critico sulla compatibilità della riforma con l'art. 103 Cost. per eccessiva indeterminazione dell'oggetto, E. ALTIERI, *Prime impressioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di aiuti di Stato*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, I, p. 197 ss.

⁷² Così anche sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, del 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro italiano*, 2014, III, c. 518 ss., con commento di A. TRAVI.

⁷³ In tali casi l'azione si può proporre anche in via autonoma rispetto all'impugnazione del provvedimento amministrativo ex art. 30 del codice sul processo amministrativo.

⁷⁴ Decisione C(2013)1668 del 19 dicembre 2012, reperibile *online* al sito della DG Concorrenza.

potrà dirsi, all'interno della stessa materia degli aiuti, per azioni risarcitorie di tipo orizzontale e verticale. Diversamente, l'azione per il risarcimento del danno nei confronti del beneficiario andrebbe proposta davanti al giudice ordinario, mentre quella nei confronti della pubblica amministrazione davanti al giudice amministrativo⁷⁵.

Un possibile disallineamento tra le due tipologie di azioni risarcitorie si può invece verificare in relazione al termine di prescrizione a seconda della qualificazione della responsabilità della parte convenuta. Mentre in ambito *antitrust* è ormai condivisa l'ascrivibilità dell'illecito alla responsabilità extracontrattuale⁷⁶, nel settore degli aiuti Stato, essendo quest'ultimo il destinatario delle norme rilevanti, la questione non appare così pacifica. Nelle ipotesi di azioni risarcitorie nei confronti dell'autorità pubblica erogatrice dell'aiuto, riconducibili alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, non vi è motivo di ritenere superato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2009 in base al quale il diritto al risarcimento del danno deriva "da una obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica riconducibile all'area della responsabilità contrattuale", con conseguente assoggettamento all'ordinario termine decennale di prescrizione⁷⁷. Tale orientamento, a rigore legato alla responsabilità dello Stato da mancata trasposizione di direttive, potrebbe infatti essere analogicamente esteso alla responsabilità risarcitoria dell'autorità pubblica per la violazione delle norme in materia di aiuti. In tal caso, tuttavia, permane il dubbio se il termine di prescrizione quinquennale, successivamente introdotto dall'art. 4, co. 43, della legge 183/2011 (legge di stabilità 2012) per l'ipotesi di omesso recepimento di direttive, abbia sostituito quell'orientamento anche in materia di aiuti o se invece, in tale ambito, rimangano ferme le conclusioni a cui le Sezioni Unite sono giunte nel 2009. Anche qualora tale estensione non operasse e si applicasse alle azioni risarcitorie verticali da violazione delle norme sugli aiuti l'orientamento delle Sezioni Unite del 2009, il termine di prescrizione decennale non si applicherebbe in ogni caso alle azioni risarcitorie di tipo orizzontale intentate contro il beneficiario. Queste, in quanto inquadrate nell'ambito degli atti di concorrenza sleale anche se si traducono in violazioni di norme di diritto pubblico, sarebbero soggette al termine di prescrizione quinquennale essendo l'illecito concorrenziale considerato come una *species* del più ampio *genus* dell'illecito aquiliano, come ribadito dalle stesse Sezioni Unite nella citata ordinanza 25516/2016 in relazione al caso *ATA Handling*.

Tali criticità, come tutte quelle che caratterizzano la tutela risarcitoria nella materia degli aiuti di Stato, derivano dall'operatività del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri che, pur mirando a garantire questi ultimi da ingerenze dell'Unione, rischia di minare l'uniforme applicazione delle norme dei Trattati. La prova degli elementi la cui disciplina è lasciata agli ordinamenti nazionali, primo

⁷⁵ Cfr. P. VELLA, *Articolo 49. Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in L. COSTATO, L. S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *op. cit.*, p. 432 ss., p. 439.

⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 2015, causa C-352/13, *CDC*, punto 69. In dottrina non manca chi opta per la natura contrattuale della responsabilità in ambito *antitrust*: per tutti, B. VILÀ COSTA, *Private enforcement del derecho de la competencia y derecho internacional privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, in A. FONT I RIBAS, B. VILÀ COSTA (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, 2012, p. 83 ss., a p. 89.

⁷⁷ Sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro italiano*, 2010, I, c. 168 ss., con nota di E. SCODITTI.

tra tutti il nesso eziologico tra condotta e danno, oltre che la quantificazione dello stesso⁷⁸, rischia di pregiudicare l'effettiva tutela dei soggetti lesi che, quanto meno in assenza di una decisione della Commissione, difficilmente si rivolgeranno al giudice. Una delle soluzioni atte ad incentivare il *private enforcement* nel campo degli aiuti di Stato potrebbe essere quella di invertire l'onere probatorio nelle ipotesi di aiuto illegale o dichiarato incompatibile dalla Commissione, accogliendo la medesima soluzione proposta dalla direttiva sul *private enforcement* in ambito *antitrust* in relazione ai cartelli⁷⁹. In assenza di un diritto al risarcimento del danno da violazione delle norme in materia di aiuti di Stato di matrice europea (quanto meno in relazione alle ipotesi di azioni orizzontali tra danneggiato e impresa beneficiaria), tali valutazioni rimangono pur sempre di competenza dei Paesi membri.

Peraltro, in assenza di atto analogo alla direttiva 2014/104, nella materia degli aiuti di Stato anche l'accesso al fascicolo della Commissione risulta più gravoso. Occorre però segnalare che, quando il risultato dell'aiuto è la possibilità di praticare prezzi predatori, il confine tra il settore *antitrust* e quello degli aiuti diviene alquanto labile, con la conseguente possibilità di aggirare tale difficoltà inquadrando la fattispecie all'interno dell'art. 102 TFUE.

Da questo complesso quadro discende l'importanza della tutela cautelare per i soggetti coinvolti nell'ambito di controversie risarcitorie di tipo sia *stand alone* che *follow on*, entrambe richiedenti valutazioni economiche molto complesse. Per le imprese concorrenti, pertanto, l'adozione di misure provvisorie e d'urgenza, quali l'inibitoria dalla riscossione delle somme nei casi di aiuto illegale o dall'utilizzo delle stesse nei casi di aiuto dichiarato altresì incompatibile, costituisce una fondamentale forma di protezione⁸⁰. Tuttavia, anche l'ottenimento di provvedimenti cautelari non è sempre agevole, soprattutto in assenza di decisioni definitive della Commissione sulla natura delle misure statali, viste le difficoltà relative alla qualificazione in via d'urgenza delle misure di aiuto come illegittime e, conseguentemente,

⁷⁸ Secondo la comunicazione del 2009 il danno deve essere "finanziario e certo" (punto 48). Oltre a ribadire che il principio di effettività impone il risarcimento anche del lucro cessante, la comunicazione indica alcuni elementi che i giudici nazionali dovrebbero tenere in considerazione ai fini della quantificazione dello stesso avvalendosi in particolare dei c.d. scenari di non infrazione ("*but for*" rule), vale a dire la situazione che si sarebbe manifestata in assenza di un aiuto illegale o incompatibile (aggiudicazione di opportunità commerciali da parte del beneficiario rispetto al ricorrente; utile effettivo realizzato; perdita globale della quota di mercato da parte del danneggiato; punto 49 ss.). Resta inoltre ferma la possibilità di una più ampia liquidazione nel caso in cui il danno si sia spinto sino a costringere il ricorrente ad abbandonare la sua attività, ad esempio per insolvenza. In tutti i casi il giudice procede alla quantificazione del danno secondo le norme nazionali relative alla responsabilità, tra cui la possibilità di basarsi su stime ragionevoli (come nel caso dell'art. 2056 c.c.). In argomento, G. BIAGIONI, *Le modalità di calcolo dell'aiuto di Stato da recuperare e del risarcimento danni per violazione degli artt. 107 e 108 § 3 TFUE (Diritto UE)*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente p. 662 ss., che specifica come l'entità dell'aiuto accordato al beneficiario non può costituire il parametro essenziale per il *quantum* del risarcimento, come avviene invece per le azioni dirette ad assicurare il recupero (p. 668).

⁷⁹ V. art. 14 della direttiva 2014/104 e art. 12 del d.lgs. n. 3/2017.

⁸⁰ In argomento C. SCHEPISI, *Il giudice nazionale e la concessione di misure provvisorie*, in C. SCHEPISI (a cura di), *op. cit.*, p. 299 ss.; C. M. COLOMBO, *Aiuti di Stato non notificati e ricorso d'urgenza dinanzi al giudice nazionale: uno strumento utile per i concorrenti? Riflessioni alla luce delle recenti pronunce nazionali ed europee*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 1135 ss.; A. GENOVESE, *La tutela inibitoria del concorrente nei confronti delle condotte illecite ai sensi delle norme in materia di concorrenza sleale dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 804 ss.

all'accertamento dei presupposti del *fumus boni iuris*⁸¹ e del *periculum in mora*. In realtà, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, anche la mera decisione della Commissione di avviare una procedura di indagine formale vincolerebbe il giudice nazionale ad adottare le misure necessarie a garantire l'effetto utile delle determinazioni della Commissione stessa, ancorché aventi carattere provvisorio⁸². Ciò dovrebbe indurre i giudici nazionali ad un atteggiamento più proattivo nel disporre i provvedimenti necessari in fase cautelare, essendo proprio la concessione di misure d'urgenza l'unico rimedio a disposizione del concorrente al fine di tutelare la propria posizione nelle more dell'accertamento condotto dalla Commissione⁸³.

Abstract

Incompatible or Unlawful State Aids and Effectiveness of Damage Compensation: Some Considerations between European Union Law and National Case-law

By analysing the most recent European and Italian case-law, this paper focuses on the damage compensation of the market operators who suffered an economic loss following the breach of EU rules on State aids. Three kinds of scenarios are investigated: the action brought by a competitor towards the public authority who awarded the aid; the action brought by a competitor towards the beneficiary of the aid; and the action brought by the beneficiary towards the State for the damage suffered because of the recovery of the illegitimate aid.

Whilst the first and third case can be framed in the more general State responsibility for the breach of EU law, the second is the least EU-related one since the Court of Justice denied, unlike what happened with Arts. 101-102 TFEU, a right to damage compensation directly derived by the EU law.

⁸¹ La comunicazione del 2009 sembrerebbe ritenere sufficiente il *fumus boni iuris* laddove richiede la concessione di misure provvisorie nei casi in cui “il giudice nazionale abbia, *prima facie*, la ragionevole convinzione che la misura in questione comporti un aiuto di Stato illegale” (punto 61). Ciò comporta in ogni caso che il giudice adito in via cautelare valuti che il *fumus boni iuris* riguardi anche il profitto per l'impresa beneficiaria e il nesso causale tra l'aiuto e l'utilità concretamente ottenuta: v. ordinanza del Tribunale di Milano del 14 giugno 2012 nell'ambito del contenzioso *Saremar* (reperibile in *DeJure*).

⁸² Sentenze della Corte di giustizia del 21 novembre 2013, causa C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG c. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, punti 41-43; 4 aprile 2014, causa C-27/13, *Flughafen Lübeck GmbH c. Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs-KG*, punto 24. Cfr. J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, *La aplicación privada en materia de ayudas estatales o públicas*, in L. A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, C. HERRERO SUÁREZ, J. GUTIÉRREZ GILSANZ (coord.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Madrid, 2011, p. 495 ss., spec. p. 501 ss.

⁸³ Anche la Commissione può ingiungere di sospendere o di recuperare a titolo provvisorio gli aiuti illegali ex art. 13 del regolamento 2015/1589. Sottolinea L. DANIELE, *op. cit.*, p. 159 ss., spec. p. 167 s.) che mentre la Commissione può ordinare il recupero dell'aiuto illegale solo a seguito di un procedimento formale di indagine e nell'ambito della procedura volta ad esaminare la compatibilità dell'aiuto, senza pertanto quella rapidità che deve contraddistinguere la tutela cautelare, il giudice nazionale può ordinare sia la sospensione dell'erogazione prima che sia avvenuta che il recupero indipendentemente dalla compatibilità.

Nicola Ruccia*

How “Unconventional” Is the Single Resolution Board in the Framework of EU Agencies? **

SUMMARY: 1. General definitions. – 2. Composition. – 3. Independence. – 4. Powers. – 5. Legal personality. – 6. External dimension. – 7. Resolution colleges and relationship with EBA. – 8. Recognition and enforcement of third country proceedings. – 9. Conclusion.

1. Within the *Banking Union*, the *Single Resolution Board* (SRB) is responsible for the effective and consistent functioning of the *Single Resolution Mechanism* (SRM) – established by Regulation 806/2014¹ – which serves as a centralised EMU decision-making and financing system for the resolution of banks.

Resolution actions are taken if a credit institution is failing or is likely to fail and – having taken into account timing and other relevant circumstances – when there is no realistic prospect that any alternative measures would prevent its failure within a reasonable time-frame. They aim to ensure the continuity of the critical functions – i.e. the essential financial services – of the credit institution concerned, to maintain the stability of the financial system and avoid significant adverse effects towards it, to reduce moral hazard and, finally, to protect both public funds – by minimising reliance on extraordinary public financial support – as well as depositors, investors, client funds and client assets.

Resolution actions must be provided for in the resolution plan which is drawn up by the SRB². Together with the Council, the Commission and the National Resolution Authorities (NRAs), the SRB must apply the uniform rules and procedures within the framework of the SRM³. Basically, it is directed to plan how the bank's crisis will be managed before it manifests in all its gravity.

The SRB – as stated in Article 42, Regulation 806/2014 – is a specific Union agency with a structure corresponding to its particular tasks. Firstly, it must be noted

* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nel Politecnico di Bari.

** This paper was presented at the TARN Conference on “The External Dimension of EU Agencies and Bodies”, University of Luxembourg, 27-28 June 2017.

¹ Regulation (EU) No. 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No. 1093/2010.

² *Ivi*, Article 8, para. 6.

³ *Ivi*, Article 1.

that Union primary law neither provides a general definition of Union agencies nor determines their status and/or position in the institutional framework of the Union⁴. Only in few circumstances does it explicitly refer to them. The most important are the submission of their acts to the judicial review of the Court of Justice for: annulment under Article 263 TFEU, failure to act pursuant to Article 265 TFEU, questions on the validity and interpretation as provided in Article 267 TFEU and plea of illegality as stated in Article 277 TFEU. Furthermore, agencies are bound to comply with the principle of good administration provided in Articles 15, 16 and 228 TFEU. Finally, pursuant to Articles 287 and 325 TFEU, they are respectively subject to the Court of Auditors and to the Union system for financial control.

Given the lack of a legal definition of Union agencies, one can affirm that these are independent entities, with legal personality, established by an act of secondary law in order to accomplish a specific technical task⁵. In particular, their establishment by acts of secondary law, coupled with the absence of an ad hoc legal basis of primary law, distinguishes them from the institutions and bodies directly provided for in the Treaties⁶.

Union agencies help regulate – some of them *de jure* and other ones *de facto* – a particular sector at Union level and support the implementation of new regulations in a specific policy area⁷. Furthermore, by performing their tasks, they help to improve the way in which the rules are implemented and applied throughout the Union. In other words, they play an active role in exercising executive powers at Union level. Within this ambit they can also contribute and promote the European integration process.

It must be added that the Union's regulatory agencies' powers are subject to a set of limits which are imposed by the *Meroni* doctrine, which was formulated by the Court of Justice⁸ in order to make the delegation of power compatible with the Treaty provisions⁹. Firstly, the delegation of powers must be explicit and compatible with the principle of conferral under which the delegating institution cannot delegate more powers than those it holds¹⁰. Secondly, the exercise, by the delegate, of the powers at issue must be carried out under the same procedural conditions as the delegating authority would be subject to. Finally, the delegation of powers must not lead to the transfer of responsibility and, thus, the transfer of wide discretionary powers from the delegating institution to the delegate authority if this is not provided for in the Treaty.

Therefore, the delegation of regulatory powers to subjects other than Union institutions is not allowed since it could alter the system of responsibilities established by the Treaties. As a result, only purely executive powers can be delegated to Union agencies and their use must be fully supervised by the delegating institution. In the

⁴ See C. Tovo, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016, p. 31 ff.

⁵ Communication from the Commission, The operating framework for the European Regulatory Agencies, 11th December 2002, COM(2002)718 final.

⁶ C. Tovo, footnote 4 above, p. 36.

⁷ *Ivi*, pp. 300-311.

⁸ Judgement of the Court, 13 June 1958, joined cases 9 and 10/56, *Meroni*.

⁹ T. TRIDIMAS, *Community Agencies, Competition Law, and ECSB Initiatives on Securities Clearing and Settlement*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 216 ss., pp. 241-243.

¹⁰ J.-P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 383 ss., pp. 383-384.

recent *ESMA* case-law¹¹, which has been widely interpreted as a sign of a substantial upgrade of the *Meroni* doctrine, the Court of Justice reaffirmed the criteria set by the doctrine, reconfiguring them in the light of the changed normative framework¹².

2. Bank resolutions require swift and effective decision-making processes. It is for this reason that the SRB departs from the model of Union agencies that has developed over recent decades and assumes an unconventional configuration with respect to them. The SRB is also different from the three European Supervisory Authorities established in 2010 within the ambit of the European System of Financial Supervision (ESFS)¹³.

The SRB is composed by a Chair, a Vice-Chair, four further full-time members – permanent participants – and a member appointed by each participating Member State, representing their NRAs¹⁴. The permanent participants must be appointed on the basis of an open selection procedure which respects the principles of gender balance and takes into consideration: merit, skills, knowledge of banking and financial matters, and relevant experience of financial supervision, regulation and banking resolution¹⁵. They must be designated by the Council, acting by a qualified majority, on a proposal by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament¹⁶. The term of their office is five years and is not renewable.

The SRB is articulated in two sessions. The first, i.e. the executive one, is composed by the Chair and the four full-time members. Furthermore, when deliberating on a bank or a cross-border group, the representative of the participating Member State involved also participates in its decision-making process¹⁷. As a result, SRB’s composition would be variable since it would change depending on the Member State in which the relevant bank or group operates. Given the variability in this composition, permanent participants must ensure that the resolution decisions and actions are coherent, appropriate and proportionate¹⁸. The second session, i.e. the plenary one, is extended to all members of the SRB¹⁹.

¹¹ Judgement of the Court, 22 January 2014, case C-270/14, *ESMA*.

¹² T. TRIDIMAS, *Financial Supervision and Agency Power: Reflection on ESMA*, in N. NIC SHUIBHNE, L. W. GORMLEY (eds.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford, 2012, p. 59 ff., pp. 60-62; D. ADAMSKI, *The ESMA Doctrine: A Constitutional Revolution and the Economics of Delegation*, in *European Law Review*, 2014, p. 825 ff.; A. CARR, *Banking Union: Are We Nearly there yet?*, in *Journal of International Banking and Financial Law*, 2014, p. 429 ff.; M. CHAMON, *The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, in *European Law Review*, 2014, p. 380 ff.; K. LENAERTS, *EMU and the European Union’s Constitutional Framework*, in *European Law Review*, 2014, p. 759 ff.; P. NICOLAIDES, N. PREZIOSI, *Discretion and Accountability: The ESMA Judgement and the Meroni Doctrine*, Bruges European Economic Research Papers, No. 30/2014, available online.

¹³ These are the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pension Authority (EIOPA), the European Securities and Markets Authority (ESMA).

¹⁴ Regulation 806/2014, Article 43, para. 1.

¹⁵ *Ivi*, Article 56, para. 4.

¹⁶ *Ivi*, Article 56, para. 6.

¹⁷ *Ivi*, Article 53, paras. 3 and 4.

¹⁸ *Ivi*, Article 53, para. 5.

¹⁹ *Ivi*, Article 49.

In both executive and plenary sessions the Commission and the ECB each designate a representative entitled to participate as permanent observers²⁰. In the executive session, the SRB may invite further observers, including a representative of EBA²¹. Finally, although not established, it may also invite a representative of the Council. This initiative seems positive since the Council, like the Commission, has a specific role to play in the adoption of resolution plans²².

The most important decisions are taken in the executive sessions. Generally, they are adopted by *consensus* or, if the members are not able to reach it, by simple majority of permanent participants with a casting vote of the Chair in the event of a tie²³.

The composition of the SRB should ensure that due account is taken of all the relevant interests at stake in resolution procedures. Firstly, the specific competence of permanent participants should provide efficient bank crisis management. Secondly, the NRAs representatives would have a double role. On the one hand, they know much more thoroughly than the central experts the reference market of the bank under resolution. Within this ambit, they should also assure that the SRB's powers are exercised as close to the citizen as possible, in accordance with the proximity principle referred to in Article 10, para. 3, TEU²⁴. On the other hand, the SRB would represent a form of resistance by the Member States to the transfer of sovereignty to the Union in the banking sector and, hence, would balance national interests with the Union's interests, which sometimes contrast. Finally, the representatives of the Commission, the Council, the ECB and the EBA should ensure coherence of resolution actions with other Union banking policies.

3. As stated in Article 47, para. 1, Regulation 806/2014, when performing its tasks, the SRB shall act independently and in the general interest. To this end, it should have the capacity to deal with large groups and to act swiftly and impartially. The SRB has been conceived as independent because one of the endeavours of the Union is to interfere in the close relationship between sovereign risk and bank risk. The former refers to the danger of government default on a loan made to a Member State or guaranteed by it. The latter is uncertainty about the future cash flows of a bank, specifically the probability of a loss or a shortfall – compared to planned revenues – as a result of certain financial transactions. This can lead to the recourse to the central bank or to government liquidity²⁵. Public intervention on troubled banks has generated an increase of the level of debt for some Member States while the purchase, by banks, of bonds of Member States with large deficits has undermined their financial stability²⁶. This has generated a spiral that, due to a propagation effect, has taken

²⁰ *Ivi*, Article 43, para. 3.

²¹ *Ivi*, Articles 43, para. 3 and 53, para. 1.

²² D. BUSCH, *Governance of the Single Resolution Mechanism*, in D. BUSCH, G. FERRARINI (eds.), *European Banking Union*, Oxford, 2015, p. 281 ff., p. 290.

²³ Regulation 806/2014, Article 55, paras. 1 and 3.

²⁴ P. FOIS, *Il principio di prossimità nel diritto dell'Unione e il suo controverso rapporto con quello di sussidiarietà*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 9 ff.

²⁵ Y. ALTUNBAS, S. MANGANELLI, D. MARQUES-IBANEZ, *Bank Risk During the Financial Crisis. Do Business Models Matter?*, ECB Working Papers, No. 1394, 2011, available online.

²⁶ C. MATHIEU, H. STERDYNIAK, *La crise des dettes souveraines en Europe: Vers la fin de l'euro?*, in *Les cahiers français*, 2012, p. 30 ff., pp. 30-31; A. BUZELAY, *De l'Union monétaire à l'Union bancaire en Europe*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2013, p. 466 ff., pp. 466-467.

on a cross-border dimension. However, the independence of the SRB should stop this spiral and place the aforementioned risks in a more neutral relationship. It should also ensure that appropriate account is taken of both national and internal market financial stability. In more general terms, one can affirm that independence of the SRB should guarantee that its activity is taken beyond the influence of politics²⁷.

The independence of the SRB is embodied in the various duties of its members. Pursuant to Article 47, para. 2, Regulation 806/2014, they shall act – as well as the SRB considered as a whole – independently and objectively in the interest of the Union. Furthermore, they shall neither seek nor take instructions from the Union’s institutions or bodies, from any government of a Member State, or from any other public or private body. It is clear, indeed, that lobbies of various kinds would benefit from exercising influence on the SRB’s members to the detriment of the Union’s general interest. As a result, members shall express their own views and vote independently in the deliberations and decision-making processes within the SRB. This obligation is reflected in the corresponding duty, provided for in Article 47, para. 3, Regulation 806/2014, for Member States, the Union’s institutions and bodies, or any other public or private body, to respect their independence and to abstain from any attempt to influence them in the exercise of their functions.

The independence of the SRB is also guaranteed through modalities of appointment of its permanent members. As stated in Article 56, para. 6, Regulation 806/2014 the Commission shall submit a proposal for their assignment to the European Parliament for approval. Following this, the Council shall adopt, acting by qualified majority, an implementing decision to appoint them. Conversely, if one permanent member no longer fulfils the conditions required for the performance of his or her duties or has been guilty of serious misconduct, pursuant to Article 56, para. 9, Regulation 806/2014 the Council may, on a proposal from the Commission which has been approved by the European Parliament, adopt an implementing decision to remove him or her from office. The Council, in this case too, shall act by qualified majority. Within this ambit, it must be noted, firstly, that the European Parliament has an effective power to influence both the appointment and the removal of the permanent members of the SRB. This may be considered one of the forms of democratic control which have been established by Regulation 806/2014 to overcome the chronic democratic deficit in the Union concerning the management of the recent financial crisis²⁸. Secondly, while the appointment of permanent members is collective, their removal can be individual, which may be considered – in light of some of its features – a sort motion of censure.

²⁷ M. MACCHIA, *The Independence Status of the Supervisory Board and of the Single Resolution Board: An Expansive Claim of Autonomy*, in E. BARUCCI, M. MESSORI (eds.), *Towards the European Banking Union*, Florence, 2014, p. 122.

²⁸ M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1777 ff.; U. VILLANI, *Prove tecniche di governance europea dell’economia*, in *Sud in Europa*, 2011, available online; J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 335 ff.; K. NICOLAÏDIS, *The Idea of European Democracy*, in J. DICKINSON, P. ELEFThERiADIS (eds.), *Philosophical foundations of European Union Law*, Oxford, 2013; L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Turin, 2017; G. L. TOSATO, *Notes on the Legal Challenges Posed by the EMU Evolution*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, I, p. 673 ss.

Finally, as stated in Articles 57 and 58, Regulation 806/2014, the SRB shall have an autonomous budget which is not part of the Union budget and shall be responsible for devoting the necessary financial resources to the performance of its tasks.

In conclusion, the SRB appears to be independent from both the Union institutional and political framework as well as from participant Member States. However, in practice, this independence is rather limited.

Firstly, independence effectively only applies for the SRB's executive session. Indeed, the plenary session includes members appointed by each participating Member State and representing their NRAs from which they are not autonomous.

Secondly, even if no Union body or institution can intervene in the SRB's decision-making process, or influence it directly, one must note that the resolution plan must be shared, pursuant to Article 18, Regulation 806/2014, with the Commission and the Council. Indeed, para. 7 provides that the SRB's decision to adopt the resolution scheme may enter into force only if they have expressed no objection within a period of 24 hours after its transmission by the SRB itself. The involvement of the Commission and of the Council is justified by the margin of discretion which remains in the adoption of each resolution scheme and by the exercise of their implementing powers according to Article 291 TFEU. Particularly, the assessment of the discretionary aspect of the resolution decisions must be exercised by the Commission, and the evaluation of their impact on the fiscal sovereignty of the Member States, and on the financial stability of the Member States, and on the financial stability of the Union considered as a whole, must be evaluated by the Council. In other words, the aforementioned Union institutions definitely share the responsibility for the results of the SRM. This would explain why a full independence for the SRB cannot be recognised.

4. The powers and the degree of discretion of the SRB are much greater than those of traditional Union agencies which have been configured with the *Meroni* doctrine and mostly confirmed in the *ESMA* case.

As stated in Article 7, para. 2, Regulation 806/2014, the SRB is responsible for drawing up the resolution plans and adopting all decisions relating to resolution – including the use of the Single Resolution Fund – for entities falling within the scope of the SRM.

Therefore, its most important powers are connected to the implementation of resolution tools which are listed in Article 22, para. 2, Regulation 806/2014: i) the sale of the business; ii) the establishment of a bridge institution (the so-called *bridge bank*); iii) the asset separation (the so-called *bad bank*); iv) and the bail-in. The first – as mentioned in Article 24, Regulation 806/2014 – confers the SRB the power to transfer to a purchaser, on commercial terms and without requiring the consent of shareholders, the whole or part of the shares or other instruments of ownership or any assets, rights or liabilities of the bank concerned. The second, conforming to Article 25, Regulation 806/2014, provides the creation of a legal person – controlled by public authorities – for the purpose of receiving and holding some or all of the shares or other instruments of ownership of the bank involved, or its assets, rights and liabilities with a view to maintaining access to critical functions and selling it when market conditions become appropriate. The third, pursuant to Article 26, Regulation 806/2014 – which can be exercised only in conjunction with another power – implies the transfer of impaired assets to an asset management vehicle, with

the aim of permitting them to be managed and sold over time in order to cleanse the balance sheets of the troubled banks. The fourth, provided in Article 27, Regulation 806/2014, consists in the write-down and conversion of liabilities of an entity under resolution and provides consent for reducing the claims of unsecured creditors and to transform debt into equity.

One can therefore observe that even if the SRB is a technical body, its activity is not limited to opinions and recommendations since it makes decisions which are binding upon those banks, cross-border groups as well as private operators to which they are addressed. They also have direct effects since they can directly create rights and obligations for the addressees who, as stated in Article 86, Regulation 806/2014, can invoke them and rely on them before the Court of Justice.

It must be noted, however, that within the ambit of the mentioned resolution procedure established in Article 18, Regulation 806/2014, para. 7²⁹, the discretionary decision of the SRB to adopt the resolution scheme is ultimately taken by Union political institutions. In this respect the SRB approaches the traditional Union agency model.

In fact, the highly technical nature of these matters risks limiting the attitude of Union institutions towards intervening in banking crises and requires the application of the principal-agent model³⁰. Based on the assumption that the delegation of responsibilities allows, among other achievements, the pursuit of goals that would otherwise be too costly or secure too much expertise – i.e. in resolution of credit institutions – it manages the agency relationship which is created when one party (i.e. the principal) enters into a specific agreement with a second party (i.e. the agent) and delegates to the latter responsibility for carrying out a function or set of tasks on the principal’s behalf. In the light of this model and of the limited time for the resolution procedures to be concluded, the Council and the Commission might consider it appropriate to rely on the evaluations carried out by the SRB, allowing it to autonomously decide, and simply confirm and conform to the SRB’s approach on the specific resolution case.

Finally, we must turn to the SRB’s powers which relate to early intervention measures. As provided in Article 13, Regulation 806/2014 in combination with Articles 27, para. 1, 28 and 29 Directive 2014/59/EU³¹, the SRB has broad discretionary margins on the evaluation of the conditions for their exercise. Firstly, they are established through a wide legal framework which leaves room to a considerable degree of appreciation on ‘whether’ and/or ‘when’ to apply them. For instance, one can observe numerous undetermined legal concepts such as ‘significant deterioration in the financial situation’ and ‘deteriorating liquidity situation’ as well as ‘increasing level of leverage’, whose specification is referred to the discretion of the SRB. Secondly, they can be implemented both in case of a breach of the European Banking Law by a credit institution and where the SRB estimates that the same breach, in the short term, applies. In other words, these powers are substantially

²⁹ *Supra*, para. 3.

³⁰ J.-J. LAFFONT, D. MARTIMORT, *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*, Princeton, 2002; H. KASSIM, A. MENON, *The Principal-agent Approach and the Study of the European Union: Promise Unfulfilled?*, in *Journal of European Public Policy*, 2003, p. 121 ss.

³¹ Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No. 1093/2010 and (EU) No. 648/2012, of the European Parliament and of the Council (BRRD).

exercised out of the influence of Union institutions although they affect directly and significantly on the legal sphere of the troubled bank.

5. Article 42, para. 1, Regulation 806/2014 gives legal personality to the SRB without specifying, however, whether it is domestic or international.

At first sight – according to literature sources arguing for an international legal personality of EU agencies by referring to the general provisions in their founding regulations³² – one could suppose that the SRB enjoys international legal personality. This would come from Article 8, paragraphs 6 and 11, lit. d), Regulation 806/2014. It states that a group resolution plan which includes entities incorporated in third countries must identify appropriate arrangements for cooperation and coordination with the relevant authorities of those third countries and the implications for resolution within the Union. As the resolution plan is drawn up by the SRB, the latter may establish binding relations with other subjects of international law. This would give it a specific competence, at international level, to act independently from the Union institutions and delineate its own external dimension. One can observe that some aspects of this cooperation had already materialised, for example with the US Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) and the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA).

In actuality, one can affirm – in accordance to more recent doctrine³³ – that Article 42, para. 1, Regulation 806/2014 does not assign international legal personality to the SRB. It would only have the capacity to act in the domestic legal order of the participant Member States. Therefore, it would have a much smaller internal legal personality and its external dimension would be merely cooperative, similar to that assigned to the Commission – with regard to international organisations – under Article 220 TFEU.

The denial of the SRB's international legal personality seems coherent with the decision-making in the SRM which attributes the most important role to the Council and, in a subordinated way, to the Commission. Indeed, if the most important topic in favour of the attribution to the SRB of the international legal personality is founded on its responsibility in drawing up the resolution plan, one must observe, one more time, the well-known resolution procedure established in Article 18, Regulation 806/2014. Under this profile, the SRB's international legal personality would be contrary to the spirit and letter of the SRM Regulation as well as to a common sense of reasonableness and political opportunity. The extent of its external dimension would be individuated, therefore, with reference to the Council's prerogatives.

Finally, the regulatory attribution to it of legal personality would only represent the manifestation of its own autonomy of external action, which is similar to those of the most important national resolution authorities considered on a global scale. In other words, the SRB is an integral part of the Union's institutional system because it simply is the central resolution authority of one part of the latter – the Eurozone – and not a self-contained entity within the Union itself. Under this profile, one must

³² R. VAN OOIK, *The Growing Importance of Agencies in the EU: Shifting Governance and Institutional Balance*, in D. CURTIN, R. WESSEL (eds.), *Good Governance and the European Union*, Antwerp, 2005, p. 132.

³³ A. OTT, E. VOS, F. COMAN-KUND, *EU Agencies and Their International Mandate: A New Category of Global Actors*, Cleer Working Papers, No. 2013/7, p. 14.

observe that the international subjectivity of an entity, far from being attributed by solemn formulations, depends on its actual and effective participation in the international community and on its own autonomous juxtaposition to the members that compose it (and other subjects), as well as on the nature – and the size – of its competences, the power to enter into international agreements, and the responsibility for its own activity³⁴.

6. International cooperation of the SRB is based on awareness that interconnection of financial markets requires action, policy and guidance on a global scale. To this end, the SRB has specific relations with international organisations (which play a role in promoting convergence and in providing advice in resolution for banks), non-participating Member States (under the coordination of EBA), and third countries.

As stated in Article 32, para. 1, Regulation 806/2014, where a group includes entities established in SRM Member States as well as in non-participating Member States or third countries, the SRB shall represent the national resolution authorities of the former for the purposes of consultation and cooperation with the latter. However, it must act without prejudice to any approval by the Council or the Commission required under the Regulation at issue.

This is the general norm which regulates the external relations of the SRB.

Firstly, it affirms that the SRB shall represent one or more national resolution authorities – those of the entity of the participating Member State(s) included in an international group – and not the Banking Union considered as a whole, although it is responsible of the second pillar of the latter. This would imply an ambiguity between the interest to be pursued, whether the Eurozone or the national one. Since – as stated in Article 8, Regulation 806/2014 – the SRB replaces the NRAs of the participating Member States in their resolution decisions, one can affirm that it should preserve their own national interest, circumstances which remain somewhat ambiguous under a Eurozone perspective. Indeed, although the interest of a SRM Member State, to the detriment of a non-participating Member State or third country coincides with the Eurozone one, it can be argued that – due to the well-known interconnection of financial markets – this has side effects on another (or others) Eurozone Member State(s) implying asymmetric shocks in the common currency area.

Secondly, the rule establishes a double limit to the activity of the SRB. The first is the operating level which is limited by consultation and cooperation, excluding binding regulatory acts. The second is the subordination of its action to the approval of the Council and the Commission. This would confirm, on the one hand, a certain degree of autonomy of the SRB in its external relations, which is counterbalanced, on the other hand, by the control of the Union institutions.

The norm at issue must be analysed in combination with Article 93, para. 1, BRRD which states that the Commission, in accordance with Article 218 TFEU, may submit to the Council proposals for the negotiation of agreements with one or more third countries concerning the tools of cooperation between the resolution authorities and the relevant third country authorities for the purpose of information sharing in connection with recovery and resolution plans for banks. This implies that agreements on the matter are reached with the ordinary procedure established in the Treaties. As a result, the Council shall authorise the opening of their negotia-

³⁴ U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2010, III ed., p. 137.

tions, their signing and conclude them while the SRB will implement them under the control of the Council itself as well as the Commission.

Paradoxically, consultation and cooperation of the SRB with relevant third countries may be subordinated to bilateral agreements between participant Member States and the same relevant third countries. This can apply until the entry into force of an agreement regarding the matters at issue concluded between the Council and the mentioned relevant third countries. In order to limit the implication of this unconventional subordination, Article 93, para. 4, BRRD provides a stand still clause although it does not create the SRB. It establishes that Member States may enter into bilateral agreements with a third country, to the extent that such bilateral agreements are not inconsistent with BRRD, until the entry into force of an agreement concluded between the Council – specifying, therefore, the role of the SRB in consultation and cooperation – and the third country itself.

Article 32, para. 2, Regulation 806/2014 is a special rule concerning the external dimension of the SRB. It extends the operating level of the latter since it affirms that the SRB and competent authorities of the non-participating Member States shall conclude memoranda of understanding (MoUs) describing in general terms how they will cooperate with one another, under the BRRD, in the performance of their tasks.

MoUs are soft law agreements, negotiated and signed by authorities outside political interference – albeit under the umbrella of legal legitimacy constituted by the power conferred to them by law – that set the framework for technical cooperation. Their non-binding legal nature makes, on the one hand, their conclusion easier. On the other hand, it does not push the contracting authorities to fulfil their obligations, leaving a margin of domestic action. Therefore, they are often formulated in vague and ambiguous terms in order to avoid possible prescriptive readings. As a result, they do not substantiate genuine collaborative engagement by other contracting authorities and avoid false allegations as well as associated reputable damages in case of failure in cooperation.

Even if this approach is in line with international cooperation on the matter³⁵, the rule at issue circumscribes it to non-participating Member States. In other words, it only applies in the Union considered as a whole excluding third countries. This determines, almost in principle, a double level of international relations of the SRB although their respective limits are not established.

7. Resolutions colleges, as stated in Article 88, BRRD, are networks of NRAs that aim to carry out resolution tasks for cross-border groups, which have entities established in more than one Member State, and to ensure cooperation and coordination with third-country resolution authorities. After the entry into force of Regulation 806/2014 they must be established only for groups which include entities of participating and non-participating Member States – for which the SRB is the group-level resolution authority – or of non-participating Member States.

Taking into account international standards, the EBA develops draft regulatory standards in order to specify the operational functioning of the resolution colleges for the performance of their tasks. To this end, it shall contribute to promoting and monitoring their efficient, effective and consistent functioning.

³⁵ Financial Stability Board, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 2014, available online.

Resolution colleges are able to adopt joint decisions. It is for this reason that they stand out from other international cooperation fora between administrative authorities, like the Crisis Management Groups, provided by the Key Attributes and regulated by MoUs. However, they are not aimed at transferring power to a supra-national authority.

As stated in Article 8, paras. 2 and 3, BRRD, the NRAs shall endeavour to reach a joint decision and EBA, at their request, assist them in reaching it. In the absence of a joint decision between the competent authorities – and after a very complex and farraginous procedure – the EBA, according to Article 19, para. 3, Regulation 1093/2010, may take a decision requiring them to take specific action in order to settle the matter.

Pursuant to Article 32, para. 4, Regulation 806/2014, non-binding cooperation arrangements concluded by the SRB must be in line with the EBA framework cooperation arrangements. This rule establishes a third limit to the external dimension of the SRB due to the EBA’s cooperative activity with third-country authorities. It requires the examination of the relationship between them, under their international relations profile, especially with regard to the division of their tasks – and to their potential overlap – and the way in which the former may participate in the decision-making of the latter.

Firstly, it must be noted that Article 33, Regulation 1093/2010 assigns to the EBA an active role in order to develop contacts and enter into administrative arrangements with the administrations of third countries. However, those arrangements shall not create legal obligations for the Union and its Member States nor shall they prevent Member States and their competent authorities from concluding bilateral or multilateral arrangements with those third countries. Particularly, as stated in Article 97, para. 2, BRRD, the EBA may conclude non-binding framework cooperation arrangements with relevant third country(ies) authorities where: i) a Union subsidiary of the third country parent undertaking is established in two or more Member States; ii) a third country institution operates Union branches in two or more Member States; iii) a parent undertaking established in a Member State with a subsidiary institution or significant branch in another Member State also has one or more third country subsidiary institutions; iv) an institution with a subsidiary institution or significant branch in another Member State has established one or more branches in one or more third countries.

Furthermore, as stated in Article 75, para. 1, Regulation 1093/2010, third countries which have concluded agreements with the Union – whereby they have adopted and are applying Union law in the area of competence of the EBA – may participate in the work of the latter. Pursuant to Article 75, para. 2, Regulation 1093/2010, the EBA may cooperate with the above mentioned third countries, applying legislation which has been recognised as equivalent in the areas of its competence, as provided for in international agreements concluded by the Union in accordance with Article 216 TFEU. Indeed, given the globalisation of financial services and the increased importance of international standards, the EBA is required to foster dialogue and cooperation with competent authorities outside the Union. It should be empowered to develop contacts and enter into administrative arrangements with the authorities and administrations of third countries and with international organisations, while fully respecting the existing roles and respective competences of the Member States

and the Union institutions. Participation in its work should be open to countries which have concluded agreements with the Union whereby they have adopted and are applying Union law, and it should be able to cooperate with third countries which apply legislation that has been recognised as equivalent to that of the Union.

Secondly, it must be noted that Articles 10, para. 1 and 15, para. 1, Regulation 1093/2010 assign to the EBA the powers to develop, respectively, draft regulatory technical standards and draft implementing technical standards. Put briefly, the EBA has the power to enact binding legal acts³⁶. This involves a questionable power shift that must be analysed with regard to the balance of powers³⁷. To this end, one must observe that the SRB, pursuant to Article 5, para. 2, Regulation 806/2014, is subject to the aforementioned binding regulatory and implementing technical standards, and to any guidelines and recommendations developed by the EBA.

Moreover, the EBA must ensure compliance with Union law. Within this ambit, one must pay attention to recital 18, Regulation 806/2014, which affirms that in cases where Union law confers discretion on competent authorities, the EBA's decisions cannot replace the exercise in compliance with Union law of that discretion. It must perform its tasks under this principle.

It can be noted, therefore, that the SRB – despite its leading role in resolution for banks in the EMU – is placed, in the relationship with the EBA, at the same level of national authorities, with two orders of consequences.

Pursuant to Article 97, para. 4, BRRD NRAs and, therefore, the SRB shall conclude non-binding cooperation arrangements in line with EBA framework arrangement with the relevant third country authorities.

First of all, even with regard to the SRB, the acts that the EBA may issue in place of the national authorities, if necessary conditions are met, would be adopted. Furthermore, the EBA would be given the role of the regulatory authority for resolution across the Union considered as a whole. It would be the main guarantor of financial stability of the latter, having specific powers to intervene on national authorities and banks of all Member States, including cross-border groups.

Another matter of considerable complexity is represented by the participation of the SRB in the decision-making of the EBA. According to Article 30, para. 5, Regulation 806/2014, the SRB shall appoint a representative which shall participate in the Resolution Committee of the EBA, which is a permanent internal committee established for the purpose of preparing EBA decisions – including draft regulatory technical standards and draft implementing technical standards – relating to tasks that have been conferred on resolution authorities as provided for in BRRD.

This Committee promotes the development and coordination of resolution plans and develops methods for the resolution of failing banks³⁸. Within this ambit, the EBA must ensure structural separation between the resolution committee and other functions referred to in Regulation 1093/2010. The scope is to avoid conflicts of interest that occurs when the impartial and objective exercise of its powers in resolution for banks is compromised for reasons involving any other of its institutional functions.

³⁶ S. MAGIERA, W. WEISS, *Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law*, in D. C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Heidelberg, 2014, p. 489 ss.

³⁷ A. WELLERDT, *Organisation of Banking Regulation*, Heidelberg, 2015.

³⁸ Article 127, BRRD.

8. Where a third country institution or parent undertaking has subsidiaries established in one or more participating Member States and/or assets, rights or liabilities located in them or governed by their law, in the lack of an international agreement signed between the Council and the third country concerned, regarding the tools of cooperation between the SRB and the relevant authority, pursuant to Article 33, para. 2, Regulation 806/2014, the SRB may issue a recommendation addressed to the NRAs on the recognition and enforcement of resolution proceedings conducted by the resolution authority of the third country at issue.

Firstly, it must be noted that the recommendation of the SRB is a non-binding act. As a result, the final decision on the recognition and enforcement of third country resolution proceedings, under the legal profile, is adopted by the NRA compressing, once again, the external dimension of the SRB. Indeed, as stated in Article 32, para. 4, Regulation 806/2014, NRAs implement the SRB’s recommendation and ask for the recognition or enforcement of the resolution proceedings or explain in a reasoned statement to the SRB why they cannot implement it. In other words, they can accept or refuse its execution.

In any case, the SRB issues its recommendation after consulting the NRA involved and, where a resolution college is established, with the resolution authorities of non-participating Member States. In its considerations it gives due consideration to the interests of each individual participating Member State where a third country institution or parent undertaking operates, and in particular to the potential impact of the recognition and enforcement of the third country resolution proceedings on the other parts of the group and the financial stability in those Member States. It can be added, furthermore, that the intervention of the SRB is aimed at an overall assessment, in the light of the interconnection of financial markets, of the impact of the third country resolution proceeding not only in the Member State involved but on the Euro area considered as a whole. It is for this reasons that the recommendation at issue seems to be one of those acts of soft law which characterise the current management of international financial relations.

The SRB may also recommend, as provided in Article 32, para. 3, Regulation 806/2014, to refuse the recognition or enforcement of third country resolution proceedings. This applies in several circumstances. Firstly, if they would have an adverse effect on financial stability in one or more participating Member or if they would have material fiscal implications for them. This would undermine, indeed, the aims of the SRM and, in a broader sense, of the Banking Union. Secondly, if their effects would be contrary to the national law applicable or would imply prejudice to any normal insolvency proceedings. Thirdly, if creditors of a participating Member State would not receive the same treatment as third country creditors with similar legal rights under the third country home resolution proceedings. Formally, this is a reciprocity clause which seems to be established in order to protect, in substantive terms, investors of the Euro area.

9. The SRB – established within the ambit of the SRM – is a Union agency which operates to resolve the banks of the Euro area. It presents more differences than similarities with the classic model of Union agencies stemming from the “*Meroni doctrine*”. Indeed, it replaces the previous system, based on the integration of Union and national rules as well as institutions, with a supranational body conceived to ensure

the centralised management of a sector – i.e. resolution for banks – which, particularly for cross-border groups, can only be addressed through common measures, after recognising new and more incisive powers to supranational structures.

This new trend, which provides the delegation of discretionary powers to the Union agencies, would lead to the independence of the latter. Under this profile, the SRB seems to be autonomous from the Union’s institutional and political framework as well as from participant Member States, although in a quite limited manner.

Firstly, resolution plans – whose drawing up and adoption are the SRB’s main tasks – must be shared with the Commission and the Council.

Secondly, the SRB only has an internal legal personality. The denial of an international personality, although in line with the main features of Union agencies, is coherent with the decision-making of the SRM.

Thirdly, non-binding international cooperation arrangements concluded by the SRB must be in line with the EBA’s cooperation activity with third country authorities.

As a result, the external dimension of the SRB, although different whether related to non-participating Member States or third countries, is quite limited. Its operating level is, on the one hand, circumscribed to consultation and cooperation – excluding, therefore, binding regulatory acts – and, on the other hand, submitted for the approval of the Council and of the Commission as well as in line with the EBA’s activity. Furthermore, international agreements on the matter must be concluded following Article 218 TFEU.

It can be concluded that, on the one hand, the independence of the SRB, regardless of the projection of its action – whether internal or external – is sacrificed on the altar of political sharing concerning resolution for banks. On the other hand, it must be observed that political institutions will hardly oppose the determinations of a technical body which they have helped to appoint. This involves a questionable power shift requiring a deeper analysis of the balance of powers.

Abstract

How “Unconventional” Is the Single Resolution Board in the Framework of EU Agencies?

The aim of this paper is to evaluate whether, and to what extent, the Single Resolution Board – a specific Union agency with a specific structure corresponding to its tasks – departs from the model of Union agencies stemming from the *Meroni* doctrine.

To this end, it first defines, in general terms, Union agencies and resolution for banks. Secondly, it analyses the main features and the legal personality of the SRB. Thirdly, the paper examines the external dimension of the SRB, with particular regard to its relation with non-participating Member States, the EBA and third countries as well as to the recognition and enforcement of third country resolution proceedings.



Note e Commenti

Giovanni Cellamare*

Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *N.D. e N.T. c. Spagna*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte: il previo controllo sull'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato convenuto. – 3. *Segue*: l'accertamento della violazione del divieto di espulsione collettiva e del diritto a un ricorso effettivo. – 4. Considerazioni conclusive: l'incidenza delle indicazioni della Corte al di fuori del caso sottoposto al suo giudizio.

1. Come è noto, spesso gli Stati meta di flussi migratori adottano misure volte a ridurne la portata. Tali misure possono comprendere accordi che consentono, talvolta immediatamente, l'allontanamento dei migranti verso gli altri Stati parti di quegli accordi, nonché forme di controllo extraterritoriale degli stranieri. In siffatte situazioni, possono venire in gioco norme internazionali che operano in settori diversi: ad esempio, quelle contenute in atti aventi a proprio oggetto la cooperazione tra gli Stati nella lotta contro il traffico di migranti e contro la tratta delle persone, nonché norme poste a tutela dei rifugiati o che prevedono diritti individuali a favore di tutte le persone, e quindi anche dei migranti in condizione irregolare¹.

In particolare, in quelle stesse situazioni potrebbe porsi un problema di applicazione del principio di *non-refoulement* previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati e da una norma di diritto internazionale consuetudinario; del principio, cioè, è appena il caso di ricordare, che stabilisce il divieto di respingere una persona verso uno Stato nel quale (e/o dal quale possa essere ulteriormente allontanata verso un terzo Stato nel quale) possa essere perseguitata.

In effetti, ove, a mezzo di quei controlli, uno Stato impedisca l'accesso al proprio territorio, potrebbe risultare bloccata la presentazione di domande di protezione internazionale e rifiutata quest'ultima a favore di eventuali rifugiati. Secondo l'opinione che a noi pare di dover preferire, data la *ratio* di quel principio – la cui portata va intesa alla luce della specie di cui si tratta –, è da ritenere che il divieto di *refoulement* operi indipendentemente dal luogo in cui sia posta in essere l'attività statale che incida sulla posizione dei rifugiati, nel senso ora accennato. In altri

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Tra gli altri, v. (gli scritti raccolti in) B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden, 2010; B. FRELICK, I. M. KYSEL, J. PODKUL, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Journal of Migration and Human Security*, 2016, p. 190 ss.; G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in www.sidiblog.org, 2017; A. LIGUORI, *Some Observations on the Legal Responsibility of States and International Organizations in the Extraterritorial Processing of Asylum Claims*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2017, p. 135 ss.

termini, come diffusamente riconosciuto, quel principio opera alle frontiere, nelle c.d. zone internazionali, nonché in alto mare². Il *non-refoulement*, dunque, troverà applicazione (anche) rispetto ad attività (extraterritoriali) di uno Stato, che abbiano l'effetto di deviare le persone interessate verso un Paese nel quale ci sia il rischio (di *refoulement* indiretto e quindi) di violazione dello stesso principio³.

Il rispetto di quest'ultimo è affermato nell'art. 78 TFUE: la politica dell'Unione in materia di protezione internazionale deve essere conforme pure agli "altri trattati pertinenti". In linea con questa disposizione, gli atti normativi ribadiscono il funzionamento del *non-refoulement* nell'UE; inoltre, contemplano garanzie procedurali a favore degli stranieri destinatari di provvedimenti o decisioni, ad esempio, di rimpatrio o di rifiuto della richiesta di protezione internazionale⁴. Data la posizione della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'UE (art. 6, par. 1, TUE), l'uniformità interpretativa di quel principio è guidata dal combinato disposto degli

² Cfr. gli articoli 3 (ambito di applicazione) e 8 (informazioni e consulenze nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera) della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

³ In argomento, tra gli altri, v. E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and the Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 87 ss., in specie p. 114; G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, p. 548 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed., pp. 230 ss. e 253 ss. (per il carattere declaratorio del riconoscimento dello status di rifugiato); F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, p. 345 s.; M. DEN HEIJER, *Europe Beyond Its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *op. cit.*, p. 168 ss., in specie p. 188 s.; A. KLUG, T. HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, *ivi*, p. 69 ss.; B. RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees*, *ivi*, p. 3 ss.; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss., in specie p. 10 ss. Pertinente la netta posizione dell'UN High Commissioner for Refugees nell'*Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations Under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, gennaio 2007, www.unhcr.org; posizione già sostenuta davanti alla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo nel noto affare *Haitian Centre for Human Rights v. United States*: cfr. la decisione del 13 marzo 1997 relativa al merito dello stesso affare, www.worldcourts.com, in specie par. 157. Si vedano altresì UN High Commissioner for Refugees, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, novembre 2010, www.unhcr.org, nonché le pubblicazioni (reperibili *online*) della European Union Agency for Fundamental Rights del 2014, dal titolo *Fundamental rights at airports: border checks at five international airports in the European Union* e *Fundamental rights at land borders: findings from selected European Union border crossing points*.

⁴ Si rinvia, sinteticamente, alle schede contenute nelle due pubblicazioni dell'Agenzia dell'UE indicata nella nota che precede, nonché al par. 24 ss. della sentenza qui commentata (v. *infra*, testo e nota 6, nonché nota 8). Per un'analisi degli atti normativi richiamati nel testo, anche per ulteriori rinvii bibliografici, v. gli scritti raccolti in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, München, 2016, II ed. Vale la pena di ricordare che l'applicazione di quelle disposizioni convive con la disciplina del sistema Schengen vigente nelle *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla, teatro dei fatti di seguito considerati nel testo. In effetti il c.d. codice frontiere Schengen "non pregiudica il regime specifico applicato a Ceuta e Melilla, quale definito nell'accordo di adesione del Regno di Spagna alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985" (par. 37 del preambolo del Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen). Quel regime è indicato nell'Atto finale dell'Accordo di adesione rientrante nell'*acquis* di Schengen di cui all'art. 1, par. 2, della decisione 1999/435/CE del Consiglio, del 20 maggio 1999.

articoli 18 (“[I]l diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra (...)”) e 19, par. 2 (“[N]essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”), della stessa Carta. D’altro canto, trattandosi di “diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi”, vanno intesi, giusta l’art. 52, par. 3, alla luce di “quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”, così venendo in gioco la giurisprudenza pertinente della Corte EDU.

Oltre al divieto poc’anzi indicato, si pensi in proposito a quello previsto dall’art. 19, par. 1, disposizione sovrapponibile all’art. 4 del Protocollo addizionale n. 4 alla CEDU, del 1963 (“[L]e espulsioni collettive sono vietate”). Dunque, l’operare, nelle situazioni poc’anzi richiamate, dell’art. 52, par. 3, non è di poco momento, posto che in quelle stesse situazioni possono venire in gioco diritti previsti dalla Carta corrispondenti a quelli riconosciuti dalla CEDU a favore di tutte le persone, sebbene si tratti di stranieri in condizione irregolare⁵.

Su queste basi, va segnalata la sentenza resa dalla Corte EDU (terza sezione) il 3 ottobre 2017, nell’affare *N.D. e N.T. c. Spagna*⁶.

2. Si ha riguardo a una specie nella quale due subsahariani (per l’appunto N. D. e N. T.) avevano tentato, nel 2014, di oltrepassare clandestinamente a Melilla la barriera confinaria fra Marocco e Spagna, caratterizzata (a mezzo di recinzioni) da tre linee di chiusura successive; rimasti in cima alla terza, dopo alcune ore, aiutati dalle autorità di polizia spagnola, le medesime persone scesero dallo sbarramento. Senza alcuna procedura di identificazione furono subito respinte verso il Marocco. Secondo quanto affermato dagli interessati, con una siffatta modalità furono espulse anche altre persone che avevano cercato di sorpassare la barriera. Tali “devoluciones en caliente” risultano da un Report del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti⁷. Dopo alcuni mesi, N. D. e N. T. riuscirono a entrare in territorio spagnolo. Contro gli stessi furono adottati dei provvedimenti di espulsione.

Al primo tentativo di ingresso in Spagna, documentato da immagini video, assistettero alcuni giornalisti e altri testimoni; ciò ha favorito la presentazione dei ricorsi alla Corte EDU. Negli stessi, gli interessati asserivano la violazione degli articoli 3

⁵ Cfr. G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel diritto dell’Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 671 ss., in specie p. 687, anche per l’incidenza indiretta della CEDU (ex art. 6, par. 3, TUE: “[I] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”) sull’interpretazione e applicazione di norme dell’UE e di quelle nazionali di attuazione delle prime. Pertinente la seguente precisazione della Corte di giustizia UE (Grande Sezione) nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*: “l’articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell’Unione richiede misure nazionali di attuazione, 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 e l’effettività del diritto dell’Unione” (punto 60).

⁶ Le sentenze e le decisioni della Corte possono leggersi muovendo dal sito www.echr.coe.int. Su quella qui esaminata, v. già D. SCHMALZ, *The Identification of Individuals: Some Thoughts on the ECHR Judgment in the Case N.D. and N.T.*, in voelkerrechtsblog.org, 16 ottobre 2017.

⁷ CPT/Inf (2017) 34, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 September to 10 October 2016*, rm.coe.int.

CEDU, 4 del Protocollo n. 4 alla medesima Convenzione, nonché 13 di questa, combinato con le altre due disposizioni. Scartata la rilevanza dell'art. 3 (sul divieto di tortura o trattamento disumano e degradante)⁸, la Corte ha accertato la violazione del divieto di espulsione collettiva, *ex art. 4, cit.* (e contemplato da una norma consuetudinaria)⁹, nonché del diritto al ricorso effettivo garantito dall'art. 13 della Convenzione.

Gli svolgimenti contenuti nella sentenza arricchiscono precedenti indicazioni della Corte. Onde poter accertare la responsabilità dello Stato convenuto per asserita violazione della CEDU, essa ha esaminato preliminarmente se dagli accadimenti sottoposti al suo giudizio fosse rilevabile o no l'esercizio della giurisdizione statale ai sensi dell'art. 1 della Convenzione (“[L]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione”). Ciò ha consentito alla Corte di pronunciarsi sulla portata di quella norma in una situazione fattuale diversa da quelle prese in considerazione in precedenti decisioni nelle quali l'organo giurisdicente aveva avuto modo di affermare l'applicazione extraterritoriale della Convenzione. Vale la pena di aver riguardo, anzitutto, a questo aspetto¹⁰.

Muovendo dalle peculiari caratteristiche del sistema di chiusura del posto di frontiera, lo Stato convenuto aveva osservato che i fatti si erano svolti senza oltrepassare il dispositivo di protezione delle barriere esistenti¹¹. In altri termini, i ricorrenti non erano penetrati in territorio spagnolo, “par conséquent que les forces de l'ordre ne pouvaient qu'empêcher les requérants de pénétrer sur le territoire espagnol et que, dès lors, les intéressés ne relevaient pas de la juridiction de l'Espagne au titre de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention”. D'altro canto, aggiungeva lo Stato convenuto, “à supposer que la clôture frontalière se situe à l'intérieur des frontières terrestres de l'Espagne, l'exercice de la juridiction, même à l'intérieur du territoire des États membres, peut avoir un objet et un but variables par rapport à chacun des droits protégés par la Convention” (par. 44).

Ribadendo quanto statuito nell'affare *Banković e altri c. Belgio e altri 16 Stati contraenti*, la Corte ha ricordato, anzitutto, che la nozione di giurisdizione ai sensi

⁸ V. la decisione del 7 luglio 2015 sulle *requêtes* n. 8675/15 e n. 8697/15, *N.D. c. Spagna e N.T. c. Spagna*: “les requérants, qui ont été effectivement renvoyés vers le Maroc, ne prétendent pas avoir été soumis à des traitements contraires à l'article 3 (...)”; ora, “sans aucunement préjuger la situation de risque de mauvais traitements généralisés invoquée par les requérants, la Cour estime que rien dans le dossier ne permet de déceler une quelconque apparence de violation par les autorités espagnoles de la disposition citée de la Convention”; in conclusione, non risultava alcun “grief défendable de violation de l'article 3 de la Convention (...)” (par. 15).

⁹ Per la configurazione di quel divieto come principio generale vigente nel diritto internazionale, v. Commissione del diritto internazionale, *Third report on the expulsion of Aliens/by Maurice Kamto, Special Rapporteur*, 19 aprile 2007, UN Doc. A/CN.4/581, par. 115, www.refworld.org.

¹⁰ In effetti si tratta di una “condition nécessaire pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention”: così la Corte nella sentenza dell'8 luglio 2004, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, par. 311.

¹¹ Cfr. il par. 17 della sentenza, dove si ricorda il contenuto del Protocollo operativo di sorveglianza, da parte della *Guardia Civil*, al sistema di chiusura indicato all'inizio di questo par., sistema volto a “définir la ligne qui délimite, aux seuls effets du régime portant sur les étrangers, le territoire national: cette ligne est matérialisée par la clôture(...)”. Dunque, “lorsque les tentatives des migrants de franchir illégalement cette ligne sont contenues et repoussées par les forces de l'ordre chargées de la surveillance de la frontière, il est considéré qu'aucune entrée illégale effective n'a eu lieu. L'entrée n'est considérée comme ayant eu lieu que lorsqu'un migrant a dépassé la clôture interne citée, qu'il a de la sorte pénétré sur le territoire national et qu'il relève dès lors du régime relatif aux étrangers (...)”. V. pure di seguito, nel testo.

dell'art. 1 è essenzialmente (“principalément”) territoriale, sicché solo eccezionalmente può aversi esercizio extraterritoriale della giurisdizione. Da decisioni successive alla sentenza testé richiamata risulta che, nel corso degli anni, si è avuto un arricchimento giurisprudenziale dei criteri volti a individuare eccezioni aggiuntive a quelle indicate nell'affare *Banković*¹². Gli svolgimenti giurisprudenziali mostrano, in particolare, che la Corte si è allontanata dalle sue originarie posizioni contrassegnate da una sostanziale coincidenza delle eccezioni elencate in quell'affare con situazioni di esercizio extraterritoriale autorizzati dal diritto internazionale. Così nel caso *Issa c. Turchia*: in una specie di sconfinamento dei militari turchi in Iraq, la Corte aveva avuto cura di rilevare che “if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey” (senza distinguere tra controllo esercitato “lawfully or unlawfully”)¹³. In una siffatta situazione – nella quale viene a realizzarsi un rapporto di fatto tra lo Stato e gli individui, al di fuori del territorio del primo – “Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory”¹⁴.

Indicazioni di contenuto analogo a quelle ora riferite sono state fornite da altri organi di controllo sull'attuazione di strumenti internazionali aventi ad oggetto la tutela dei diritti individuali¹⁵.

Invero, negli affari pertinenti, la Corte ha concentrato la propria attenzione su aspetti del caso di specie che hanno consentito di poter rilevare l'esercizio della giurisdizione *de jure* o quanto meno *de facto* al di fuori dello spazio territoriale dello Stato convenuto. Le indicazioni fornite dalla Corte nel corso degli anni denotano una progressiva rifinitura della definizione, dunque in sviluppo, della nozione di giurisdizione, ai fini del funzionamento della Convenzione. La qual cosa è coerente, ci sembra, con l'approccio “case by case” seguito e costantemente affermato dalla Corte nell'interpretazione e applicazione della Convenzione¹⁶.

¹² Sentenza della Grande camera del 12 dicembre 2001.

¹³ Sentenza del 16 novembre 2004, par. 74. Rispetto agli svolgimenti contenuti nel testo, vale la pena di seguire da vicino quanto si legge in UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), *General Comment no. 31, The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 maggio 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, www.unhcr.org, par. 10: “[S]tates Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. As indicated in General Comment 15 (...), the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party. This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation”.

¹⁴ Par. 71 della sentenza *Issa*.

¹⁵ V., ad esempio, UN COMMITTEE AGAINST TORTURE (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, 24 gennaio 2008, CAT/C/GC/2, www.unhcr.org.; inoltre, con riferimento all'art. 19, par. 8, della Carta sociale europea, la decisione del 24 gennaio 2012 del Comitato europeo dei diritti sociali, *European Roma and Travellers Forum v. France*, ric. n. 64/2011, merito, par. 51 ss., wcd.coe.int. V. pure *supra*, nota 13, e A. KLUG, T. HOWE, *op. cit.*

¹⁶ Da richiamare in proposito gli svolgimenti della Corte nella sentenza del 14 dicembre 2006, *Marković e altri c. Italia*, par. 49 ss.: “[L]a Cour rappelle que dans l'affaire *Banković* et autres elle avait indiqué

Ora, a prescindere dall'esaminare la linearità, nella giurisprudenza pertinente, dei criteri utilizzati per rappresentare la nozione di giurisdizione, nel senso brevemente riferito¹⁷, da quanto precede risulta che l'elaborazione di quella nozione appare sensibile al crescente operare degli Stati contraenti al di fuori dei rispettivi limiti territoriali. In tal senso depone, ad esempio, la sentenza relativa all'affare *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, resa in una fattispecie nella quale i fatti si erano svolti interamente a bordo delle navi militari dello Stato convenuto, con equipaggio esclusivamente di detto Stato. Pertanto, i ricorrenti si erano trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, *de jure e de facto*, delle autorità italiane, con conseguente esercizio di giurisdizione extraterritoriale, risultando, dunque, irrilevanti la natura e gli obiettivi dell'intervento (in alto mare) delle navi italiane¹⁸.

D'altro canto, in situazioni nelle quali si è avuta un'attività di uno Stato a mezzo "de ses agents opérant hors de son territoire", con esercizio del suo "contrôle et son

qu'«en ce qui concerne le 'sens ordinaire' des termes pertinents figurant à l'article 1 de la Convention, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres Etats concernés (...). Elle avait déclaré l'inexistence d'un 'lien juridictionnel', au sens de l'article 1 de la Convention, entre les personnes qui avaient été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l'action en cause n'engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties (...). Quant aux autres griefs formulés par les requérants dans la présente requête (...), la Cour les a déclarés irrecevables au motif que *les circonstances particulières* de l'affaire, notamment la saisine des juridictions italiennes par les intéressés, *ne permettaient pas de s'écarter de cette jurisprudence* (...). Toutefois, en ce qui concerne le grief tiré de l'article 6 en relation avec l'article 1 de la souligné la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions nationales italiennes, ce qui portait à croire que pour des griefs autres que ceux invoqués alors l'existence d'un lien juridictionnel *n'était pas à exclure*. De fait, les requérants étaient déjà en cours d'instance devant les juridictions nationales. Elle avait déclaré l'inexistence d'un 'lien juridictionnel', au sens de l'article 1 de la Convention, entre les personnes qui avaient été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l'action en cause n'engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties" (corsivi aggiunti).

¹⁷ Ampia è la bibliografia sull'aspetto considerato nel testo: anche per altri riferimenti, v. G. GAJA, *Art 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss., in specie p. 27 s.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; H. KING, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 689 ss.; S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 1223 ss.; C. STEINORTH, *Banković case*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com, aprile 2010 (con altre indicazioni bibliografiche); R. SAPIENZA, *Art. 1, Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 13 ss.; M. DEN HEIJER, R. LAWSON, *Extraterritorial Human Rights and the Concept of "Jurisdiction"*, in M. LANGFORD et al. (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, New York, 2013, p. 153 ss.; T. DE BOER, *Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection*, in *Journal of Refugee Studies*, 2015, p. 118 ss.

¹⁸ Ci sia consentito di rinviare al nostro *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 491 ss.

autorité sur un individu, et par voie de conséquence [della] sa juridiction”, spetta a quello stesso Stato “en vertu de l’article 1 une obligation de reconnaître (...) les droits et libertés définis au titre I de la Convention” a favore degli interessati¹⁹.

A siffatte situazioni è assimilabile quella propria dei casi sottoposti al giudizio della Corte da N.D e N.T. In effetti, ribadita la propria giurisprudenza sull’esistenza di eccezioni alla territorialità della giurisdizione ove lo Stato controlli ed eserciti un’ autorità su un individuo al di fuori del proprio territorio, la Corte ha rilevato che, appena scesi dalla recinzione, i ricorrenti si erano trovati sotto il “controllo continuo ed esclusivo” delle autorità spagnole. Queste, dunque, avevano esercitato di fatto la giurisdizione sugli stessi: in altri termini, per effetto dell’attività di polizia ai confini si era avuto esercizio *de facto* della giurisdizione da parte della Spagna²⁰. Su queste basi, dunque, *non era necessario esaminare se i ricorrenti fossero o no in territorio spagnolo*.

Con tale decisione, la Corte ha scartato la costruzione, implicitamente sostenuta dal Governo spagnolo, secondo cui, nella situazione considerata, le frontiere internazionali sarebbero zone di esclusione o di deroga all’operare dei diritti individuali garantiti dalla Convenzione. Invero, come osservato da terzi intervenienti, “empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l’État ou de les refouler vers un autre État constitue un exercice de la juridiction, au sens de l’article 1 de la Convention” (par. 52). D’altro canto, ha avuto cura di precisare la Corte, non potrebbe pensarsi che gli Stati possano *modificare il percorso delle proprie frontiere* in funzione del controllo dei flussi migratori: in effetti “la ligne frontalière entre le Royaume du Maroc et les villes de Ceuta et de Melilla a été délimitée par *les traités internationaux* auxquels les Royaumes d’Espagne et du Maroc sont parties et qu’elle ne peut pas être modifiée à l’initiative de l’un de ces États *pour les besoins d’une situation de fait concrète*” (par. 53 ; corsivi aggiunti).

In definitiva, gli obblighi derivanti dalla CEDU non sono strettamente limitati al territorio nazionale. Ne consegue che la c.d. esternalizzazione dei controlli sull’immigrazione non esclude la responsabilità degli Stati parti della Convenzione di rispettare i diritti individuali in essa previsti, ove le autorità statali esercitino un controllo *de jure* o *de facto* nei contesti di cui si tratta. Misure volte a controllare i movimenti migratori possono essere adottate dagli Stati nel rispetto degli obblighi convenzionali; e cioè, come già si legge in una sentenza del 1996, “[A]ssorti[s] de garanties adéquates pour les personnes qui en font l’objet”²¹.

3. Scartate le eccezioni preliminari sollevate dal Governo spagnolo²², la Corte è passata ad esaminare l’asserita violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU.

¹⁹ Par. 51 della sentenza in esame, con indicazioni giurisprudenziali.

²⁰ Sulla distinzione tra esercizio *de jure* e *de facto* della giurisdizione si rinvia alle sentenze *Ilaşcu, Issa e Hirsi*; adde le decisioni rese nei casi *Sargsyan c. Azerbaïjan*, *Chiragov e altri c. Armenia* (entrambe del 16 giugno 2015), e *Mozzer c. Moldova e Russia* (del 23 febbraio 2016).

²¹ Sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*: “le maintien d’étrangers dans la zone internationale comporte une restriction à la liberté”; ora, “[A]ssorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l’objet, un tel maintien n’est acceptable que pour permettre aux Etats de combattre l’immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux” (par. 43). V. pure la sentenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo del 22 ottobre 2014, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República dominicana*, in specie par. 349 s., corteidh.or.cr/doc.

²² In particolare, il Governo spagnolo eccepiva l’assenza della qualità di vittima nei ricorrenti, giacché questi avevano affermato di aver partecipato “à l’assaut donné au poste-frontière de Melilla (...) à l’aube du 13 août 2014”, ma “sans documents officiels d’identité à l’appui” (par. 56). Peraltro, ha osservato la Corte, “le Gouvernement ne peut se retrancher derrière l’absence d’identification lorsqu’il en est lui-même responsable” (par. 60). All’altra eccezione, che invocava l’assenza di previ ricorsi interni, la

Il giudice di Strasburgo ha constatato che, nell'impedire l'attraversamento illegale dei confini, le autorità spagnole non avevano preso in considerazione le circostanze individuali dei ricorrenti e che questi ultimi non erano stati identificati, né informati della possibilità di presentare richieste di asilo. Su queste basi la Corte ha concluso nel senso dell'avvenuta violazione di quella norma.

Invero, come risulta da altre decisioni, il divieto previsto dall'art. 4 comporta che le misure di espulsione debbano prendere "en considération la situation particulière des individus concernés". Sennonché, nei casi sottoposti al giudizio della Corte non v'era stata alcuna procedura (amministrativa o giudiziaria) volta a decidere sulla (futura) espulsione²³.

In proposito, vale la pena di ricordare che, giusta la nozione accolta dalla Corte, l'espulsione, collettiva comprende "any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group"²⁴. L'espulsione, cioè, è vietata se non adottata "following, and on the basis" di un siffatto esame²⁵, il quale è comprensivo della presa in considerazione del rischio connesso al rimpatrio²⁶. Su queste basi, dunque, l'attenzione viene a concentrarsi sulla procedura seguita per decidere sull'espulsione e sulla sussistenza, in quella procedura, di "garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées"²⁷. Si tratta di indicazioni ricorrenti²⁸ e coincidenti con quelle fornite da organi di controllo sull'attuazione di altre convenzioni sui diritti individuali²⁹.

Come è facile scorgere, le statuizioni della Corte presuppongono l'accoglimento di una nozione ampia di espulsione, non limitata a quella formale presente negli ordinamenti interni. In effetti, nel par. 103 della sentenza, la Corte ha fatto propria

Corte ha potuto agevolmente opporre che si trattava di una specie di "expulsion collective consécutive aux événements du 13 août 2014, que les autorités espagnoles auraient menée sans avoir suivi aucune procédure d'identification des migrants et sans avoir recueilli aucune information concernant leur situation personnelle, et qui n'aurait été nullement documentée" (paragrafi 62-64).

²³ V. il par. 107 della sentenza dove la Corte richiama quanto, a suo tempo, statuito nell'affare *Čonka c. Belgio* (sentenza del 5 febbraio 2002); ma cfr. *infra*, nota 37 s. In argomento, anche per altre indicazioni, tra gli altri, v. C. FAVILLI, *Art. 4 del Prot. n. 4. Il diritto degli Stati di non ammettere e di allontanare gli stranieri*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 867 ss.; J. RAMJI-NOGALES, *Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights*, in *ASIL Insight*, 4 gennaio 2016; D. RIETIKER, *Collective Expulsion of Aliens: the European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times?*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2016, p. 651 ss. Inoltre, per le altre norme convenzionali che proibiscono l'espulsione collettiva degli stranieri, v. il citato *Third Report*, in specie par. 90 ss.

²⁴ V. la decisione del 23 febbraio 1999, *Andric c. Svezia*, par. 1.

²⁵ V. la sentenza del 3 luglio 2014, *Georgia c. Russia (I)*, par. 167. Per il diritto dell'Unione, pertinenti le sentenze della Corte di giustizia del 5 novembre, causa C-166/13, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police et Préfet de la Seine-Saint-Denis*, e dell'11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*.

²⁶ V. la sentenza dell'1 settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 156; inoltre la posizione dell'Alto Commissario ONU per i diritti umani riportata nel par. 20 della sentenza in esame.

²⁷ Sentenza *Čonka*, par. 63.

²⁸ Cfr. la sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, par. 219.

²⁹ Si rinvia al commento all'art. 9 ("Prohibition of collective expulsion") del Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri adottato nel 2014 dalla Commissione del diritto internazionale, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two. Si veda altresì il *General Comment* n. 15 ("The Position of Aliens Under the Covenant") adottato dal Comitato dei diritti dell'uomo l'11 aprile 1986, par. 9 s., in UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1.

la nozione contenuta nell'art. 2 del Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri della Commissione del diritto internazionale: e cioè “un acte juridique ou [d'] un comportement attribuable à un État par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État (a formal act or conduct attributable to a State, by which an alien is compelled to leave the territory of that State)”³⁰.

Siffatta generica e ampia definizione è congruente con quella già contenuta nel rapporto esplicativo del Protocollo n. 4 alla CEDU³¹. Invero, quella nozione favorisce l'operare degli obiettivi propri dell'art. 4, cit.³², conferendo effettività a questa norma “à la lumière des conditions actuelles”³³.

Con la decisione in parola, la Corte ha scartato la tesi, sostenuta dal Governo spagnolo, che esclude la violazione dell'art. 4, in considerazione della possibilità offerta allo straniero di poter presentare una domanda di asilo in un posto di frontiera designato dallo Stato dal cui punto di vista ci si ponga³⁴. Siffatta costruzione

³⁰ V. già nel par. 174 della sentenza *Hirsi Jamaa*. Per il testo del Progetto, v. la nota che precede: sullo stesso v. S. D. MURPHY, *The Expulsion of Aliens and Other Topics : The Sixty-Fourth Session of the International Law Commission*, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 164 s.; nonché l'articolo del rapporteur M. KAMTO, *L'expulsion des étrangers en droit international à la lumière de la codification par la Commission du droit international*, in *Revue belge de droit international*, 2016, p. 103 ss.

³¹ Council of Europe, European Treaty Series, No. 46, *Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto*, 16 settembre 1963, par. 21, rm.coe.int: “[T]he word ‘expulsion’ is to be understood here in the generic meaning, in current use (to drive away from a place)”.

³² Si tratta di obiettivi diversi da quelli perseguiti dalla Commissione europea nell'Allegato a COM(2002)564 def. Rilevato che “[A]lcune definizioni comuni” avrebbero l'effetto di facilitare la cooperazione pratica, la Commissione ha fornito siffatte definizioni, distinguendo, in particolare, l'allontanamento (e cioè un atto giuridico o amministrativo che dichiara – qualora applicabile – l'illegalità dell'ingresso, della presenza o del soggiorno, o che pone fine alla legalità di un soggiorno precedentemente regolare, ad es. in caso di reati) dal respingimento (e cioè il rifiuto di ingresso) dall'accompagnamento alla frontiera (e cioè l'atto “esecutivo, che comporta il trasporto fisico fuori dal Paese”) e dal rimpatrio (“processo del ritorno nel proprio Paese di origine, di transito, o in un altro Paese terzo”). In fase di correzione delle bozze si ha notizia della raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, del 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio, che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio.

³³ V. la sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 175.

³⁴ Ciò, dopo avere precisato che i ricorrenti “auraient pu entrer en Espagne de façon régulière s'ils avaient présenté des demandes d'asile dans les pays de transit, à savoir la Mauritanie et le Maroc, ou auprès des consulats d'Espagne dans ces pays ou au poste-frontière autorisé de Beni-Enzar, ou s'ils avaient obtenu, dans leurs pays d'origine, un contrat de travail en Espagne”; inoltre, “N.T. n'a jamais formulé de demande d'asile et (...) e N.D. n'en a présenté une qu'après avoir fait l'objet d'un arrêté d'expulsion” (par. 71). D'altro canto, aggiungeva quel Governo, giusta l'art. 72 TFUE, le politiche pertinenti dell'UE “ne portent pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres en matière de maintien de l'ordre public et de sauvegarde de la sécurité intérieure” (par. 73). Nel senso sostenuto dal Governo spagnolo potrebbe invocarsi la seguente risposta (del 20 maggio 2016) del Commissario europeo per gli affari interni Avramopoulos ad un quesito proveniente dal PE: “the Commission is in contact with the Spanish authorities on the situation at the external borders of Ceuta and Melilla and the situation is being closely monitored. For the moment, it is not planned that Commissioner Avramopoulos will visit Ceuta and Melilla. The Commission has analysed the compatibility of the ‘special procedure for Ceuta and Melilla’ with Directive 2008/115/EC (Return Directive) and more especially with the requirements listed in Article 4 (4) (b) of the directive. The safeguards contained in this ‘special procedure’ as regards international protection and the possibility to apply for international protection at the regular border crossing points are of critical importance. In addition, the recent establishment at the borders in Ceuta and Melilla of offices where third-country nationals can lodge their request for asylum is considered by

muove dall'inesistenza di un diritto degli stranieri di scegliere liberamente il luogo di ingresso nel territorio di quello Stato. Alla stessa, tuttavia, fa difetto l'effettività dell'accesso alla procedura di asilo, d'altro canto prevista nel diritto dell'Unione³⁵.

In senso contrario alla posizione spagnola, contrassegnata da scelte pratiche di fatto più favorevoli alla presentazione ed esame di domande di asilo proposte (in dati posti di frontiera) da parte di stranieri provenienti da alcuni Stati (con sostanziale esclusione di quelli sub-sahariani), è possibile richiamare sinteticamente le incisive osservazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, dell'Alto Commissariato ONU per i rifugiati e, non senza *revirement*, della Commissione europea³⁶.

Con quella stessa decisione, la Corte ha esteso a una situazione fattuale nuova la propria giurisprudenza sul divieto di espulsione collettiva. Le indicazioni della Corte, nel loro insieme, contribuiscono a delineare una visione complessiva del concetto di espulsione collettiva, quale che sia il luogo in cui essa ricorra³⁷.

Infine, in assenza della possibilità di esperire ricorsi avverso la lesione dei diritti garantiti dall'art. 4, cit., la Corte ha accertato anche l'avvenuta violazione dell'art. 13, in connessione con la prima disposizione³⁸.

the Commission as a positive development in ensuring the respect of the principle of non-refoulement" (www.europarl.europa.eu). Tuttavia, v. la sentenza in esame, par. 41 ss., e *infra*, nota 36.

³⁵ Cfr. *supra*, nota 2.

³⁶ Punto 86 della sentenza in esame. Per la Commissione, oltre a quanto riportato in nota 34, v. *sub* "Question for written answer to the Commission", 3 luglio 2015, www.europarl.europa.eu: "On 24 October 2014 Commissioner Cecilia Malmström sent a letter to Spain's Interior Minister Jorge Fernández Díaz expressing concern about the Spanish Government's plans to change the law to allow law-enforcement officers to return undocumented migrants to Morocco on the spot. In her own words, this would 'constitute a violation of EU legislation'. In November 2014 Commissioner Avramopoulos, during the plenary debate on an Oral Question on summary expulsions and the proposed legalization of 'hot returns' in Spain, also reiterated that 'what some have called hot returns might not be in conformity with obligations arising under EU and international law' and that the Commission would 'not hesitate to take appropriate steps where there is evidence that a Member State has violated European Union laws'. He also announced that he was going to visit Ceuta and Melilla 'in the coming months'. Taking into account that the Public Safety Act legislation was published in the Official State Bulletin on 31 March 2015 and that the regulation governing 'hot returns' came into force in April 2015, we ask the Commission: Has it received any response to the letter sent by Commissioner Malmström? When will Commissioner Avramopoulos visit Ceuta and Melilla? What steps will the Commission take now that a Spanish law has been put into place 'legalising' hot returns, in violation of EU and international law?". Altre indicazioni utili nell'articolo di L. ABELLÁN, T. RAMOS, *Brussels accuses Spain of violating EU border laws in Ceuta and Melilla*, in *El Pays*, 31 ottobre 2014, elpais.com.

³⁷ La qual cosa, ci sembra, non è esclusa dall'orientamento seguito dalla Grande camera nella sentenza *Khlaifia*: cfr. la nota che segue e in proposito v. M. R. MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: The Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2017, p. 289 ss.

³⁸ Nel caso di cui si tratta esisteva uno stretto collegamento tra espulsione immediata e impossibilità di presentare un ricorso avente ad oggetto la violazione dell'art. 4, cit.; quell'espulsione, cioè, impediva un possibile esame delle situazioni individuali (par 115 ss.). Come è facile scorgere, *nella situazione considerata*, dato l'immediato allontanamento dei ricorrenti verso il Marocco, in assenza di procedure di identificazione degli stessi, non poteva porsi la questione di eventuali effetti sospensivi di un ricorso che, per l'appunto, i ricorrenti non avevano potuto presentare. Sulla giurisprudenza della Corte in materia v. le sentenze *Čonka*, par. 81 ss.; *Hirsi Jamaa*, par. 204; *I.M. c. Francia*, del 2 febbraio 2012, par. 145; nonché la sentenza della Grande camera, del 13 dicembre 2013, *De Souza Ribeiro c. France*, par. 82 ("Lorsqu'il s'agit d'un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, compte tenu de l'importance que la Cour attache à cette disposition et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 demande impérative-

4. Gli svolgimenti della Corte possono assumere rilievo nella decisione di alcuni casi, attualmente pendenti, che, pur riguardando altro Stato, presentano punti di contatto con quello qui considerato³⁹.

A parte ciò, va ricordato che la ley Orgánica 4/2015 (“de Protección de la Seguridad Ciudadana”), riformando la legge 4/2000 (concernente i “derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”)⁴⁰, ha istituito, nelle *enclaves* di Ceuta e Melilla, un regime immigratorio speciale, verosimilmente volto a dare fondamento giuridico alla prassi, scartata dalla Corte, delle “devoluciones en caliente”. In effetti la “[D]isposición adicional décima” prevede il “[R]égimen especial de Ceuta y Melilla” e stabilisce quanto segue: “[L]os extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”. La disposizione riportata è completata dalla previsione del rispetto delle norme internazionali pertinenti, con la precisazione che “[L]as solicitudes de protección internacional se formalizarán en *los lugares habilitados al efecto* en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional” (corsivo aggiunto). Siffatto regime speciale, come tale derogatorio della disciplina contenuta nella legge del 2000 (articoli 20-22), non prevede forme di ricorso avverso le espulsioni; e ciò, evidentemente, dato il loro carattere *de facto* immediatamente esecutivo.

Gli svolgimenti della Corte EDU, dunque, dovrebbero essere presi attentamente in considerazione dagli operatori giuridici spagnoli al fine di evitare un'applicazione della legge del 2015 che consenta le stesse espulsioni istantanee ritenute contrastanti con il sistema della CEDU dalla sua Corte.

Non può escludersi che il Governo spagnolo impugni la sentenza davanti alla Grande camera⁴¹. In proposito va considerato, peraltro, che, come in altre decisioni

ment un contrôle attentif par une autorité nationale (...), un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3 (...) ainsi qu'une célérité particulière (...). Dans ce cas, l'effectivité requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif (...). Les mêmes principes s'appliquent lorsque l'expulsion expose le requérant à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie, protégé par l'article 2 de la Convention. Enfin, l'exigence d'un recours de plein droit suspensif a été confirmée pour les griefs tirés de l'article 4 du Protocole no 4 (...). Nella sentenza *Khlaifia*, la Grande camera ha statuito che la Convenzione non impone agli Stati l'obbligo di prevedere necessariamente l'effetto sospensivo della decisione di espulsione in pendenza di impugnazione, ove i ricorrenti non adducano l'esposizione al rischio di violazione degli articoli 2 e 3 CEDU nello Stato di rinvio. In quell'occasione, la Corte ha concentrato l'attenzione sulla *ratio* complessiva dell'art. 4, così prescindendo dal requisito dell'intervista personale al fine di accertare la violazione del divieto di espulsione collettiva (diversa la posizione della sezione della Corte nella decisione relativa allo stesso caso richiamata nella sentenza del 2015). La sentenza in esame conferma il contenuto di altre decisioni nelle quali l'art. 4 è configurato come norma recante garanzie procedurali (cfr. bibliografia nella nota che precede); pertanto, l'art. 13 viene in gioco quale disposizione che consente di verificare l'effettività di quelle garanzie. Per il diritto dell'UE, v. il combinato disposto degli articoli 19, par. 1, e 47 (“diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”) della Carta di diritti fondamentali. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia, in via generale, anche per altre decisioni, è sufficiente richiamare il punto 87 della sentenza 22 novembre 2012, causa C-277/11, *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*: “Il diritto al contraddittorio garantisce a chiunque la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, il suo punto di vista durante il procedimento amministrativo prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi”.

³⁹ V. i ricorsi numeri 51246/17, 42902/17, 40503/17 e 43643/17, hudoc.echr.coe.int.

⁴⁰ Leggi, rispettivamente, del 30 marzo 2015 e dell'11 gennaio 2000, boe.es.

⁴¹ V. www.europapress.es.

che hanno interessato Stati che si affacciano sul Mediterraneo⁴², anche in quella esaminata sono venuti in gioco i rapporti tra “la souveraineté des États en matière de politique d’immigration et l’interdiction de recourir à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles dans la gestion des flux migratoires”; e che, anche nel caso qui considerato, la Corte ha preso atto dei “‘nouveaux défis’ auxquels doivent faire face les États européens en matière de gestion de l’immigration, dus au contexte de la crise économique et aux récentes mutations sociales et politiques ayant touché tout particulièrement certaines régions d’Afrique et du Moyen-Orient”⁴³, aggiungendo infine che, la reazione a queste nuove sfide, come pure altrove statuito, trova un limite nei diritti individuali garantiti dalla Convenzione. Ora, appare difficile e poco plausibile che la Corte possa discostarsi da un siffatto orientamento.

Abstract

Observations on the European Court of Human Rights Judgment in the Case *N.D. and N.T. v. Spain*

The present article examines the ECtHR ruling in the case of *N.D. and N.T. v. Spain*. The applicants, a Malian and an Ivorian national, crossed the border fence between Morocco and the Spanish enclave of Melilla. Upon getting off the fence, they were halted by the Spanish Guardia Civil and pushed-back to Morocco. The Court declared that they had been under the “continued and exclusive control” of Spanish authorities and then under their de facto jurisdiction. Therefore, the Court rejected the Spanish Government’s view that the events had occurred out of Spain’s jurisdiction. The Court reiterated that Article 4 of Protocol No. 4 (prohibition of collective expulsions) requires that the personal circumstances of every person concerned be individually considered. In this case the removal of the applicants breached Article 4. Lastly, the immediate expulsion established sufficient grounds to generate a violation of the right to an effective remedy (Art. 13 ECHR) that would have allowed the applicants to submit a complaint asserting a violation of Article 4. The judgment casts serious doubts about the conformity of the 2015 reform (“ley Orgánica 4/2015”) of the Immigration Act 4/2000 with the ECHR. The “ley Orgánica” gives legal basis to the Spanish push-back practice.

⁴² Tra le altre, v. le sentenze indicate *supra*, testo e nota 18; nonché note 26 e 28.

⁴³ Par. 101, dove è richiamato il pertinente passaggio della sentenza *Khlaifia*, par. 241.

Valeria Di Comite*

Ricongiungimento familiare e diritto di soggiorno dei familiari di cittadini dell'Unione alla luce del superiore interesse del minore

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e ricongiungimento familiare. – 3. La nozione di familiare. – 4. Il diritto di soggiorno dei familiari su “base personale”: la posizione dei “figli” dei lavoratori migranti. – 5. *Segue*: il “mantenimento” del diritto di soggiorno dei familiari secondo la direttiva 2004/38. – 6. Conclusioni.

1. Con l'istituzione della cittadinanza europea si è riconosciuto il diritto alla libera circolazione a tutti i cittadini dell'Unione, compresi i cittadini economicamente non attivi¹; si è quindi superata una visione puramente “economica” del

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Amplessima è la dottrina che ha esaminato l'istituto della cittadinanza dell'Unione europea e il diritto alla libera circolazione e al soggiorno negli Stati membri, senza alcuna pretesa di esaustività, tra gli altri, si possono consultare: R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992 p. 622 ss.; D. J. LIÑÁN NOGUERAS (directores), *Ciudadanía de la Unión europea*, in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS (directores), *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 271 ss.; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, p. 1001 ss.; A. MATTERA, “*Civis europaeus sum*”. *La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e diretta applicabilità dell'articolo 18 (ex articolo 8A)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 431 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed., in specie p. 30 ss.; L. S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2006, II ed., p. 97 ss.; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 435 ss.; A. SINAGRA, *La cittadinanza nella evoluzione del diritto interno, del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in F. LANCHESTER, T. SERRA (a cura di), “*Et si Omnes ...*”. *Scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano, 2008, p. 843 ss.; L. MOCCIA, *Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in Id. (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 165 ss.; A. TIZZANO, *Alle origini della cittadinanza europea*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2011, p. 857 ss.; M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012; P. GARGIULO (con la collaborazione di L. MONTANARI), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, 2012; A. SCIACOVELLI, *La disciplina dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari*, in G. CARELLA, G. CELLAMARE, L. GAROFALO, P. GARGIULO,

diritto di circolazione e di soggiorno, per accordare maggiore rilevanza alla posizione della “persona”².

L’attuale art. 21 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), ponendosi in continuità con le disposizioni approvate per la prima volta con il Trattato di Maastricht, garantisce a tutti i cittadini dell’Unione il diritto di circolare e di soggiornare in ogni Stato membro. Al contrario, nessuna disposizione dei Trattati istitutivi riconosce ai familiari stranieri dei cittadini europei il diritto di vivere con questi ultimi; eppure, il ricongiungimento familiare è stato considerato un corollario della libertà di movimento ancor prima dell’istituzione della cittadinanza europea³.

Infatti, ai cittadini degli Stati membri economicamente attivi venne da subito accordato il diritto al ricongiungimento familiare. Già con il regolamento 1612/1968⁴ si stabilì il diritto dei lavoratori migranti ad essere accompagnati o raggiunti dai loro familiari e successivamente il medesimo diritto fu garantito ai lavoratori autonomi con la direttiva 73/148⁵. Il cambiamento di prospettiva da una visione strettamente economica a una dimensione incentrata sulla tutela dello *status* di cittadino europeo in sé, si avverte oramai anche rispetto al diritto al ricongiungimento che è riconosciuto a tutti i cittadini dell’Unione mobili indipendentemente dall’esercizio di un’attività economica ma secondo le condizioni esplicitamente sancite dalla direttiva 2004/38⁶.

G. PIZZOLANTE, A. L. SCIACOVELLI, R. DI CHIO, *L’immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012, p. 1 ss.; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libera circolazione nell’Unione europea*, Padova, 2012; F. ROSSI DAL POZZO, *Citizenship Rights and Freedom of Movement in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 123; B. NASCIBENE, *La cittadinanza europea e la cittadinanza di residenza. Quali prospettive per uno statuto del cittadino di Paese terzo*, in P. DE PASQUALE, C. PESCE (a cura di), *I cittadini e l’Europa. Principio democratico e libertà economiche*, Napoli, 2015, p. 149 ss.; A. TARTAGLIA POLCINI, R. VIRZO (a cura di), *A scuola di cittadinanza europea*, Napoli, 2016; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell’immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2017, V ed., p. 64 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017, III ed., in specie p. 115 ss.

² Come affermava l’Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, “(...) la libera circolazione delle persone diventa la circolazione dei liberi cittadini. Un cambiamento di prospettiva non facile, poiché il centro dell’attenzione viene spostato dalla libertà di circolazione al singolo”: conclusioni del 15 maggio 2008, causa C-228/07, *Petersen*, punti 27-28.

³ In tema, tra gli altri, G. CELLAMARE, *I diversi regimi normativi applicabili all’ingresso e al soggiorno degli stranieri nell’Unione europea in base alla cittadinanza degli stessi*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 111 ss.; S. MARINAI, *L’unità familiare e il ricongiungimento*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 493 ss.; R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell’ordinamento europeo*, Bari, 2012, in specie p. 45 ss.; A. L. VALVO, *L’orientamento dell’U.E. sui ricongiungimenti familiari*, in F. ROMEO (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Lavis (TN), 2014, p. 126 ss.; A. L. SCIACOVELLI, *Il ricongiungimento familiare dei minori stranieri e il requisito della potenziale integrazione “riuscita” imposto dagli Stati membri al vaglio della Corte di giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 117 ss.

⁴ Regolamento (CEE) 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità, abrogato dal regolamento (UE) 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione. Si veda altresì la direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l’esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori.

⁵ Direttiva 73/148/EEC del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all’interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi.

⁶ 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

Il diritto al ricongiungimento trova la sua *ratio* nel carattere funzionale all'esercizio della libertà di circolazione⁷, ma si giustifica anche come espressione del diritto alla vita familiare, riconosciuto dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸. Questa, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito rango di diritto primario, sebbene si debba applicare nei limiti e alle condizioni previsti dagli articoli 51 e 52. Il diritto alla vita familiare deve essere applicato tenendo in debita considerazione l'interpretazione della Corte di Strasburgo relativa all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Una particolare attenzione nell'ambito del diritto alla vita familiare merita la posizione dei "figli", specialmente se minori, ai quali la Corte di giustizia ha accordato una tutela particolare fondandosi, peraltro, sul principio del superiore interesse del minore. Quest'ultimo è uno dei principi dell'ordinamento giuridico dell'Unione⁹, che come "norma-guida di tutte le azioni che riguardano l'infanzia"¹⁰ è espressamente riconosciuto nell'art. 24, par. 2, della Carta il quale a sua volta – come precisano le "spiegazioni" – si ispira alla Convenzione della Nazioni Unite sul diritto dei fanciulli¹¹.

Nel presente lavoro, si darà conto dell'evoluzione giurisprudenziale concernente il diritto di soggiorno dei familiari dei cittadini dell'Unione al fine di valutare come sia tutelata la loro posizione giuridica.

2. Il diritto dei cittadini dell'Unione ad essere accompagnati o raggiunti dai propri familiari è sancito dalla direttiva 2004/38 e si applica senza che abbia rilevanza la nazionalità del familiare, comprendendo dunque anche quelli provenienti da Paesi terzi¹². Il diritto dei familiari stranieri di soggiornare nello Stato membro

Stati membri che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, e 93/96/CEE.

⁷ Secondo la Corte di giustizia, la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri doveva essere garantita al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dai Trattati, come evidenziava già prima dell'approvazione della direttiva 2004/38: cfr. tra le altre le sentenze dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, punto 38, nonché del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*, punto 56, su cui cfr. G. MORGESE, *Libertà di ingresso e soggiorno per il coniuge extracomunitario del cittadino dell'Unione*, in *Sud in Europa*, dicembre 2008, reperibile online.

⁸ F. ROSSI DAL POZZO, *op. cit.*, p. 123.

⁹ In tal senso cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar dell'8 settembre 2016, causa C-133/15, *Chávez Vilchez*, punti 42 ss.

¹⁰ Cfr. A. MANGAS MARTÍN, *Comentario artículo 2*, in ID. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, p. 441 ss. Su tale disposizione v. altresì L. RATTI, *Articolo 24*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2017, p. 475 ss.

¹¹ La Convenzione di New York, firmata il 20 novembre 1989, è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione e costituisce un parametro di riferimento per la Corte di giustizia nell'accertamento e nell'applicazione dei principi generali di diritto: cfr. la sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 37. Sulla Convenzione, tra gli altri, cfr. M. R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli 1994; G. GIOFFREDI, *Effettività e limiti della tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 391 ss.; I. INGRAVALLO, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del terzo protocollo opzionale alla Convenzione del 1989*, in *La Comunità internazionale*, 2014, p. 341 ss.

¹² Sulla delicata questione dell'integrazione degli stranieri nell'Unione e della delimitazione di competenze in materia cfr. L. DANIELE, *Immigrazione e integrazione. Il contributo dell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione*

di accoglienza non è un diritto autonomo e originario, poiché il titolare del diritto al ricongiungimento è il cittadino europeo mobile e gli “eventuali” diritti riconosciuti dall’ordinamento dell’Unione ai familiari sono “diritti derivati dall’esercizio, da parte di un cittadino dell’Unione, della propria libertà di circolazione”¹³.

La direttiva 2004/38, come precisa l’art. 3, par. 1, si applica ai cittadini che si recano o risiedono in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, nonché ai “familiari” (intesi secondo la definizione dell’art. 2, par. 2) che accompagnano o raggiungono il cittadino. Di conseguenza, solo i cittadini “mobili” (o “attivi”) possono godere dei diritti stabiliti dalla direttiva, che include anche il diritto ad essere “seguiti” dalla famiglia¹⁴.

La direttiva non si applica, invece, ai cittadini “stanziali” (o “statici”), per i quali le regole sul ricongiungimento sono determinate dal diritto nazionale; ne consegue che non si possono escludere discriminazioni alla rovescia, qualora la normativa nazionale sia meno favorevole di quella dell’Unione¹⁵. Tuttavia, secondo la giurisprudenza recente, in relazione alla situazione di cittadini “dinamici” che abbiano fatto esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno, prevista dall’art. 21 TFUE, in caso di rientro nello Stato di nazionalità non si possono richiedere, ai fini del ricongiungimento, requisiti più severi di quelli enucleati nella direttiva 2004/38 che dovrebbe essere applicata in via analogica nonostante non disciplini tale fattispecie¹⁶.

Il diritto di soggiorno dei familiari, e in particolare dei genitori stranieri, è stato altresì stabilito dalla giurisprudenza in una situazione diversa dal ricongiungimento. Nel caso *Ruiz Zambrano*, la Corte di giustizia ha riconosciuto, con carattere eccezionale, il diritto di soggiorno del genitore straniero di cittadini europei di “tenera età” in base all’art. 20 TFUE¹⁷. Nel corso dell’ultimo decennio, dunque, si è assistito a un’estensione delle categorie dei beneficiari del diritto di soggiorno; attualmente infatti si possono comprendere i familiari di cittadini “statici”, qualora il diniego di tale diritto implichi “la privazione del nucleo essenziale dei diritti derivanti dallo status di cittadino”. Tale situazione si verifica quando, in assenza del diritto di soggiorno del familiare straniero, il cittadino dell’Unione sarebbe costretto a lasciare

internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano, Torino, 2014, p. 63 ss.; in particolare in relazione ai familiari stranieri di cittadini dell’UE, p. 68 ss.

¹³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, C-202/13, *McCarthy II*, punto 34. Si vedano altresì le sentenze del 8 novembre 2012, causa C-40/11, *Iida*, punto 66; 8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku*, punto 34; 10 ottobre 2013, causa C-86/12, *Alokpa e a.*, punto 22; del 12 marzo 2014, C-456/12, *O. e B.*, punto 36.

¹⁴ Secondo Di Filippo, piuttosto che di diritto al ricongiungimento si tratta di “diritto di seguito” in quanto il cittadino UE da subito può spostarsi con il nucleo familiare o farsi raggiungere dal nucleo familiare: cfr. M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell’Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *op. cit.*, p. 12.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*. Sulle discriminazioni alla rovescia sia consentito un rinvio a V. DI COMITE, *L’uguaglianza tra cittadini europei? Una nuova sfida per un problema annoso*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss., e alla dottrina *ivi* citata.

¹⁶ Sentenze *O. e B.*, punto 50, e del 10 maggio 2017, causa C-133/15, *Chávez Vilchez*, punto 55. La questione dell’applicabilità dell’art. 21 TFUE e della possibilità di fare riferimento ai requisiti della direttiva 2004/38 è esaminata anche nella recentissima sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2017, causa C-165/16, *Lounes*, in specie punti 53-61. Nel caso di specie le regole sul ricongiungimento non erano applicabili in quanto la cittadina dell’Unione mobile, moglie del nazionale del Paese terzo, aveva ottenuto la naturalizzazione nel Regno Unito, suo Stato di accoglienza.

¹⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell’8 marzo 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

il territorio dell'Unione¹⁸. Senza dubbio, quando si tratta di cittadini dell'Unione di tenera età, l'obbligo del genitore affidatario di lasciare lo Stato di cittadinanza del figlio comporterebbe la perdita del godimento dei suoi diritti di cittadinanza¹⁹. Come si evince dalla recente sentenza *Chávez-Vilchez*²⁰, la legislazione degli Stati membri e la sua applicazione da parte delle autorità competenti non può avvenire in modo da pregiudicare tale diritto. Inoltre, alla luce del principio del superiore interesse del minore – richiamato nell'art. 24, par. 2, della Carta – le autorità nazionali devono consentire l'esercizio del diritto di soggiorno nel rispetto dello sviluppo psico-fisico del minore e in condizioni “dignitose”; l'esercizio di questo diritto potrebbe pertanto implicare l'accesso a prestazioni sociali e familiari.

Il diritto dei familiari di risiedere nello Stato ospite si qualifica come un diritto “derivato” da quello “originario” dei cittadini dell'Unione di spostarsi in uno Stato membro di cui non hanno la nazionalità; tuttavia, come vedremo, a certe condizioni può trasformarsi in un diritto “autonomo” di residenza. Pertanto, appare opportuno indicare gli elementi normativi essenziali del diritto di circolazione al fine di comprendere i requisiti necessari per esercitare il diritto al ricongiungimento.

Il diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione è stabilito nel Trattato, ma le condizioni per il suo esercizio sono regolate da diverse fonti di diritto secondario, *in primis* dalla direttiva 2004/38. Bisogna evidenziare che il diritto di soggiorno per i cittadini economicamente inattivi è subordinato al requisito della disponibilità di risorse economiche sufficienti, al fine di evitare che cittadini di altri Stati membri gravino sul sistema di assistenza sociale nazionale dello Stato di accoglienza²¹. La situazione è diversa per i lavoratori, ai quali si applica il regolamento 492/2011 che stabilisce il principio della parità di trattamento con i cittadini nazionali, anche ai fini delle prestazioni sociali, fin dall'inizio del loro soggiorno

¹⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*. Il riconoscimento di questa “innovativa” fattispecie di diritto di soggiorno, fondata esclusivamente sull'interpretazione dell'art. 20 TFUE, è oramai consolidato come dimostrano sia le legislazioni nazionali che la regolano (sebbene in alcune ipotesi tendano a restringerne la portata), sia la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: v. in particolare la sentenza della Corte EDU del 3 ottobre 2014, *Jeunesse c. Paesi Bassi*.

¹⁹ Per gli sviluppi giurisprudenziali più recenti si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 13 settembre 2016, causa C-304/14, *CS*, e causa C-165/14, *Rendón Marin*, nonché in dottrina P. MENGOLZI, *L'immigrazione e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 587 ss., in specie p. 600 ss.; A. SCIACOVELLI, *Gli effetti della giurisprudenza Zambrano sulle politiche nazionali di immigrazione e la tutela dell'ordine pubblico e pubblica sicurezza: in margine alle sentenze Rendón Marin e CS*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, E. NALIN, I. INGRAVALLO, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 487 ss.

²⁰ Per un esame del caso sia consentito un rinvio a V. DI COMITE, *Derecho de residencia de los proponentes nacionales de terceros Estados e interés superior del niño “europeo”*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, p. 1039 ss.

²¹ In base all'art. 6 della direttiva 2004/38, il diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE non è sottoposto a nessuna condizione o formalità, salvo il possesso di un documento di identità in corso di validità, se il soggiorno nello Stato membro ospite è inferiore ai tre mesi; invece, per periodi superiori, l'art. 7 della direttiva subordina il riconoscimento del diritto di soggiorno a una serie di condizioni anche al fine di evitare che il trasferimento di cittadini europei economicamente inattivi e di studenti costituisca un onere per i sistemi di assistenza sociale degli Stati di accoglienza (cfr. 10° “considerando” della direttiva 2004/38). Ai termini dell'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva i cittadini economicamente inattivi devono disporre per loro stessi e per i loro familiari di “risorse economiche sufficienti” nonché di “un'assicurazione malattia” che copra tutti i rischi nello Stato ospitante. Per gli “studenti”, la disposizione è meno rigorosa sotto il profilo probatorio (lett. c); mentre tali requisiti non sono previsti per i cittadini economicamente attivi (lett. a).

(articoli 7-9). Tale differenza dagli altri cittadini mobili si giustifica perché essi contribuiscono a finanziare il sistema di sicurezza sociale dello Stato ospitante²². Una situazione di maggiore favore riguarda anche i cittadini in cerca di lavoro²³.

I criteri per la determinazione delle “risorse sufficienti” rientrano nella competenza degli Stati membri, i quali però, ai sensi dell’art. 8, par. 4, della direttiva 2004/38, non possono stabilire un importo superiore a quello previsto per accedere al sistema di assistenza sociale; qualora tale criterio non sia applicabile, bisogna invece riferirsi alla pensione sociale minima. Come ha affermato la Corte di giustizia, non è rilevante l’origine di queste risorse, che pertanto, secondo quanto già evidenziato nel caso *Chen e Zhu*, possono essere fornite anche dal coniuge cittadino di un Paese terzo o dal genitore non-UE del minore di cittadinanza europea²⁴.

Qualora si rispettino i requisiti previsti dall’art. 7 della direttiva 2004/38, il diritto di residenza è riconosciuto, oltre che al cittadino mobile, anche ai membri della sua famiglia. Dopo aver soggiornato legalmente per *cinque anni* nello Stato membro ospite, il cittadino europeo e i suoi familiari acquisiscono il diritto di soggiorno permanente che, ai termini dell’art. 16, non è soggetto ad alcuna condizione.

3. Per determinare quali persone rientrino nella nozione di familiare, la direttiva 2004/38 ha adottato un approccio estensivo che tiene conto dell’evoluzione dei costumi sociali, al fine di evitare che l’esercizio della libera circolazione dei cittadini sia impedito dalla difficoltà di mantenere l’unità familiare²⁵. In base all’art. 2, par. 2, della direttiva 2004/38 si considerano membri della famiglia: il coniuge; il partner (ma solo a determinate condizioni²⁶); i discendenti diretti minori di 21 anni o quelli “a carico” e i discen-

²² Come messo in luce dalla Commissione, sulla base dei dati statistici, i cittadini europei mobili sono tendenzialmente “contributori netti” del sistema di assistenza sociale degli Stati di accoglienza, nonché dei costi dei servizi pubblici di cui usufruiscono, di conseguenza, non rappresentano un onere per il sistema degli Stati ospitanti: cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 25 novembre 2013, *Libera circolazione dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari*: cinque azioni fanno la differenza, COM(2013)837 fin., pp. 6-7.

²³ Cfr. 9° ‘considerando’ e l’art. 14, par. 4, lett. b), della direttiva 2004/38.

²⁴ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, punti 29-33, nonché le conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano del 18 maggio 2004, in specie punti 74 ss. Su tale caso cfr. U. VILLANI, *La cittadinanza europea e il diritto di soggiorno di una mamma cinese*, in *Sud in Europa*, aprile 2005, reperibile online; E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2006, p. 347 ss. Si vedano altresì le sentenze *Aloka*, punto 27, e del 16 luglio 2015, C-218/14, *Singh*, punti 74-76.

²⁵ Cfr. la relazione introduttiva del 29 giugno 2001 alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, COM(2001)257 def., in specie par. 2.4.

²⁶ Per le unioni di fatto, il godimento del diritto al ricongiungimento è subordinato alla circostanza che l’unione sia registrata sulla base della normativa di “uno Stato membro” e che la legislazione dello Stato di accoglienza consideri le unioni registrate alla stregua del matrimonio: art. 2, par. 2, lett. b) della direttiva 2004/38. La posizione del Parlamento europeo rispetto alla nozione di familiare era più aperta, sia in relazione al riconoscimento dei matrimoni omosessuali sia in relazione al riconoscimento delle unioni civili anche tra persone del medesimo sesso. La nozione di “partner” indicata nell’art. 2, par. 2, lett. b) risponde all’esigenza di bilanciare le competenze degli Stati in materia di diritto di famiglia, da un lato, e l’evoluzione dei costumi sociali, dall’altro. Sebbene non sia stata accolta la posizione del PE, la disposizione è redatta in modo tale da consentire l’unità familiare anche in caso di unioni civili (eventualmente tra persone del medesimo sesso) nel rispetto del diritto nazionale dello Stato di acco-

denti del coniuge o (eventualmente) del partner; infine, la norma richiama gli ascendenti diretti “a carico” e quelli del coniuge o (eventualmente) del partner.

La direttiva 2004/38 non disciplina la delicata questione dei matrimoni poligamici e di quelli forzati²⁷, ma nella comunicazione della Commissione del 2009 si è evidenziata la necessità che le autorità nazionali tengano in debito conto l’interesse superiore dei figli nati da tali matrimoni. Particolare attenzione è invece dedicata al problema dei matrimoni fittizi che rientrano nella nozione di “abuso di diritto o frode” e il cui accertamento implica, ai sensi dell’art. 35, la possibilità che gli Stati membri stabiliscano misure dirette a “rifiutare, estinguere o revocare” i diritti conferiti dalla medesima direttiva²⁸.

Per quanto concerne la situazione dei figli e degli ascendenti, la Commissione ha chiarito che rientrano nell’ambito di applicazione dell’art. 2, par. 2 anche i figli o genitori adottivi e i minori posti sotto la custodia di un tutore legale permanente²⁹.

La direttiva tiene conto anche della situazione di “altri familiari” che non rientrano nella definizione appena esaminata. Ai termini dell’art. 3, par. 2, della direttiva 2004/38 è previsto un obbligo specifico in capo agli Stati membri che devono “agevolare l’ingresso e il soggiorno” degli altri familiari che convivano o si trovino “a carico” del cittadino UE nello Stato di origine, oppure se “gravi motivi di salute impongano che il cittadino dell’Unione lo assista personalmente” (lett. a), nonché del partner che abbia con il cittadino europeo una “relazione stabile debitamente attestata” (lett. b).

Secondo la giurisprudenza, la determinazione del concetto di familiare “a carico” comporta l’esistenza di una “situazione di fatto caratterizzata dalla circostanza che il sostegno materiale del familiare è garantito dal cittadino comunitario o dal coniuge/partner”. Occorre pertanto valutare ogni “singola fattispecie” per stabilire se “l’interessato, alla luce delle sue condizioni finanziarie e sociali, necessita di sostegno materiale per sopperire ai suoi bisogni essenziali nello Stato di origine

glieria: ne consegue che una maggiore apertura in tal senso nel diritto nazionale comporterà automaticamente un’estensione dei beneficiari. Inoltre, la situazione del partner è considerata, sebbene con una prospettiva diversa, anche dall’art. 3, par. 2. In tema cfr. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2008, p. 401 ss.; A. L. VALVO, *Nuovi modelli familiari e principio di non discriminazione*, in F. ROMEO (a cura di), *op. cit.*, p. 111 ss.; C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 159 ss.

²⁷ Tali situazioni sono, invece, contemplate nella direttiva che disciplina il diritto al ricongiungimento dei nazionali di Paesi terzi soggiornanti nell’Unione (direttiva 2003/86/CEE del Consiglio, del 22 settembre 2003). Alcune linee guida utili ad affrontare tali questioni si rinvencono nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 2 luglio 2009, concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, COM(2009)313 def.

²⁸ Dai dati esaminati dalla Commissione risulta che il fenomeno dei matrimoni fittizi ha dimensioni molto diverse da uno Stato all’altro e coinvolge anche la criminalità organizzata e la tratta degli esseri umani. Per affrontare questo delicato problema, la Commissione con la collaborazione degli Stati membri nel 2014 ha elaborato un manuale in cui si offrono alle autorità nazionali indicazioni sulle misure idonee per accertare l’esistenza di matrimoni fittizi e per adottare misure adeguate e proporzionate: cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 26 settembre 2014, 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 fin.

²⁹ Cfr. COM(2009)313, par. 2.1.2

o nello Stato di provenienza al momento in cui richiede di raggiungere il cittadino” dell’Unione³⁰. Di conseguenza, si tratta di un concetto che può variare dipendendo dalla situazione dello specifico familiare interessato.

Dall’esame della normativa e della pertinente giurisprudenza si evince come, sebbene la competenza in materia di “immigrazione” degli “altri familiari” continui a restare nelle mani degli Stati, il diritto dell’Unione tenda a tutelare la situazione degli “altri familiari” qualora versino in situazioni di particolare vulnerabilità, offrendo loro uno *status* privilegiato rispetto agli altri cittadini di Paesi terzi. Infatti, gli Stati sono tenuti a garantire che la normativa nazionale consenta a questi familiari di ottenere una decisione sulla domanda di ingresso e di soggiorno che sia fondata su un esame approfondito della loro situazione personale³¹.

4. Il diritto dei familiari di soggiornare nello Stato membro ospite, come già precisato, è un diritto derivato da quello di circolazione del cittadino europeo; tuttavia, in determinati casi i familiari possono continuare a goderne “su base personale”, quindi autonomamente dal cittadino dell’Unione. La *ratio* che giustifica le disposizioni di diritto secondario sul “mantenimento” del diritto di soggiorno è quella di tutelare i familiari oramai integrati nello Stato ospite e, come vedremo, riguarda le ipotesi di decesso o partenza del titolare del diritto originario. Le regole che disciplinano il diritto a continuare a soggiornare sono stabilite sia nel regolamento 492/2011, sia nella direttiva 2004/38. Sotto il profilo soggettivo la normativa tutela innanzitutto i “figli” del cittadino europeo, ma anche altri membri del nucleo familiare vengono considerati in caso di morte e, a determinate condizioni, in caso di partenza del cittadino europeo. Il diritto a continuare a soggiornare, inoltre, è riconosciuto al coniuge/partner straniero in caso di scioglimento del matrimonio o dell’unione registrata.

All’interno della categoria dei “figli” dei cittadini dell’Unione, una particolare tutela è accordata ai *figli dei lavoratori migranti*, ai quali si applica l’art. 10 del regolamento 492/2011, per cui questa fattispecie merita di essere distinta dalle altre situazioni regolate dalla direttiva 2004/38 che verranno trattate nel prosieguo del lavoro³². Bisogna premettere che l’art. 10 del regolamento 492/2011 sostituisce l’art. 12 del regolamento 1612/68, pertanto nella sua interpretazione deve tenersi in debito conto la pertinente giurisprudenza relativa a tale disposizione.

L’art. 10 del regolamento 492/2011 persegue l’obiettivo di consentire ai figli dei lavoratori di essere pienamente integrati nello Stato di residenza, dunque di studiare (in ogni livello e grado) per formarsi professionalmente in condizioni di parità

³⁰ Tale concetto è stato richiamato dalla Commissione nella comunicazione COM(2009)313, par. 2.1.4., che a sua volta si riferisce alle sentenze della Corte di giustizia del 18 giugno 1987, causa 316/85, *Lebon*, punti 21-22; *Zhu e Chen*, punto 43; del 9 gennaio 2007, causa C-1/05, *Jia*, punti 36-37; del 5 settembre 2012, causa C-83/11, *Rahman*, punti 18-45; e del 6 dicembre 2012, cause C-356 e 357/11, *O. e S.*, punto 56.

³¹ Sentenza *Rahman*, punto 26. Inoltre, come ha osservato la Commissione, “[p]er preservare l’unità della famiglia in senso ampio, la legislazione nazionale deve prevedere un attento esame delle pertinenti circostanze personali dei richiedenti interessati, tenendo conto del loro rapporto con il cittadino dell’Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica, conformemente al considerando 6. Qualunque decisione di diniego è soggetta a tutte le garanzie sostanziali e procedurali contemplate dalla direttiva. Deve essere pienamente giustificata per iscritto e poter formare oggetto di ricorso”: cfr. COM(2009)313, par. 2.1.4.

³² *Infra*, par. 5.

con i nazionali dello Stato membro ospitante³³. I titolari del diritto allo studio sono i figli (di cui non rileva l'età³⁴) residenti nello Stato ospite: si tratta di un "diritto personale" che continua a sussistere autonomamente rispetto alla mancata continuità della residenza del genitore lavoratore. Questo aspetto è stato evidenziato dalla giurisprudenza già nel caso *Baumbast*³⁵ del 2002 e – dopo l'entrata in vigore della direttiva 2004/38 – è stato precisato nei casi *Ibrahim*³⁶ e *Teixeira*³⁷.

Nella più recente sentenza *NA*³⁸ del 2016, la Corte ha inoltre considerato che il diritto di *accesso* all'istruzione è subordinato alla circostanza che il "figlio" risieda nello Stato ospitante. Tale diritto riguarda sia chi si è trasferito in detto Stato in qualità di familiare del lavoratore migrante, fondandosi sul diritto dell'Unione, sia i figli residenti dalla nascita in detto Stato. In entrambi i casi, come precisa la giurisprudenza, i figli "possono avvalersi di un siffatto diritto in tale Stato membro"³⁹. Il diritto "derivato" dei figli, sancito nel regolamento, secondo la Corte "non è subordinato al diritto di soggiorno dei loro genitori nello Stato membro ospitante"; tale posizione si giustifica in quanto l'ex art. 12 del regolamento del 1968 esigeva "unicamente che il figlio [avesse] vissuto con i suoi genitori o con uno di essi in uno Stato membro, mentre almeno uno dei genitori vi risiedeva in qualità di lavoratore"⁴⁰. Per questa ragione la norma era stata interpretata nel senso che i figli potevano *proseguire* gli studi iniziati quando il genitore lavoratore (o ex lavoratore) risiedeva nello Stato membro ospite.

Nel caso *NA*, la Corte ha esteso l'interpretazione dell'ex art. 12 del regolamento 1612/68 (sostituito dall'art. 10 del regolamento 492/2011), in quanto ha affermato che quando i figli minori "di tenera età" risiedono nello Stato ospite possono *iniziare a studiare* in detto Stato, anche se il genitore – titolare del diritto di soggiorno – lo ha lasciato. In altri termini, secondo la Corte, la possibilità del figlio di "beneficiare" del diritto di studiare nello Stato di accoglienza non richiede che il genitore-lavoratore continui a risiedere in tale Stato nel momento in cui il figlio inizia a frequentare la scuola o l'università, né che il genitore vi permanga durante tutto il periodo di frequenza dei corsi di studio⁴¹.

In base a consolidata giurisprudenza, il diritto di studiare ha come corollario il diritto di soggiorno⁴². Questa premessa, nel caso *NA*, ha avuto come conseguenza

³³ Su tale aspetto sia consentito un rinvio a V. DI COMITE, *Il diritto di circolazione degli studenti per la formazione di una coscienza europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, E. NALIN, I. INGRAVALLO, R. VIRZO (a cura di), *op. cit.*, p. 443 ss., in specie p. 444, e alla dottrina *ivi* citata.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1995, causa C-7/94, *Gaal*.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 2010, causa C-310/08, *Ibrahim*.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 2010, causa C-480/08, *Teixeira*. È interessante notare che, nel caso di specie, la "figlia" era una studentessa maggiorenne: tuttavia, il diritto di soggiorno fu accordato per consentirle di terminare gli studi e fu riconosciuto altresì alla madre (che si prendeva cura della figlia ma che era divorziata dal padre lavoratore migrante) nonostante la situazione di questa non rispondesse ai requisiti previsti dall'art. 7 della direttiva 2004/38. La Corte, sulla base dell'art. 12 del regolamento 1612/1968, ha riconosciuto loro altresì il diritto di accedere a prestazioni sociali (sussidio all'alloggio).

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2016, causa C-115/15, *NA*.

³⁹ Sentenza *NA*, punto 54.

⁴⁰ Sentenza *Ibrahim*, punto 40; sentenza *NA*, punto 57.

⁴¹ Sentenza *NA*, punto 59.

⁴² Riferendosi alla situazione di due bambine di cittadinanza dell'Unione e di tenera età, nate nello Stato ospite in cui avevano sempre risieduto, la Corte ha statuito che, in circostanze come quelle del

che, oltre al diritto di soggiorno delle figlie di tenera età cittadine dell'Unione, si rendeva necessario riconoscere il diritto di soggiorno della madre, nazionale di un Paese terzo e divorziata dal lavoratore europeo che aveva già lasciato lo Stato di accoglienza, al fine di consentire alle minori di ricevere le cure necessarie per continuare a studiare e a risiedere in detto Stato⁴³.

Fondandosi sul diritto dei figli di studiare, la Corte ha dunque riconosciuto il diritto di soggiorno del genitore che effettivamente si prende cura dei figli, in quanto se tale diritto venisse negato, o se il genitore straniero "rischiasse" di perderlo durante il periodo in cui i figli devono compiere il loro percorso di istruzione, questi ultimi correrebbero il "rischio" di essere privati "di un diritto loro riconosciuto dal legislatore dell'Unione"⁴⁴. La recente giurisprudenza, resa nel caso *NA*, amplia quanto affermato nei casi *Baumbast*, *Teixeira* and *Ibrahim*, interpretando in modo estensivo la norma di riferimento. Ai figli dei lavoratori migranti è infatti riconosciuto il *diritto di iniziare gli studi* dopo la partenza dallo Stato di accoglienza del genitore lavoratore dell'Unione. Occorre precisare che, nei casi che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 10 del regolamento 492/2011 (già art. 12 del regolamento 1612/68), il soggiorno dei figli non è sottoposto ai requisiti del possesso di risorse economiche sufficienti e di un'assicurazione malattia. Anzi, in virtù del principio di parità di trattamento, i figli dei lavoratori (ed eventualmente il genitore che se ne prende cura) possono accedere a forme di assistenza sociale in condizioni di parità con i cittadini nazionali dello Stato membro ospite.

5. I diritti dei familiari di continuare a risiedere nello Stato membro in modo autonomo rispetto al cittadino europeo sono disciplinati altresì in alcune disposizioni della direttiva 2004/38, il cui obiettivo è offrire stabilità alle persone che oramai risiedono nello Stato membro di accoglienza. Come si evince dal 15° 'considerando' della medesima direttiva, la *ratio* di tali regole è quella di garantire la continuità nel diritto di soggiorno nel rispetto dei diritti fondamentali, alla "vita familiare" e alla "dignità umana" dei familiari dei cittadini europei.

Il diritto dei familiari di mantenere la residenza a "titolo personale" è previsto in tre diverse ipotesi, disciplinate dagli articoli 12 e 13 della direttiva 2004/38. Ai sensi dell'art. 12, i familiari mantengono il diritto di residenza in caso di morte e, in determinate situazioni, in caso di partenza del cittadino europeo. Le fattispecie sono però differenziate in funzione della nazionalità del familiare. Ai termini del par. 1 dell'art. 12, la morte o la partenza del cittadino mobile non comportano la perdita del diritto di soggiorno dei familiari aventi cittadinanza dell'Unione sia in caso di soggiorno permanente (in tal caso senza dover soddisfare alcun requisito), sia nelle situazioni

caso di specie, "il figlio di un ex lavoratore migrante che risiede dalla nascita nello Stato membro ospitante, *beneficia del diritto*, da un lato, *di iniziare o di proseguire i propri studi* in tale Stato membro, ai sensi dell'articolo 12 del regolamento n. 1612/68 e, dall'altro, conseguentemente, di un *diritto di soggiorno* fondato sulla stessa disposizione. Il fatto che il genitore, ex lavoratore migrante, risieda o non risieda più in detto Stato membro alla data in cui tale figlio ha iniziato a frequentare la scuola non incide minimamente a tale riguardo": *ivi*, punto 63 (corsivo aggiunto).

⁴³ "(...) secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto di accesso all'istruzione implica un autonomo diritto di soggiorno del figlio di un lavoratore migrante o di un ex lavoratore migrante, qualora tale figlio intenda proseguire i suoi studi nello Stato membro ospitante, nonché un corrispondente diritto di soggiorno a favore del genitore che ha l'affidamento effettivo di tale figlio": *ivi*, punto 64. Si veda altresì, *ex multis*, la sentenza del 13 giugno 2013, causa C-45/12, *Hadj Ahmed*, punto 46.

⁴⁴ Sentenza *NA*, punto 65; nonché sentenza *Baumbast*, punto 71.

disciplinate dall'art. 7, par. 1 della direttiva. Nei casi di soggiorno superiore a tre mesi, però, è necessario continuare a rispettare quanto previsto da tale disposizione, per cui è necessario avere risorse economiche sufficienti e un'assicurazione malattia.

Per quanto concerne i nazionali di Paesi terzi, invece, il par. 2 dell'art. 12 della direttiva 2004/38 disciplina esclusivamente il caso della morte del cittadino europeo; di conseguenza, la sua partenza fa venir meno il diritto dei suoi familiari di continuare a risiedere nello Stato membro ospitante. Inoltre, in relazione al caso di morte del cittadino sono poste delle specifiche condizioni: in primo luogo, è necessario che il familiare abbia risieduto nello Stato ospite, in qualità di familiare, almeno un anno prima della morte; in secondo luogo, qualora non si sia ancora ottenuto il diritto di soggiorno permanente, il diritto di soggiornare rimane subordinato alla condizione che si possa dimostrare di essere lavoratori subordinati o autonomi o che si abbiano risorse sufficienti e un'assicurazione malattia per non divenire un onere per l'assistenza sociale dello Stato, "ovvero di far parte del nucleo familiare, già costituito nello Stato membro ospitante, di una persona che soddisfa tali condizioni". La norma precisa altresì che i "familiari in questione conservano il diritto di soggiorno esclusivamente a titolo personale".

Una situazione di maggiore vantaggio riguarda i *figli* dei cittadini europei – senza che abbia rilevanza la loro nazionalità – se essi *risiedono e studiano* nello Stato ospitante. Ai sensi dell'art. 12, par. 3, della direttiva 2004/38, la partenza del cittadino dell'Unione dallo Stato membro o il suo decesso non comportano "la perdita del diritto di soggiorno dei figli e del genitore che ne ha l'effettivo affidamento, *indipendentemente dalla sua nazionalità*, se essi risiedono nello Stato membro ospitante e sono iscritti in un istituto scolastico per seguirvi gli studi, finché non terminano gli studi stessi". Questa disposizione è dunque analoga a quella del regolamento sulla libera circolazione dei lavoratori precedentemente esaminata.

Nella direttiva 2004/38 si prevede un diritto innovativo, in quel periodo storico, che consente al coniuge o al partner⁴⁵ di continuare a risiedere nello Stato ospitante in caso di separazione, divorzio o annullamento dell'unione registrata. Anche in questo caso, la normativa distingue le fattispecie in funzione della nazionalità del coniuge/partner. Ai sensi dell'art. 13 il divorzio, l'annullamento del matrimonio o lo scioglimento dell'unione registrata dei cittadini dell'Unione "non incidono sul diritto di soggiorno dei loro familiari aventi la cittadinanza di uno Stato membro". Tuttavia, in base alla seconda parte della disposizione, detto diritto è subordinato alla sussistenza dei requisiti stabiliti dell'art. 7, par. 1 della direttiva 2004/38. La norma non sembra attribuire particolari vantaggi ai familiari se si considera che i cittadini europei possono ottenere autonomamente il diritto di soggiorno quando la loro situazione risponde ai requisiti di cui art. 7, par. 1, a prescindere dalla precedente relazione matrimoniale.

Per quanto concerne i coniugi o i partner stranieri, la direttiva individua i casi in cui la rottura del vincolo matrimoniale o dell'unione registrata "non comportano la perdita del diritto di soggiorno dei familiari del cittadino dell'Unione non aventi la cittadinanza di uno Stato membro". Ai sensi dell'art. 13, par. 2, la continuità del diritto di soggiorno è subordinata alternativamente alle seguenti condizioni: 1) che il matrimonio o l'unione registrata siano durati "almeno tre anni" e che almeno durante un anno la coppia abbia soggiornato nello Stato di accoglienza "prima dell'inizio"

⁴⁵ Sulla nozione di "partner", cfr. art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2004/38, nonché *supra*, par. 3.

del procedimento giudiziario diretto allo scioglimento del vincolo matrimoniale o dell'unione registrata (lett. a); 2) che il coniuge/partner abbia l'affidamento dei "figli del cittadino dell'Unione", per comune scelta dei genitori o su decisione giudiziaria (lett. b); 3) oppure, che la continuità del diritto di soggiorno sia resa necessaria da situazioni particolarmente difficili, come "il fatto di aver subito violenza domestica" (lett. c); 4) o, infine, che il mantenimento del diritto di soggiorno garantisca il "diritto di visita al figlio minore" stabilito su accordo dei coniugi/conviventi o su decisione giudiziaria, qualora sia però necessario che la visita al minore avvenga nello Stato ospitante e fintantoché le visite "siano considerate necessarie" (lett. d).

La Corte di giustizia ha considerato applicabile l'art. 13, par. 2, della direttiva solo qualora il procedimento di divorzio inizi *prima della partenza* del cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno originario. Questo aspetto è stato chiarito nel caso *Singh* del 2015 ed è stato ribadito nel caso *NA* del 2016, in cui peraltro si verificava la circostanza richiamata dalla lett. c) della disposizione esaminata, in quanto l'ex moglie straniera era stata vittima di violenza domestica. Secondo la giurisprudenza l'art. 13, par. 2, si applicherebbe solo nel caso in cui il coniuge di cittadinanza UE continui a risiedere nello Stato ospitante almeno fino all'inizio del procedimento di scioglimento del matrimonio. Infatti, il diritto di soggiorno "derivato" del nazionale del Paese terzo, che in base all'art. 7, par. 2 della direttiva 2004/38 trova il suo presupposto giuridico nel diritto di soggiorno del cittadino dell'Unione, verrebbe meno al momento della partenza di quest'ultimo; di conseguenza non potrebbe essere "mantenuto" fondandosi sull'art. 13, par. 2⁴⁶, né un'istanza di divorzio potrebbe "ripristinare" un diritto che è cessato⁴⁷.

Neanche nel caso previsto dall'art. 13, par. 2, lett. c), della direttiva, la Corte giunge a diverse conclusioni, in quanto in base all'art. 12, par. 2, i familiari stranieri non conservano il diritto di soggiorno in caso di partenza del coniuge cittadino UE e tale norma non conosce eccezioni nemmeno nel caso in cui il coniuge sia vittima di violenze domestiche⁴⁸. Peraltro, nella motivazione della sentenza, si mette in luce il carattere innovativo della norma, poiché prima dell'entrata in vigore della direttiva non era garantito il mantenimento del diritto di soggiorno del coniuge/partner straniero in caso di scioglimento del matrimonio o dell'unione registrata.

Per supportare la sua posizione, la Corte si riferisce alla relazione della Commissione che accompagnava la proposta della direttiva e in cui si illustrava come la funzione della norma in esame fosse quella di evitare che in caso di divorzio il coniuge straniero venisse privato del diritto di soggiorno, ma con il fine di impedire forme di sopraffazione del coniuge fondate sulla minaccia del divorzio e della

⁴⁶ Sentenza *Singh*, punto 62. Cfr. F. STRUMIA, *Divorce Immediately, or Leave. Rights of Third Country Nationals and Family Protection in the Context of EU Citizens' Free Movement: Kuldip Singh and Others*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1373.

⁴⁷ La Corte ha osservato che: "(...) la partenza del coniuge cittadino dell'Unione ha già comportato la perdita del diritto di soggiorno del coniuge cittadino di un paese terzo (...). Orbene, un'istanza di divorzio successiva non può determinare il ripristino di tale diritto, dal momento che l'articolo 13 della direttiva 2004/38 parla solamente di 'mantenimento' di un diritto di soggiorno sussistente": cfr. sentenza *Singh*, punto 67, in cui si richiamano le relative conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, del 7 maggio 2015, punto 27.

⁴⁸ Sentenza *NA*, punti 43-44.

conseguente perdita del diritto di soggiorno derivato⁴⁹. Per rafforzare questa convinzione la Corte ricorda che in caso di separazione personale dei coniugi non viene meno il diritto di soggiorno derivato del familiare⁵⁰. Questa posizione giurisprudenziale non appare convincente, posto che la minaccia di “partenza” potrebbe avere effetti psicologici sul coniuge/partner straniero altrettanto devastanti, soprattutto se si considera che durante la separazione personale il coniuge straniero si trova sprovvisto di tutela rispetto a questo aspetto giuridico, in quanto in qualsiasi momento il coniuge di cittadinanza dell'Unione potrebbe trasferirsi in un altro Stato, mentre lo straniero attende di poter maturare il diritto processuale al deposito dell'istanza di divorzio. Inoltre, con tale interpretazione restrittiva si creano differenze sostanziali in merito al mantenimento del diritto di soggiorno derivato, a causa dei distinti sistemi processuali degli Stati membri e delle diverse regole relative al momento in cui matura il diritto a depositare la domanda di divorzio.

Si può sottolineare come, nel caso *NA*, la tutela della ricorrente sia stata comunque garantita ma attraverso l'applicazione di una diversa disposizione: la Corte ha riconosciuto alla madre pachistana un diritto di soggiorno derivato fondandosi sull'art. 12 del regolamento 1612/1968 in quanto era affidataria di due bambine di tenera età, cittadine dell'Unione e figlie di un ex lavoratore migrante, che frequentavano la scuola nel Regno Unito.

6. I valori e i principi sottesi alla realizzazione del processo di integrazione europea hanno trovato una sicura forma di concretizzazione attraverso la libera circolazione delle persone e in particolare dei cittadini europei. Il diritto al ricongiungimento familiare ha consentito di sviluppare pienamente l'obiettivo della creazione dell'Europa dei cittadini e la giurisprudenza –quasi sempre – è stata garante del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini e delle loro famiglie all'interno dell'Unione. Il diritto all'unità familiare, stabilito nell'art. 7 della Carta, ha offerto una maggiore dignità ai diritti dei cittadini nell'Unione intesi come persone e non solo come lavoratori, ma soprattutto la tutela del principio del superiore interesse del minore ha consentito alla giurisprudenza di trovare uno spiraglio a favore del riconoscimento dell'unità familiare, anche quando “il tenore letterale” delle disposizioni normative dell'Unione non appariva tutelare le posizioni poste al vaglio della Corte.

Come si evidenzia in questo lavoro, nel corso del tempo il diritto del cittadino di essere seguito dai familiari ha cambiato connotazione: il familiare non gode solo di un diritto derivato di accompagnare il titolare principale del diritto di circolare ma acquista anche diritti autonomi “su base personale”. Quando si tratta di minori europei, la loro specifica posizione di vulnerabilità giustifica altresì un'estensione dei diritti – non solo del diritto di soggiorno ma anche di quelli di natura sociale – a favore di altri soggetti stranieri, specialmente dei genitori che ne hanno l'effettivo affidamento.

⁴⁹ Cfr. sentenza *NA*, punti 46 e ss., nonché il commento all'art. 13 nella relazione della Commissione, COM(2001)257 def., in cui si afferma: “La disposizione mira ad offrire una certa tutela giuridica a queste persone il cui diritto di soggiorno discende dal vincolo familiare rappresentato dal matrimonio e che potrebbero, per questo motivo, essere ricattate con la minaccia del divorzio”.

⁵⁰ Secondo la Corte, l'art. 13, par. 2, lett. c) della direttiva deve interpretarsi nel senso che il cittadino del Paese terzo che ha subito atti di violenze domestiche durante il matrimonio “non può beneficiare del mantenimento del diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante in base a tale disposizione, qualora l'inizio del procedimento giudiziario di divorzio sia successivo alla partenza del coniuge cittadino dell'Unione da detto Stato membro”: sentenza *NA*, punto 51.

Il progressivo ampliamento della tutela all'unità familiare, quando si è in presenza di figli, si deve senza dubbio alla spinta della Corte di giustizia sensibile ai diritti fondamentali di ogni persona ma soprattutto dei minori. Va visto con favore anche il diritto dei familiari di poter conservare la residenza su base personale nel caso di scioglimento del matrimonio, di divorzio o di annullamento dell'unione registrata. In questo modo, il coniuge acquisisce una dignità individuale maggiore, con la certezza che il suo diritto di risiedere nello Stato in cui si è integrato possa continuare indipendentemente dal vincolo familiare con l'iniziale titolare del diritto, qualora il matrimonio o l'unione registrata dovesse interrompersi.

Dall'esame delle disposizioni di diritto secondario e della giurisprudenza, si evidenzia come il diritto soggiorno e quello di mantenere la residenza nello Stato di accoglienza trovino una forte tutela soprattutto per i figli dei cittadini europei mobili che studiano o si formano professionalmente in detto Stato membro. L'interpretazione giurisprudenziale favorevole a riconoscere a chi si prende cura dei figli-studenti il diritto di continuare a vivere nello Stato ospitante arricchisce il patrimonio dei diritti dei familiari dei cittadini dell'Unione, in special modo quando si tratta di nazionali di Paesi terzi che altrimenti sarebbero costretti a lasciarlo.

La giurisprudenza recente, sia quella in materia di "diritto dei figli di iniziare/continuare gli studi", sia quella relativa al riconoscimento di un "eccezionale" diritto di soggiorno fondato sull'art. 20 TFUE, pone in luce come l'interesse superiore del minore sia talmente importante nella costruzione giurisprudenziale della Corte da offrire non solo ai figli dei cittadini mobili ma anche ai minori di cittadinanza dell'Unione (nonché ai loro genitori stranieri che se ne prendono cura) una garanzia di stabilità e il diritto a vivere nell'Unione in condizioni dignitose, eventualmente riferendosi anche alle distinte forme nazionali di assistenza sociale. Si tratta, specialmente in questo difficile momento storico, di elementi imprescindibili per continuare a esprimere in modo pieno i valori essenziali dell'Unione europea.

Abstract

Family Reunification and the Right of Residence of Nationals of Third Countries Familiars of EU Citizens in the Light of the Best Interest of the Child

The right to family reunification has always been considered essential for an effective freedom of movement of citizens. Now this right is conferred to EU citizens by the Directive 2004/38, which states precise conditions. In some cases, the Court of justice has exceptionally recognized, exclusively on the base of Article 20 TFEU, the right to reside in a member State to relatives –especially parents– of EU citizens – especially children –. This article examines this right of residence guaranteed by the secondary law, taking into account case law interpreting the relevant provisions of the Treaties, of the Directive 2004/38 and of the Regulation 2011/492. We focus also on the specific additional protections afforded both by EU legislation and by the Court of Justice to family members – especially children — in to make their rights “autonomous” from those of the mobile EU citizen so they may continue to reside in the host State even if the EU citizen leaves that Member state.

Simone Marinai*

EU, Climate Change and Arctic Security Matters

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Climate change and the Arctic. – 3. The impact of climate change on security. – 4. The EU and climate change. – 5. The EU and Arctic security issues. – 6. Final remarks.

1. Climate change and security matters represent two pressing issues for EU policy¹.

It is significant that during the European Council, which was held last June, two specific parts of the Conclusions were dedicated to climate change and security concerns respectively.

In particular, with regard to climate change, the European Council strongly reaffirmed the commitment of the EU and its Member States to swiftly and fully implement the Paris agreement² and to continue to lead the way in the fight against climate change³.

With regard to security matters⁴, the European Council affirmed the need to enhance cooperation at EU level in the fight against terrorism and reiterated its commitment to strengthening cooperation tools in order to promote peace and stability externally. Furthermore, the European Council agreed, *inter alia*, on the need to

* Associato di Diritto internazionale nell'Università di Pisa.

¹ The impact of climate change on the European security policy has been stressed by EU institutions at least since the report prepared by J. SOLANA, B. FERRERO-WALDNER, *Climate Change and International Security*, Paper from the High Representative and the European Commission to the European Council, S113/08, 14 March 2008, available at www.consilium.europa.eu.

² The Paris Agreement was adopted on 12 December 2015 at the twenty-first session of the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change held in Paris from 30 November to 13 December 2015. The Agreement entered into force on 4 November 2016. To date (16 December 2017), the parties to the Agreement are 171 (including the European Union). With regard to the scope, the legal character and the content of the Agreement, see C. BAKKER, *The Paris Agreement on Climate Change: Balancing "Legal Force" and "Geographical Scope"*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 299; D. BODANSKY, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?*, in *American Journal of International Law*, 2016, p. 288; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *One Swallow Does Not a Summer Make, but Might the Paris Agreement on Climate Change a Better Future Create?*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 253; D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, L. RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford, 2017, p. 209 ff.; D. KLEIN *et al.* (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary*, Oxford, 2017.

³ See European Council, Conclusions, EUCO 8/17, 23 June 2017, para. 11.

⁴ *Ibidem*, paras. 1-10.

launch a permanent structured cooperation in the field of defence, with the aim of improving EU capabilities.

The two issues (climate change and security matters) are only notionally separated. In fact, sometimes they can be intertwined and connected. This becomes particularly clear if we consider the Arctic region.

The aim of this article is to assess whether EU action can be deemed suitable for responding to the challenges of climate change and, in particular, to their impact on Arctic security.

To this end, we will firstly consider the impact of climate change on the Arctic, after which the specific impact of climate change on security issues will be discussed.

At that point, what the EU has done, or can do, to limit climate change and address Arctic security concerns will be examined.

It should be noted from the outset that in this study we will refer to the concept of security in broad terms⁵. In fact, the discussion will not be limited to a merely defence and military perspective, but will also take into account all possible sources of tension between the Arctic countries and also, more generally, human security threats which may put an individual human being or the humanity in danger. For this reason, we will also consider issues like those more properly concerning safety aspects of food supply, maritime transports and environmental impact.

2. The Arctic region is the fastest warming part of the globe and is characterized by temperatures that rise at almost twice the average global rate. Suffice it to say that in the Arctic, summer sea ice has decreased by more than 40% since 1979.

Although the enormous extent of the relevant area, and the wide variety of Arctic territories could imply that the impact of climate change might not be deemed to be uniform for the whole region, there is nevertheless no doubt that the trend is clear⁶.

Whereas in the past, attention was focused almost solely on the effects of climate change in the Arctic, more recently there has been growing awareness that the Arctic is also, in fact, a contributor to climate global change⁷.

In fact, the melting of the ice sheet contributes to rising sea levels all over the world, and plays a role in changing precipitation patterns at least in the northern hemisphere.

⁵ The widening of the concept of security beyond the military dimension and the possibility to use it also with regard to new threats such as population growth and migration flows, resource scarcity, health crisis and environmental degradation, has been extensively assessed by international relations scholars. See, e.g., B. BUZAN, *People, States and Fear. The National Security Problem in International Relations*, Brighton, 1983; D. A. BALDWIN, *The concept of security*, in *Review of International Studies*, 1997, p. 5; E. A. KOŁODZIEJ, *Security and International Relations*, Cambridge, 2004; H. G. BRAUCH, *Concepts of Security Threats, Challenges, Vulnerabilities and Risks*, in H. G. BRAUCH et al. (eds.), *Coping with Global Environmental Change, Disasters and Security*, Berlin, 2011, p. 61.

⁶ For more details on this trend, see G. STANG, *Climate change*, in J. JOKELA (ed.), *Arctic Security Matters*, ISSUE, Report No. 24, 2015, p. 11 available at www.iss.europa.eu.

⁷ See European Commission and High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament and the Council, *An integrated European Union policy for the Arctic*, JOIN(2016)21 final, 27 April 2016, p. 2.

It must be considered that in many parts of the Arctic region, houses, factories, roads and railways are built on the permafrost and the subsequent thawing of this permafrost is having a direct effect on the buildings and the infrastructures which are buckling and sinking into quagmires. At the same time, the thawing permafrost also has the potential to release large volumes of various greenhouse gases (such as carbon dioxide and methane), with the consequence of accelerating global warming at an ever-increasing rate.

More broadly speaking, the Arctic's marine ecosystems are being adversely affected by climate change, which is particularly worrying, considering that half of the world's wetlands – crucial for water purification, flood control and shoreline stability – are in Arctic and sub-Arctic regions.

3. In order to consider the impact of climate change on Arctic security, three different factors will be considered: a) the increase in maritime traffic; b) the easier access to raw materials and to non-biological maritime resources; c) the opening of new migratory routes through the Arctic region.

a) Climate change may transform the Arctic Ocean over the coming years into a waterway for transcontinental traffic.

The decline in sea ice is making the Northwest Passage that connects the Atlantic and Pacific Oceans running through northern Canada and the Bering Strait increasingly accessible⁸. Another possible channel is the Northeast Passage which encompasses the Northern Sea Route⁹ located north of the Russian mainland and that runs between North Cape and the Bering Strait.

The summer period during which these two routes (or parts of these routes) offer viable sea passage increases each year because of increasing temperatures and melting ice.

In the future, with the gradual disappearing of the Arctic ice, the emergence of new routes crossing directly over the top of the North Pole become ever more likely¹⁰.

The potential benefits of these routes are enormous in terms of saving in shipping costs and time for tanker and cargo traffic between Europe, Asia and Northern America. In fact, traditional shipping routes could be shortened by thousands of miles and this could lead to an improvement of the global economic relationships.

⁸ With regard to the legal issues posed by the Northwest Passage, see *inter alia*, D.R. ROTHWELL, *The Canadian-U.S. Northwest Passage Dispute: A Reassessment*, in *Cornell International Law Journal*, 1993, p. 331; D. PHARAND, *The Arctic Waters and the Northwest Passage: A Final Revisit*, in *Ocean Development & International Law*, 2007, p. 3; J. KRASKA, *International Security and International Law in the Northwest Passage*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, p. 1109; S. LALONDE, F. LASSERRE, *The Position of the United States on the Northwest Passage: Is the Fear of Creating a Precedent Warranted?*, in *Ocean Development & International Law*, 2013, p. 28.

⁹ With regard to the Northern Sea Route, see Y. M. IVANOV, A. P. USHAKOV, A. N. YAKOVLEV, *Current Use of the Northern Sea Route*, INSRP Working Paper, 1998, No. 96, www.arctis-search.com; R. DOUGLAS BRUBAKER, W. ØSTRENG, *The Northern Sea Route Regime: Exquisite Superpower Subterfuge?*, in *Ocean Development & International Law*, 1999, p. 299; J. JO, *The Implications of Arctic Sea Ice Decline on Shipping*, in *Marine Policy*, 2010, p. 713.

¹⁰ According to some scientific studies, this may happen by the middle of this century. See L. C. SMITH, S. R. STEPHENSON, *New Trans-Arctic shipping routes navigable by midcentury*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2013, p. 1191, www.pnas.org.

At the same time, these new routes might have significant security implications.

There is no doubt that more traffic will mean more accidents, more claims and more environmental risks. With regard to the latter aspect, it should be considered that the increased volume of transcontinental traffic may well increase the probability of a major oil catastrophe. Furthermore, the use of heavy fuel oil by ships sailing in the Arctic is particularly dangerous, considering that the fuel emulsifies, sinks and can then be carried extremely long distances if it gets trapped in ice. These environmental issues have an impact not only on the Arctic's ecology but also on the fishing and hunting, which are essential human activities to ensure food security for the region's indigenous communities¹¹.

b) The melting sea ice means that oil, gas, rare minerals and other raw materials are becoming easier to access. This has safety and security implications for drillings. In fact, with the increase in drilling, the risk of environmental accidents will also likely rise. Then, even without accidents, drilling could provoke changes in the marine ecosystem and have consequent impact on the environment.

The awareness of the wealth of raw materials could trigger a rush by northern countries to these resources. The Arctic coastal States might exercise their jurisdiction on resources found in their territorial waters and on their continental shelves¹². On the contrary, exploitation of the resources of the seabed beyond the limits of national jurisdiction must be carried out for the benefit, and in the interest, of all mankind. It is therefore important for Arctic countries to define the outer limits of their continental shelves.

For States party to the UNCLOS, the UN Commission on the limits of the continental shelf offer an important framework where such cooperation can be promoted¹³. In fact, according to Article 76 of UNCLOS, where a coastal State intends to establish the outer limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles, it shall submit the details of its claim along with supporting scientific and technical data to the Commission. The Commission, after having considered the data and other material provided by the coastal State, is charged with issuing recommendations. If the coastal State establishes the limits of its continental shelf on the basis of these recommendations, those limits are final and binding on all UNCLOS parties.

With regard to the Arctic Ocean¹⁴, one of the main issues relates to the morphological conformation of the Lomonosov and Alpha-Mendeleev seafloor highs,

¹¹ See European Parliament, Resolution of 16 March 2017, *An integrated EU policy for the Arctic*, (2016/2228(INI)), P8_TA(2017)0093, lett. V.

¹² However, according to Article 82, para. 1, UNCLOS, the "coastal State shall make payments or contributions in kind in respect of the exploitation of the non-living resources of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines".

¹³ The composition and the functions of the Commission on the limits of the continental shelf are regulated by Annex II of the UNCLOS. For an overview of the mandate and of the activity carried out by the Commission, see S. V. SUAREZ, *Commission on the Limits of the Continental Shelf*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2010, p. 131.

¹⁴ For an overview of the problems related to the delimitation of the outer limits of the continental shelves in Arctic region, see M. BYERS, *International Law and the Arctic*, Cambridge, 2013, p. 92 ff.; A. G. OUDE ELFERINK, *The Outer Limits of the Continental Shelf in the Polar Regions*, in E. J. MOLENAAR, A. G. OUDE ELFERINK, D. R. ROTHWELL (eds.), *The Law of the Sea and the Polar Regions: Interactions between Global and Regional Regimes*, Leiden, 2013, p. 61; C. CINELLI, *The Delimitation Process in*

which extend for the entire Arctic Ocean between Canada, Greenland (Denmark) and Russia. Each of the interested countries affirm that these seafloor highs are natural components of their respective continental shelf. The scientific evidence of the real conformation of these ridges is currently under consideration by the Commission following the submission received by Russia¹⁵ and Denmark¹⁶. It has been stressed that the process of delineating the extended continental shelves of Arctic States is being conducted in an orderly fashion in the framework of the international regime drawn up by UNCLOS¹⁷. However, there is no doubt that the overlapping claims on the outer limits of the respective continental shelves might represent a source of tension between the different Arctic States and the issue risks becoming more and more delicate in so far as the effects of climate change make the access to natural resources easier¹⁸. Then, it should be considered that not every Arctic country is party to the UNCLOS. We refer, in particular, to the United States of America which are not therefore bound by the mechanism that that Convention provides for the determination of the outer limits of continental shelves¹⁹.

Also global political tension might be a factor that could affect Arctic security. For example, it is interesting to note the consequences caused by the deterioration of EU-Russia relations in the aftermath of the Ukrainian crisis and the annexation of

the Central Arctic Seabed: Sovereign Rights or a Condominium or Res Communis Omnium?, in M. J. AZNAR, M. E. FOOTER (eds.), *Selected Proceedings of the European Society of International Law, Fourth Volume, Regionalism and International Law, Valencia, 13-15 September 2012*, Oxford, 2015, p. 379.

¹⁵ Russia submitted on 20 December 2001 a first claim to the Commission on the limits of the continental shelf (CLCS/32). Then, Russia presented a partial revised submission on 3 August 2015 (CLCS/93). For a brief summary of the Recommendations of the Commission in regard to the first submission, see Report of the Secretary-General of the United Nations to the General Assembly, *Oceans and the law of the sea*, A/57/57/Add.1 of 8 October 2002, paras. 38-41. The revised submission is currently under consideration as resulted during the Forty-third session of the Commission that was held between 30 January and 17 March 2017. See Commission on the Limits of the Continental Shelf, Statement by the Chair, CLCS/98 of 17 April 2017, paras. 11-15.

¹⁶ Denmark submitted on 15 December 2014 a claim in respect of the Northern Continental Shelf of Greenland (CLCS/95).

¹⁷ See E. RIDDELL-DIXON, *Canada and Arctic Politics: The Continental Shelf Extension*, in *Ocean Development & International Law*, 2008, p. 343 and in particular at p. 345 ff.

¹⁸ Another sensitive issue is related to the Svalbard's contested continental shelf. The dispute derives from the contested interpretation of the Treaty concerning the Archipelago of Spitsbergen of 9 February 1920. While Norway holds that the regime based on an equal rights criteria afforded by the Treaty only relates to territorial sea, other States parties take the view that that regime also applies to Svalbard's maritime zones beyond the territorial sea. In particular, also recently Russia protested against the opening of blocks for oil and gas in a maritime area adjacent to Svalbard's territorial sea. With regard to the dispute, see R. CHURCHILL, G. ULFSTEIN, *The Disputed Maritime Zones Around Svalbard*, in M. H. NORDQUIST, J. N. MOORE, T. H. HEIDAR (eds.), *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea*, Leiden, 2010, p. 551; T. PEDERSEN, *The Svalbard Continental Shelf Controversy: Legal Disputes and Political Rivalries*, in *Ocean Development & International Law*, 2015, p. 339; C. R. ROSSI, 'A Unique International Problem': *The Svalbard Treaty, Equal Enjoyment, and Terra Nullius: Lessons of Territorial Temptation from History*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2015, p. 93.

¹⁹ E.g. USA and Canada are in dispute as regards maritime boundary delimitation in Beaufort Sea. If Canada should submit a claim to the UN Commission on the limits of the continental shelf, USA could not be addressed by the recommendation of that Commission. For a comment on the position of the two countries on the dispute, see J. S. BAKER, M. BYERS, *Crossed Lines: The Curious Case of the Beaufort Sea Maritime Boundary Dispute*, in *Ocean Development & International Law*, 2012, p. 70.

Crimea by Russia in 2014. The EU adopted political and economic sanctions against Russia by March 2014²⁰ and recently decided to extend them by six months²¹. Amidst this tense climate, it doesn't seem by chance that by 2015, Russia established six new bases north of the Arctic circle, including six deep water ports and thirteen air fields and increased its presence in terms of ground forces in the Arctic²². Indeed, it was argued that the modernization of Russian military infrastructure in the Arctic principally has the function of protecting Russian economic interests in its sovereign areas; monitoring air and maritime spaces; allowing search and rescue operations; preventing illegal migration and potential terrorist attacks, rather than establish an offensive military capability²³. Furthermore, analysis of both the new Russian National Security Strategy of 2015 and of the new Russian Foreign Policy Concept of 2016, would demonstrate the Russian willingness to, firstly, keep the Arctic issue discrete from their current tensions with the West, and further, to prioritise the development of equal and mutually-beneficial international cooperation in the Arctic²⁴. Despite these reassuring positions, it should also be pointed out that Russia pursues a distinctive two-track approach with regard to its Arctic policy, stressing cooperation and peaceful co-existence at the international level, while domestically carrying out the nationalist message of a resurgent great power²⁵. In this regard, the need for military activity is seen as a response to perceived expansionist measures taken by other NATO Arctic countries²⁶. In addition, though it is true that Russian military reorganization in the Arctic could be seen as ambiguous, in any case there is no doubt that it may cause a rise in international tension and in securitarian responses by other Arctic States.

c) Climate change, rising temperatures and the melting ice also make the Arctic countries more accessible for migratory flows. While in the past the climatic conditions would have made inconceivable that Arctic regions could be a destination or a transit area for migratory flows, arrivals from the most remotes parts of the world have been recorded in recent years. In 2015, e.g., the news of hundreds of Syrian migrants entering Norway via Russia and crossing the Storskog border (situated near the Arctic Circle) by bike, has caused a considerable stir²⁷.

Even though, considering migration flows and the response tools for irregular movements as security issues could, in our opinion, be misleading, it cannot be

²⁰ See European Council, Statement of the Heads of State or Government on Ukraine, Brussels, 6 March 2014. For a chronological overview of the restrictive measures progressively imposed by EU against Russia, see eeas.europa.eu.

²¹ See Council Decision (CFSP) No. 2017/1148 of 28 June 2017, amending Decision No. 2014/512/CFSP concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilizing the situation in Ukraine.

²² See European Parliament, Resolution of 16 March 2017, *supra* at 11, lett. M.

²³ See A. SERGUNIN, V. KONYSHEV, *Russian military strategies in the Arctic: change or continuity*, in *European Security*, 2017, p. 171, at p. 186.

²⁴ *Ibidem*, p. 175.

²⁵ See L. E. FLAKE, *Contextualizing and Disarming Russia's Arctic Security Posture*, in *Journal of Slavic Military Studies*, 2017, p. 17 and in particular at p. 22.

²⁶ K. ÅTLAND, *Interstate Relations in the Arctic: An Emerging Security Dilemma?*, in *Comparative Strategy*, 2014, p. 145 and in particular at p. 153.

²⁷ For a brief information with regard to the Arctic migratory route, see frontex.europa.eu/trends-and-routes/eastern-borders-route/.

denied that criminal activities – such as human trafficking and migrant smuggling, as well as drug and weapons trafficking – often develop in tandem with migration flows.

Furthermore, the reaction to such migration flows that States of destination might put in place, could provoke tensions between neighbouring countries. This is the case with the accusations made by Norway against Russia to take responsibility for the migratory flows mentioned above²⁸, and the construction by Norway, by mid-2016, of a steel fence at the Storskog border point with Russia.

4. According to Article 191 TFEU, combating climate change is one of the central objectives to be pursued by EU environmental policy. In order to achieve this goal, the EU shall promote international cooperation and, in the framework of its external action, shall foster the preservation and improvement of the quality of the environment and the sustainable management of global natural resources²⁹.

The EU is party to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)³⁰, that lays down general obligations for the reduction of greenhouse gas emissions as well as providing a framework for negotiating further instruments.

It was within this framework that the Kyoto Protocol was concluded in 1997: with this agreement, approved by European Union and its Member States on 31 May 2002 and entered into force on 16 February 2005, legally binding obligations for developed countries have been established to reduce their greenhouse gas emissions by at least 5 per cent below 1990 levels³¹.

Afterwards, the EU played a crucial role in the negotiations that led, on 12 December 2015, to the adoption of the Paris Agreement³², with which it has been established that all the contracting parties (and no longer just developed countries) will be obliged to reduce their greenhouse gas emissions in order to achieve the

²⁸ See A. DE CARBONNEL, *A (Very) Cold War on the Russia-Norway Border*, available at foreign-policy.com, 20 November 2015.

²⁹ See Article 21(2)(f) TEU. For an overview on the external action carried out by European Union in the area of climate change, see E. MORGERA, K. KULOVESI, *The Role of the EU in Promoting International Standards in the Area of Climate Change*, in I. GOVAERE, S. POLI (eds.), *EU Governance of Global Emergencies. Legal Framework for Combating Threats and Crises*, Leiden-Boston, 2014, p. 311.

³⁰ The UNFCCC was adopted in New York on 9 May 1992 and entered into force on 21 March 1994. It is binding for 197 Parties (196 States and the European Union) as at 16 December 2017.

³¹ The targets set in the Kyoto Protocol were expected to be achieved in the commitment period 2008 to 2012. On 8 December 2012 the Conference of the Parties to the UNFCCC adopted the Doha Amendments to the Kyoto Protocol with a view to reducing the overall emissions of developed countries by at least 18 per cent below 1990 levels in the commitment period 2013 to 2020. However, the Doha Amendment has not yet reached the number of ratifications necessary for its entry into force. The Council of the EU adopted a decision for its conclusion (see Council Decision No. 2015/1339 of 13 July 2015), but the respective instrument of ratification has not been deposited, pending ratification by Member States. For the problems connected to the conclusion of a mixed agreement by EU and its Member States, see G. VAN DER LOO, R. A. WESSEL, *The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 735.

³² With special reference to the role played by EU in the negotiation of the Paris Agreement, see C. F. PARKER, C. KARLSSON, M. HJERPE, *Assessing the European Union's global climate change leadership: from Copenhagen to the Paris Agreement*, in *Journal of European Integration*, 2017, p. 239.

objective of minimising average global temperature increases to well below 2 °C above pre-industrial levels and to pursue efforts towards a 1.5 °C temperature limit³³.

After the ratification of the Paris Agreement³⁴, the EU demonstrated its willingness to stick to its guns notwithstanding the new position adopted by the Trump Administration. In this context, the position maintained during the Environmental Ministerial Meeting of the G7 on 11-12 June 2017 is particularly significant. The European Commissioners responsible for environment and climate, together with the other Members (excepting the US representative) reaffirmed their strong commitment to the swift and effective implementation of the Paris Agreement and declared that that Agreement must be considered irreversible³⁵.

In order to achieve the commitments made at an international level, the European Union has developed an articulated internal legal framework³⁶.

Since 1993, the EU launched a monitoring mechanism, obliging Member States to communicate information re their greenhouse gas emissions to the Commission³⁷. This mechanism has been progressively updated and expanded in order to better comply with the targets established internationally³⁸.

Key instruments for the reduction of greenhouse gas emissions in several high-emitting industry sectors are contained in the EU Emission Trading System (ETS)³⁹,

³³ See Article 2(1)(a) of the Paris Agreement.

³⁴ Council Decision (EU) No. 2016/1841 of 5 October 2016 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Paris Agreement adopted under the United Nations Framework Convention on Climate Change.

³⁵ See the final Communiqué, para. 7 ff., available at www.g7italy.it.

³⁶ For an overview of the legislation adopted by EU at internal level with the aim to mitigate climate change, see S. OBERTHÜR, *The European Union's Performance in the International Climate Change Regime*, in *Journal of European Integration*, 2011, p. 667 and in particular at p. 673 ff.

³⁷ See Council Decision No. 93/389/EEC of 24 June 1993 for a monitoring mechanism of Community CO₂ and other greenhouse gas emissions.

³⁸ See Council Decision No. 1999/296/EC of 26 April 1999 amending Decision No. 93/389/EEC for a monitoring mechanism of Community CO₂ and other greenhouse gas emissions. Afterwards, the Council Decision No. 93/389/EEC has been repealed by Decision No. 280/2004/EC of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 concerning a mechanism for monitoring Community greenhouse gas emissions and for implementing the Kyoto Protocol. The current legal framework is represented by Regulation (EU) No. 525/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on a mechanism for monitoring and reporting greenhouse gas emissions and for reporting other information at national and Union level relevant to climate change and repealing Decision No. 280/2004/EC.

³⁹ The EU ETS has been introduced by Directive No. 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive No. 96/61/EC. The Directive has been later revised by Directive No. 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive No. 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community. The ETS is based upon a “cap and trade” approach. A total limit of emission is established and is reduced each year. Emission allowances are allocated to (or bought at auction by) companies involved in several high-emitting industry sectors. The allowances can be traded between participants to the system, with the consequence that each company can decide either to reduce its emissions inverting in non-polluting production techniques and renewable energy sources or to buy extra allowances to cover the emissions. It is under discussion the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive No. 2003/87/EC to enhance cost-effective emission reductions and low-carbon investments, COM(2015)337 final of 15 July 2015.

while the Effort Sharing Decision (ESD)⁴⁰ contains different instruments for other sectors of the economy (such as road transports, agriculture, waste management, and buildings)⁴¹.

In addition to these (and others⁴²) measures which properly fall under the aegis of environmental policy, the EU also carries on the fight against climate change through other sector-crossing actions integrated into several fields of its competence, such as energy, transport, industry, agriculture and waste management policies⁴³.

Since 1990, greenhouse gas emissions in the EU have decreased by about 24 per cent⁴⁴. Whilst this is certainly encouraging, much remains to be done, given that, in 2009, the European Council established its long-term aim to reduce greenhouse gases emissions by 80 to 95 per cent by 2050⁴⁵, and in 2014 set an EU climate and energy target of a minimum 40 per-cent reduction (compared to 1990 levels) in greenhouse gas emissions by 2030⁴⁶.

For an overview on the European emission trading system, see S. BORGHESI, M. MONTINI, *The European Emission Trading System: Flashing Lights, Dark Shadows and Future Prospects for Global ETS Cooperation*, in C. BAKKER, F. FRANCONI (eds.), *The EU, the US and Global Climate Governance*, Farnham, 2014, p. 115.

⁴⁰ See Decision No. 406/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the effort of Member States to reduce their greenhouse gas emissions to meet the Community's greenhouse gas emission reduction commitments up to 2020. With the goal to review the Effort Sharing Decision, it is currently pending the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on binding annual greenhouse gas emission reductions by Member States from 2021 to 2030 for a resilient Energy Union and to meet commitments under the Paris Agreement and amending Regulation No. 525/2013 of the European Parliament and the Council on a mechanism for monitoring and reporting greenhouse gas emissions and other information relevant to climate change, COM(2016)482 final of 20 July 2016.

⁴¹ The ESD imposes national emission targets which have been established with regard to the Gross Domestic Product per capita of each Member State. Certain flexibility instruments are provided: e.g., if a Member State exceeds its annual emission reduction goal, it could carry over this achievement to subsequent years; moreover, a Member State may transfer part of its annual emission allocation to other Member States.

⁴² Amongst the many measures adopted in the framework of environmental protection, see e.g. recently Directive (EU) No. 2016/2284 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016 on the reduction of national emissions of certain atmospheric pollutants, amending Directive No. 2003/35/EC and repealing Directive No. 2001/81/EC. This Directive sets national reduction commitments for five pollutants responsible for acidification, eutrophication and ground-level ozone pollution which leads to significant negative impacts on human health and the environment and can be considered the main legislative instrument to achieve the 2030 objectives of the Clean Air Programme for Europe set in the Communication COM(2013)918 final of 18 December 2013.

⁴³ For an overview on the impact that the measures adopted throughout each of these policies might produce on climate change, see Commission Staff Working Document, Accompanying the document Report from the Commission, Second Biennial Report of the European Union under the UN Framework Convention on Climate Change, SWD(2015)282 of 15 December 2015, para. 3.3 ff.

⁴⁴ See European Environmental Agency, *Key trends and drivers in greenhouse gas emissions in the EU in 2015 and over the past 25 years*, 1 June 2017, available at www.eea.europa.eu.

⁴⁵ European Council, Presidency Conclusions of 29 and 30 October 2009, No. 15265/1/09 of 1 December 2009, para. 7.

⁴⁶ European Council, Conclusions, EUCO 169/14, 24 October 2014, para. I.2.

The above EU legal framework, designed to mitigate the effects of climate change globally, might also have a favourable impact on the Arctic region.

However, in many cases, the EU institutions, acting internally as well as internationally, expressly take climate change implications for (or of) the Arctic region into consideration.

This will become more evident in the next paragraph, when we examine EU action taken to address security concerns.

5. In recent years, the EU has gradually become aware of the need to develop an integrated policy for the Arctic. In fact, since as early as 2008, the EU has been formulating a dedicated strategy for the region⁴⁷.

Since then, it has been clear that the various EU interests (in the fields of environment, climate change, energy, research, transport, fisheries etc.) for the area have a strategic dimension. Climate change in the Arctic, in particular, has been considered a “threats multiplier”, capable of having repercussions for international stability and European security interests⁴⁸.

With regard to the risk provoked by the melting sea ice, we have already stressed that security concerns are often connected to the increasing volume in maritime transcontinental traffic, as well as to the easier access to mineral resources⁴⁹.

The threats posed by maritime traffic in the Arctic were addressed recently through the adoption of the Polar Code in the framework of the International Maritime Organization (IMO)⁵⁰. In fact, the Polar Code has been developed to supplement existing IMO instruments in order to increase the safety of shipping as well as mitigating the impact on the environment in polar waters. Considering the potential hazards to shipping in Polar regions, which are characterized by remoteness, rapidly changing and severe weather conditions, specific requirements in relation to ship design, construction, equipment have been provided. Although the European Union is not a member of the IMO, nor a contracting party to the conventions concerned with the Polar Code, nevertheless a Council decision was necessary to define the

⁴⁷ See, e.g., Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *The European Union and the Arctic region*, COM(2008)763 final of 20 November 2008; European Commission and High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament and the Council, *Developing a European Union Policy towards the Arctic Region: progress since 2008 and next steps*, JOIN(2012)19 final of 26 June 2012; European Commission and High Representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication *supra* at 7.

⁴⁸ See Communication *supra* at 47, p. 2.

⁴⁹ See *supra*, para. 3.

⁵⁰ The International Code for Ships Operating in Polar Waters (Polar Code) contains both safety and environmental related provisions. For this reason, its safety related provisions and related amendments to the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS) have been adopted by the Maritime Safety Committee (MSC), Resolution MSC.385(94), 21 November 2014. Instead, its environmental provisions and related amendments to International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) have been adopted by the Marine Environment Protection Committee (MEPC), Resolution MEPC.264(68), 15 May 2015. The complete Code entered into force on 1 January 2017. With regard to the procedure followed to make the Polar Code mandatory, see J. A. ROACH, *A Note on Making the Polar Code Mandatory*, in S. LALONDE, T. L. MCDORMAN (eds.), *International Law and Politics of the Arctic Ocean*. Essays in Honor of Donat Pharand, Leiden, 2015, p. 125.

position to be held by Member States on behalf of the European Union⁵¹, given that the adoption of the Polar Code was capable of affecting common rules introduced internally by the EU and the consequent exclusive external competence of EU.

Within the framework of EU legislation adopted to reduce the risk of pollution of offshore waters and, in particular, to prevent major accidents in offshore oil and gas operations, the importance of protection of Arctic waters through mitigating climate change is stressed in the preamble of the Offshore Safety Directive⁵². In this context, recommendations are directed to EU Arctic countries which are encouraged to promote high standards of environmental safety in the ambit of the Arctic Council (AC) with the aim of creating international instruments for prevention, readiness and response to oil pollution of Arctic waters. There is no doubt that the wording of the directive has been influenced by the concomitant adoption, under the auspices of the Arctic Council, of the Agreement of 15 May 2013 on Cooperation on Marine Oil Pollution, Preparedness and Response in the Arctic⁵³.

The awareness of the importance of strengthening ties with the Arctic Council is demonstrated by the EU's insistence on acquiring the status of observer member in that intergovernmental forum⁵⁴. Such a status has been initially denied by Canada's veto, following tensions caused by the EU's ban on trade in seal products⁵⁵. Although this veto was lifted (after the EU and Canada agreed a framework for cooperation to enable access to the EU of seal products that result from hunting traditionally conducted by Canadian indigenous communities⁵⁶, and after the two parties substantially strengthened their relationships through more general instru-

⁵¹ See Council Decision (EU) No. 2015/1534 of 7 May 2015 on the position to be adopted on behalf of the European Union at the International Maritime Organization during the 68th session of the Marine Environment Protection Committee and the 95th session of the Maritime Safety Committee on the adoption of amendments to MARPOL, SOLAS and the 2009 Guidelines for exhaust gas cleaning systems.

⁵² See whereas No. 52 of the Directive No. 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on safety of offshore oil and gas operations and amending Directive No. 2004/35/EC. With regard to the problematic issue of the geographical scope of the Offshore Safety Directive and its interaction with the Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution, Preparedness and Response in the Arctic, see C. CINELLI, *Legal status and Environmental Protection of the Arctic Sea Ice. European Perspectives*, in E. CONDE, S. IGLESIAS SÁNCHEZ (eds.), *Global Challenges in the Arctic. Sovereignty, Environment and Geopolitical Balance*, Abingdon, 2017, p. 129 and at 138 ff.

⁵³ The ratification process of the Agreement has been completed on 24 February 2016 and the Agreement entered into force 30 days after that date.

⁵⁴ With regard to the nature and the role of the Arctic Council, see T. PEDERSEN, *Debates over the Role of the Arctic Council*, in *Ocean Development & International Law*, 2012, p. 146; W. HASANAT, *Reforming the Arctic Council Against Increasing Climate Change Challenges in the North*, in *Michigan State International Law Review*, 2013, p. 195 and in particular at p. 199 where it is stressed that the Arctic Council can not be properly considered an international organization. With specific reference to the problematic issue of EU's participation in the Arctic Council, see J. BJERKEM, *Member States as 'Trustees' of the Union? The European Union and the Arctic Council*, EU Diplomacy Paper, No. 12/2017, www.coleurope.eu; S. SCARPA, *La politica artica dell'Unione europea e lo status di osservatore de facto nel Consiglio artico*, in the current issue of this Journal.

⁵⁵ See Regulation (EC) No. 1007/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on trade in seal products.

⁵⁶ See Commission Decision on the Joint Statement by Canada and the European Union on Access to the European Union of Seal Products from indigenous communities of Canada, C(2014)5881 final of 18 August 2014.

ments adopted in the recent period⁵⁷), the issue of EU observer status in the Arctic Council is still stalled. In fact, as a result of deteriorated relationship following the Crimean crisis, it is actually Russia preventing the EU from achieving that status.

It is most likely that the conferral on the EU of observer member status in the Arctic Council would essentially have only a symbolic value, since decisions in that forum are the exclusive right and responsibility of the eight Arctic States, and given the EU already currently participates, by invitation, in Arctic Council meetings as an ad hoc observer.

However, it should be emphasised that that intergovernmental forum, despite not having competences on issues of military security, plays an important role in strengthening the environmental security of the Arctic region. E.g., in the framework of its Emergency Prevention, Preparedness and Response (EPPR) Working Group, the objective of contributing to the protection of the environment of the region from the threat, or impact, of any accidental release or leak of pollutants as well as from the consequences of natural disasters, is implemented through the exchange of information on best practices, the development of risk assessment methodologies, the launching and the follow-up of projects shared by the Arctic countries.

There is no doubt that, for the European Union, the possibility of influencing such activity would be particularly useful for the enhancement of its role as a pivotal actor in the Arctic region.

In any case, there are other intergovernmental fora in which the European Union participates, and which are also able to deal with different aspects of Arctic security issues. This is the case with both the Barents Euro-Arctic Council (BEAC)⁵⁸, and the Council of the Baltic States (CBSS)⁵⁹. To cite one example, in the former organization, issues related to environment and climate change are discussed. In the latter, meanwhile, issues related to sustainable development and the promotion of a green economy (in order to protect the ecosystem and biodiversity of the Baltic Sea region), as well as issues related to societal security and safety in order to prevent and to respond to disasters and emergencies (as well as tackle criminal exploitation and human trafficking) that may have cross-border consequences, are included amongst the long term priorities of the organization.

⁵⁷ See Declaration by the Prime Minister of Canada and the Presidents of the European Council and European Commission, *A New Era in Canada-EU Relations*, Ottawa, 26 September 2014, at europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-288_en.htm. Afterwards, the cooperation between the two parties has been strengthened through the signing on 30 October 2016 of the Strategic Partnership Agreement and of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part. The two agreements have been provisionally applied as from 1 April 2017 after Council Decisions (EU) No. 2016/2118, No. 2017/37, No. 2017/38, all adopted on 28 October 2016.

⁵⁸ The cooperation in the Barents region was launched during a conference which was held in Kirkenes, Norway, on 11 January 1993. The members of the BEAC are Denmark, Finland, Iceland, Norway, Russia, Sweden and the European Union, represented by the European Commission.

⁵⁹ The CBSS is a political forum that was established in Copenhagen in 1992. The members are Denmark, Estonia, Finland, Germany, Iceland, Latvia, Lithuania, Norway, Poland, Russia, Sweden and a representative from the European Union.

Moreover, since 1999, the European Union has been developing – with Russia, Norway and Iceland – a joint policy, called Northern Dimension⁶⁰. This policy framework is particularly important because it allows for coordination with other regional fora such as BEAC, CBSS, AC or the Nordic Council of Ministers (NCM)⁶¹. Furthermore it promotes dialogue and cooperation on a wide range of issues including pollution; maritime safety; protection of the marine environment; climate change; civil protection; irregular immigration; human trafficking and other cross-border criminal activity.

6. The European Union is showing a willingness to establish a coherent Arctic policy framework. The effects of climate change and, in particular, global warming and its consequent melting ice sheets, have underlined the strategic role of the Arctic region. Easier access to raw materials and the potential growth in intercontinental maritime traffic are positive effects that climate change may imply. In parallel with such effects, however, climate change might produce negative consequences in terms of security. We highlighted, for example, that tension between Arctic countries might arise with regard to the delimitation of the respective sovereign areas, or as a side-effect of the new migrations routes being opened through the Arctic countries. Other negative consequences could be felt on food security, human settlements or, more generally, on environmental safety and security.

The double-edged sword of the effects of climate change requires that the European Union develop its Arctic policy through a careful and balanced approach.

That the EU is now actively seeking to develop an Arctic policy is certainly a positive factor. Equally positive is the EU's commitment within the framework of international cooperation to combat climate change and the subsequent legislative activity carried out internally to implement their international obligations. In addition, the endeavour by the EU to participate in intergovernmental fora which are engaged at regional level in the development of cooperation instruments for prevention, mitigation and response to the consequences of climate change must be welcomed. At the same time, the EU's insistence on being admitted to such intergovernmental fora (this is the case, in particular, with the observer status situation in the Arctic Council) could be interpreted as an improper interference motivated by the enormous economic interests behind the exploitation of the Arctic's resources. In fact, the Nordic countries might be afraid that the European Union could wield its political clout to impose its will in an almost imperialistic way. At the same time, the EU may be seen as a powerful ally of the EU Arctic States, thus altering the internal equilibrium so far developed by the Arctic Council.

⁶⁰ This policy has been renewed at the Helsinki Summit held between EU and Russia in November 2006 which adopted a Northern Dimension Declaration and a Northern Dimension Policy Framework Declaration, both available at www.eeas.europa.eu. With regard to Northern Dimension, see H. OJANEN, *The EU and its 'Northern Dimension' – An actor in Search of a Policy, or a Policy in Search of an Actor?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2000, p. 359; P. AALTO, H. BLAKKISRUUD, H. SMITH (eds.), *The New Northern Dimension of the European Neighbourhood*, Brussels, 2008.

⁶¹ The NCM was founded in 1971 by Denmark, Finland, Norway and Sweden and consists of several intergovernmental councils with competence for specific policy areas where the representatives of Member States sit.

A manifestation of the reluctance to accept external interference can be seen in the Ilulissat Declaration of 28 May 2008⁶², adopted in response to international calls for regulation to avoid a scramble for the Arctic that is often represented by the symbolic episode of the Russian titanium flag planted in August 2007 at the bottom of the central Arctic Ocean. With that Declaration, the five Arctic coastal States⁶³, stressing their sovereignty, sovereign right and jurisdiction in the area, affirmed that the existing international legal regime – essentially based on UNCLOS and on the cooperation through soft organizations – provides a sufficient framework for both the peaceful settlement of any dispute as well as the responsible management of the Arctic Ocean.

Indeed, the Ilulissat Declaration was divisive and led to tensions with other Arctic States⁶⁴ who complained about not being invited, and reacted by seeking to develop other forms of cooperation, and to involve other actors in the management of Arctic issues⁶⁵. This is particularly the case of Finland who, from the beginning, has been one of the main promoters of the development of the above-mentioned Northern Dimension and, also, during its recent chairmanship of the Arctic Council, sponsored the strengthening of the EU's role in formulation of Arctic policy⁶⁶.

In our opinion, this strengthening should not necessarily require the EU's formal status in the Arctic Council. In fact, it is certainly not the only issue on the table, and needlessly risks generating mistrust in the Arctic countries towards the EU. Rather, while still remaining outside the Arctic Council, the EU should seek to better coordinate the position that EU Arctic Member States hold at sub-regional levels in the Arctic forum of cooperation. In fact, EU Member States participating in international institutions which deal with EU competences (regardless of whether they are exclusive or shared) are not free to act unilaterally given that, by virtue of the loyal cooperation principle, they are not allowed to disrupt the EU's internal-decision making process. Given that the European Union is not a member of the international organization concerned, it is clearly settled case-law of the European Court of Justice that, in such cases, the external competence of the European Union shall be exercised through Member States acting jointly in the EU's interest⁶⁷. In

⁶² For a comment to the Declaration, see K. DODDS, *The Ilulissat Declaration (2008): The Arctic States, "Law of the Sea," and Arctic Ocean*, in *SAIS Review of International Affairs*, 2013, p. 45.

⁶³ Canada, Denmark (through Greenland), Norway, Russia and United States.

⁶⁴ Finland, Iceland and Sweden.

⁶⁵ For the different approach of the five littoral States of the Arctic Ocean with regard the Arctic security issues in comparison with the approach of the other three Arctic States, see L. HEININEN, *State of the Arctic Strategies and Policies – A Summary*, in *Arctic Yearbook*, 2012, p. 2.

⁶⁶ See Speech by Minister Soini at the opening ceremony of Finland's Chairmanship of the Arctic Council, 6 June 2017, available at www.formin.fi.

⁶⁷ Opinion of the European Court of Justice (ECJ) No. 2/91 of 19 March 1993, *Convention N° 170 of the International Labour Organization concerning safety in the use of chemicals at work*, para. 5; Judgment of the ECJ of 12 February 2009, Case C-45/07, *Commission v. Greece*, para. 31; Judgment of the ECJ of 7 October 2014, Case C-399/12, *Germany v. Council*, para. 52. With regard to the duty of Member States to act in the EU's interest when negotiating and concluding international agreements falling within EU competences, see M. CREMONA, *Member States as Trustees of the Union Interest: Participating in International Agreements on Behalf of the European Union*, in A. ARNULL *et al.* (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 435; F. CASOLARI, *The Principle of Loyal Co-operation: A 'Master Key' for EU External Representa-*

fact, in such cases the Union should exercise its competences by adopting a position that is then represented externally by Member States acting as trustees of the Union.

What is more, the EU competences which might be engaged by the EU Arctic States' activity within Arctic-centred international fora are certainly significant. This is evident even by just looking at the Joint Communication of the European Commission and the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy of April 2016⁶⁸, according to which the EU's integrated Arctic policy should focus on three priorities: climate change and safeguarding the Arctic environment; sustainable development and use of resources and international cooperation on Arctic issues.

Moreover, the Foreign Affairs Council, in its Conclusions on the Arctic of 20 June 2016⁶⁹, also stressed the importance – from a foreign and security policy perspective – of reinforcing the EU's engagement in the Arctic. This view was confirmed in the European Union Global Strategy, which underlined that the EU has a strategic interest in the Arctic remaining a low-tension area, and that in order to contribute to this goal it will improve its action on climate change; environmental research; sustainable development; telecommunications; search and rescue; and through concrete cooperation with Arctic states, institutions, indigenous peoples and local communities⁷⁰.

The feeling is that such declarations of principle will have to be assessed in lights of the facts. With this investigation, we have highlighted some of the many activities EU institutions are involved in, when dealing with multifaceted Arctic security concerns. Among these activities, measures adopted to reduce or mitigate the effects of climate change play a primary role. These are measures which fall under environmental policy, but the relevance of other sector-crossing actions integrated into several different fields of EU competence must not be underestimated. In fact, taking into account EU competences on regional development, research, transportation, energy, civil protection⁷¹, the potential for the European Union to exert significant influence on security concerns in the Arctic is clear. By way of example, we mentioned the support the European Union gave to the adoption of the Polar Code by the IMO, or the express reference to the importance of Arctic waters in mitigating climate change in the framework of EU legislation adopted to prevent major accidents in offshore oil and gas operations. It should be considered that EU competences directly affect not only the EU Arctic States (Denmark, Finland and Sweden) but also Norway and Iceland through the Agreement on the European Economic Area (EEA) in so far as those competences are relevant for the development of the internal market. Cooperation with other Arctic countries which are

tion?, in S. BLOCKMANS, R. A. WESSEL (eds.), *Principles and Practices of EU External Representation*, CLEER Working Papers, No. 2012/5, p. 11, and in particular at p. 21 ff.; F. ERLBACHER, *Recent Case Law on External Competences of the European Union: How Member States Can Embrace Their Own Treaty*, CLEER Working Papers, No. 2017/2, and in particular at p. 21 ff.

⁶⁸ See *supra* at 7.

⁶⁹ See Council Conclusions on the Arctic, No. 10400/16, 20 June 2016.

⁷⁰ European External Action Service (EEAS), *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign And Security Policy*, June 2016, pp. 38-39, available at europa.eu.

⁷¹ See T. KOIVUROVA, K. KOKKO, S. DUYCK, N. SELLHEIM, A. STEPIEN, *The Present and Future Competence of the European Union in the Arctic*, in *Polar Record*, 2012, p. 361.

neither EU members nor parties to the EEA Agreement (Canada, Russia and United States) might appear more problematic, and depends to a great extent on more general political contingency. Relations between the EU and Russia have been strained since the Crimean crisis. Cooperation with the United States on environmental issues became complicated following the new climate policy introduced by the Trump administration. In contrast, the recent cooperation framework launched with Canada⁷² represents a positive step for developing the Arctic security discourse, and demonstrates that the EU, using the bargaining power that it acquired through its participation in so many international fora, may be able to influence non-EU Arctic States as well.

In any case, Arctic security issues are a common concern and should not be influenced by contingent factors. With that in mind, the European Union might assume a key role at international level as far as it will be able to balance the primary goal of the environmental protection of the Arctic with the concurrent opportunity to sustainably exploit its resources.

Abstract

EU, Climate Change and Arctic Security Matters

The effects of climate change and, in particular, global warming with the consequent ice melting, have underlined the strategic role of the Arctic region for the European Union. Easier access to raw materials and potential growth in intercontinental maritime traffic are some of the positive effects that climate change may imply. In parallel with such effects, climate change might produce several negative consequences in terms of security. The aim of this article is to assess whether EU action can be deemed suitable for responding to the challenges of climate change and, in particular, to their impact on Arctic security. Firstly, the impact of climate change on the Arctic is considered. Second, the impact of climate change on Arctic security issues is discussed. Then, what the EU has done, or can do to limit climate change and to address Arctic security is examined, while stressing the need for the EU to develop its Arctic policy through a careful and balanced approach.

⁷² See *supra* para. 5.

Gabriele Asta*

The *Chowdury* Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The identification of a situation of forced labour and human trafficking: the shortcomings in the Court's legal reasoning... – 3. ...and in its enquiry into the relevant notions. – 4. The Court's incomplete assessment of Greece's compliance with the positive obligations arising from the European Convention on Human Rights. – 5. Beyond the specific case: the impact on the seminal potential of the judgment brought about by the lack of clarity in the Court's legal reasoning.

1. On 30 March 2017 the First Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR or Court) delivered its judgment on the case of *Chowdury and Others v. Greece*, where it unanimously held that there had been a violation of Article 4(2) of the European Convention of Human Rights (ECHR or Convention)¹, namely the provision that prohibits forced labour. This ruling has been labelled as a “landmark” judgment², and it actually represents a valuable contribution under many aspects.

Certainly, it constitutes the favorable epilogue for the applicants, 42 undocumented Bangladeshi nationals who were recruited to pick strawberries on a farm in Manolada (Greece) and worked for several months in very poor conditions and under the control of armed guards. They were promised wages they never received and, when they asked for their money, one of the armed guards fired, seriously injur-

* Dottore di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani dell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹ ECtHR, *Chowdury and Others v. Greece*, No. 21884/15, 30 march 2017. The text of the judgment is available only in French.

² In this sense, see, for instance, H. SMITH, *Bangladeshi Fruit Pickers Shot at by Greek Farmers Win Human Rights Case*, in *The Guardian*, 30 March 2017 (available at www.theguardian.com); M. MAN-NAN, M. GKLIATI, *A Co-operative Way Out of Exploitation: Reflections on the Manolada Strawberries Case*, in *Leiden law blog*, 20 April 2017 (available at www.leidenlawblog.nl).

ing many of them³. Regrettably, those workers did not receive any adequate response before national tribunals and, more broadly, domestic authorities. In particular, the Greek Assize Court, by its judgment of 30 July 2014, convicted the armed guard and one of the employers for grievous bodily harm and unlawful use of firearms, but acquitted them of the charge of trafficking in human beings. Besides, their prison sentences were commuted to a financial penalty and they were ordered to pay 43 euro to each of the 35 workers who had been recognised as victims. After the public prosecutor at the Supreme Court dismissed the workers' request for appeal⁴, the victims went to the ECtHR, which conversely found that the applicants' situation was one of human trafficking and forced labour. The Strasbourg Court declared that Greece had failed to fulfill its positive obligations under Article 4 of the ECHR and ordered the Greek State to pay damages for a total amount of 588,000 euro⁵, one of the highest compensations ever awarded.

Moreover, the *Chowdury* judgment is an important addition to the still relatively limited Strasbourg case-law on Article 4 of the ECHR, especially as regards abuses committed by private actors⁶. In particular, it was the first time that the Court recognised the existence of forced labour detached from servitude, thus implementing the gradation model introduced in its earlier case-law in order to distinguish the abuses under Article 4 of the Convention (slavery, servitude and forced or compulsory labour). Besides, the Court acknowledged the existence of a relationship – an “intrinsic” one – between forced labour and human trafficking⁷.

Nonetheless, the judgment is not immune to some criticism. In particular, the ECtHR's confusion in defining the concepts of forced labour and human trafficking and in outlining the relationship between them was criticised⁸. Actually, it seems possible to identify a more general lack of clarity in the legal reasoning adopted by the Court. Similar shortages are to be found in the Court's assessment of Greece's compliance with its positive obligations under Article 4 of the ECHR. In addition, in that context the ECtHR focused its attention almost exclusively on human trafficking, without attributing due weight to the aspects specifically relating to forced labour. This approach resulted in what we believe was an incomplete evaluation of Greece's behaviour.

³ On this sad episode, see also H. SMITH, *Greece's Migrant Fruit Pickers: 'They Kept Firing. There Was Blood Everywhere'*, in *The Guardian*, 1 September 2014 (available at www.theguardian.com).

⁴ In particular, the part of the Assize Court's judgment dealing with human trafficking became “irrevocable” after the Greek prosecutor dismissed the workers' request for appeal, motivated on the ground that the charge of human trafficking had not been examined properly (see *Chowdury*, paras. 30-31).

⁵ The Court granted each of the applicants who had participated in the proceedings before the Assize Court 16,000 euro, and 12,000 euro to the other ones, in respect to both material and moral damages sustained, and applying the equity-principle as to calculate the amount (see *Chowdury*, paras. 130-134).

⁶ From a rapid survey of the case-law of the ECtHR, the *Chowdury* judgment is the eighth of this kind (for a detailed report see www.hudoc.echr.coe.int).

⁷ On those aspects, see *infra*, para. 2.

⁸ In this sense, see, in particular, D. RUSSO, *Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d'Europa: una riflessione a margine del caso Chowdury*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 835 ff., pp. 838-839; V. STOYANOVA, *Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR*, in *EJIL:Talk!*, 26 April 2017 (available at www.ejiltalk.org).

In view of the above, the article will first address the shortcomings in the Court's legal reasoning concerning the identification of a situation of forced labour and human trafficking. Secondly, the focus of the analysis will shift to the deficiencies in the Court's assessment of Greece's compliance with its positive obligations. Yet, the path chosen by the Strasbourg Court to address the relevant issues is likely to have repercussions *beyond* the specific case. In particular, despite the indisputable importance of the ruling both for the applicants and for its symbolic value, the lack of clarity in the Court's legal reasoning is likely to influence, in perspective, the seminal relevance of the judgment. Therefore, some concluding observations on the issue will be made.

2. With regard to the definition of the relevant legal framework, and its subsequent application, the *Chowdury* judgment is characterised by elements of both continuity and change in relation to the ECtHR's earlier case-law on Article 4 of the Convention⁹. As for the former, the Court placed itself within the jurisprudential line started with *Rantsev v. Cyprus and Russia*, reiterating that human trafficking falls within the material scope of Article 4 of the ECHR, although not expressly mentioned¹⁰. In particular, this jurisprudential extension has been motivated in the light of an evolutionary interpretation of the Convention¹¹, and it appears consistent with the increasing adoption at the international and European Union level of measures to combat it¹². Yet, this approach has been criticised¹³.

⁹ On Article 4 ECHR see G. MALINVERNI, *Article 4*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995, pp. 177-188; N. BOSCHIERO, *Articolo 4*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 87 ff.; C. TRIPODINA, *Articolo 4*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 89-106; W. SCHABAS, *Article 4. Prohibition of Slavery and Forced Labour*, in W. SCHABAS (ed.), *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, pp. 201-218.

¹⁰ See *Chowdury*, para. 93 (which refers to ECtHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, No. 25965/04, 7 January 2010, paras. 272-282). In particular, the Court concluded that human trafficking, within the meaning of Article 3(a) of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children ("Palermo Protocol") and Article 4(a) of the Council of Europe Convention on Actions against Trafficking in Human Beings ("CoE Anti-Trafficking Convention"), falls within the scope of Article 4 of the Convention.

¹¹ *Ibidem*.

¹² In addition to the already mentioned international treaties (see *supra*, note 10), in the European Union framework the more recent instrument is the Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting its Victims, which replaced Council Framework Decision 2002/629/JHA. Moreover, it should be recalled that Article 5(3) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union expressly prohibits human trafficking (on the issue, see H. ASKOLA, *Article 5 - Prohibition of Slavery and Forced Labour*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 101 ff.; A. GRATTERI, *Articolo 5 - Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 84 ff.). In any case, it has been demonstrated that the prohibition of human trafficking is a norm of customary international law (see F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in A. GIARDINA, F. LAT-TANZI (a cura di), *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2107 ff., p. 2131).

¹³ See, in particular, V. STOYANOVA, *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*,

As for the elements of change, the concurrent identification of *both* human trafficking *and* forced labour is rather peculiar¹⁴. From a survey on its case-law, it emerges that the Court qualified a situation as either forced labour and servitude¹⁵, or conversely as human trafficking¹⁶. In the case *C.N. and V.*, where the applicants alleged that they were victims of human trafficking, the ECtHR considered that *above all* the facts concerned activities related to forced labour and servitude, which are “legal concepts specifically provided for in the Convention”¹⁷, and therefore decided to dismiss the claim of human trafficking. Hence, in that context the Court seemed to express its will to engage alternatively with *either* human trafficking *or* the abuses enlisted in Article 4 of the ECHR.

In *Chowdury* the ECtHR went further, since it acknowledged the existence of a connection between forced labour and human trafficking, an *intrinsic relationship*, due to the fact that labour exploitation represents one of the forms of exploitation envisaged by the definition of human trafficking¹⁸. As is widely known, the generally accepted notion of human trafficking is an articulated one, which presupposes the coexistence of three elements: an action, a means and a purpose (*i.e.* exploitation)¹⁹. Therefore, from the abovementioned jurisprudential elements it seems possible to infer that the ECtHR conceives forced labour in two different ways: either *per se*, as a separate offense, or as one of the constitutive elements of human trafficking²⁰.

Yet, the Court did not expressly state which of the two options it actually applied in *Chowdury*. Although it is more likely that the ECtHR intended forced labour as

2012, pp. 163-194.

¹⁴ Namely, the Court concluded that “la situation des requérants relevait de l’article 4 §2 de la Convention au titre de la traite des êtres humains et du travail forcé” (see *Chowdury*, para. 101).

¹⁵ See for instance ECtHR, *Siliadin v. France*, No. 73316/01, 26 October 2005, paras. 120 and 129.

¹⁶ See *Rantsev*, para. 282. In particular, the Court, “[i]n view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions” considered it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complained constituted “slavery”, “servitude” or “forced and compulsory labour” (for a critique to the factual analysis of the Court in the case, see V. STOYANOVA, note 13 above, p. 165 ff.). See also ECtHR, *L.E. v. Greece*, No. 71545/12, 21 January 2016, para. 58.

¹⁷ See ECtHR, *C.N. and V. v. France*, No. 67724/09, 11 October 2012, para. 88.

¹⁸ See *Chowdury*, para. 93.

¹⁹ See *ivi*, para. 99. Article 3(a) of the Palermo Protocol defines human trafficking as the “the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs” (for a detailed explanation of the definition, see A. T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge, 2010, p. 25 ff.). Yet, the doctrine is divided on the requirement of a further element of the offense, which is to say its transnational character (in favour see J. C. HATHAWAY, *The Human Rights Quagmire of “Human Trafficking”*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008, pp. 1-59; *contra*, see A. T. GALLAGHER, *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, *ivi*, 2009, pp. 789-848; F. SALERNO, *Conclusioni*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta degli esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, pp. 119-126, pp. 121-122). In any case, this element is expressly excluded by the CoE Anti-Trafficking Convention (see Article 2).

²⁰ On the point, see also *infra*, para. 3.

an element of human trafficking²¹, this does not appear explicitly from the logical consequentiality in its legal reasoning. Under such a *rationale*, a coherent reasoning would have probably requested the Court to first assess the existence of a situation of forced labour, and then, if it was the case, verify if the other constitutive elements of human trafficking were fulfilled. In this sense, the *Chowdury* judgment is clearly lacking. By the same token, at the very end of its evaluation the Court should have recognised the sole existence of a situation of human trafficking, since in such a circumstance forced labour would lack any conceptual autonomy. Actually, the Court's reasoning seems to be somehow inconsistent as well. In fact, the ECtHR did not recognise a generic violation of Article 4 of the ECHR, as it did in its previous case-law dealing with human trafficking, but of its second paragraph, which refers specifically to forced labour²². Such a finding seems rather to suggest that the concept of human trafficking overlaps with that of forced labour²³, or that the latter absorbs it²⁴. In this regard, the Court engendered further confusion since it recognised that a series of positive obligations specifically linked to human trafficking is derived from Article 4(2) of the Convention²⁵.

3. Nevertheless, even assuming that the ECtHR chose to address forced labour as the motivating element of trafficking, it is possible to recognise a series of shortcomings in the identification of both forced labour and human trafficking. The Court noted laconically that the facts at issue, and particularly the applicants' working conditions, "clearly" showed a situation of human trafficking and forced labour²⁶. Yet, it would have been at least desirable for the Court to clarify how those facts amounted to the abovementioned legal concepts. More generally, even in this regard the *Chowdury* judgment combines elements of both continuity and rupture with the ECtHR's previous case-law.

As for the former, the Court confirmed the legal framework consolidated throughout its activity²⁷, which seems useful to briefly recall. In particular, in order to define forced labour, and in the absence of any guidance in the *travaux préparatoires* of the Convention, the Court has constantly relied on the definition contained

²¹ In this sense, the Court also noted that Greek tribunals examined the case "sous cette angle" (*Chowdury*, para. 93). See also para. 99. Besides, this seems to be somehow confirmed by the Court's approach to the assessment of Greece's compliance with its positive obligations under Article 4 of the ECHR (see *infra*, para. 4).

²² See *Chowdury*, para. 128.

²³ V. STOYANOVA, note 8 above, criticises this hypothesis.

²⁴ Yet, such a scenario seems to emerge, to some extent, from the relevant ILO documents (see, for instance, International Labour Office, *The Cost of Coercion. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Geneva, 2009, p. 7).

²⁵ On the point, see *infra*, para. 4.

²⁶ As the Court stated, "les fait de la cause, et *notamment* les conditions de travail des requérants (...) démontrent clairement qu'ils sont constitutifs de la traite des êtres humains et du travail forcé" (italic added; see *Chowdury*, para. 100). Besides, the Court also noted that the facts at issue fell into the definition of human trafficking pursuant to Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4 of the CoE Anti-Trafficking Convention.

²⁷ Actually, the Court evoked the general principles developed in its previous case-law concerning both human trafficking and forced labour under the label "applicability of Article 4(2) of the Convention" (see *Chowdury*, paras. 86-91).

in Article 2(1) of the ILO Convention No. 29 concerning Forced or Compulsory Labour, which describes it as “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”. At the same time, the Court acknowledged that the latter definition provides a “starting point” for interpretation of Article 4 and that sight should not be lost of the Convention’s special features, such as its nature of living instrument that has to be read in the light of the notion currently prevailing in European States²⁸.

Therefore, in its case-law the ECtHR further elaborated on the two conditions that have to be fulfilled so as to conclude that the situation is one of forced labour, which is to say that the work is obtained under the menace of any penalty and performed against the will of the person concerned²⁹. The Court interpreted the notion of “penalty” in a rather flexible way, expanding its scope to include physical violence or restraint, as well as subtler forms of a psychological nature, such as the threat to denounce the worker to the police or immigration authorities when its employment status is illegal³⁰. Besides, in *Siliadin* the Court further focused on the psychological aspect, acknowledging the possibility of equivalent situations to the existence of an actual menace, due to the *perception* of the seriousness of a threat³¹. As for the criterion of the overriding of the victim’s will, the ECtHR ascribed only relative weight to the applicant’s prior consent to the task required³². On the contrary, it took into account “all the circumstances of the case”³³. More specifically, the type and amount of work involved are among the factors that the Court took into consideration³⁴. Accordingly, in the case of *Van der Mussele*, which concerned a lawyer-in-training who had been required to defend indigent clients free of charge

²⁸ See ECtHR, *Van der Mussele v. Belgium*, No. 8919/80, 23 November 1983, para. 32.

²⁹ In *Van der Mussele* the Court discarded the somehow divergent position upheld by the then European Commission on Human Rights, which required that not only must the labour be performed by the person against his or her will, but either the obligation to carry it out must be “unjust” or “oppressive” or its performance must constitute “an avoidable hardship”, in other words be “needlessly distressing” or “somewhat harassing” (para. 37).

³⁰ See *C.N. and V. v. France*, para. 77 (in the passage, the Court relied on the Report “The Cost of Coercion”, adopted by the International Labour Conference in 1999, although a more recent one had been published in 2009).

³¹ In that case, although the applicant was not in fact threatened by a “penalty”, the Court held that she was nonetheless in an “equivalent situation” in terms of perceived seriousness of the threat, since she was an adolescent girl in a foreign country, unlawfully present on French territory and in fear of arrest by the police (*Siliadin*, para. 118). In particular, it has to be noted that the ECtHR highlighted the young age of the applicant (“(...) the Court considers that the first criterion was met, especially since the applicant was a minor at the relevant time, a point which the Court emphasises”: see *ibidem*).

³² See *Van der Mussele*, paras. 36-37; *Graziani-Weiss v. Austria*, No. 31950/06, 18 October 2011, para. 40. Even though the element of consent is not decisive in evaluating the existence of a situation of forced labour, the Court nonetheless attributes a – not well defined – role to it. Conversely, the consent of a victim of human trafficking is *irrelevant* when the means element is fulfilled (see, in particular, Article 3(b) of the Palermo Protocol; Article 4(b) of the CoE Anti-Trafficking Convention). Yet, even in the context of human trafficking the question of consent is a thorny one (on the issue see, more broadly, UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The Role of ‘Consent’ in the Trafficking in Persons Protocol*, Vienna, 2014; J. ELLIOTT, *The Role of Consent in Human Trafficking*, London, 2015).

³³ See *Van der Mussele*, paras. 36-37.

³⁴ As the Court stated, “[t]hese factors help distinguish between ‘forced labour’ and a helping hand which can reasonably be expected of other family members or people sharing accommodation” (*C.N. and V. v. France*, para. 74)

as an officially appointed attorney, the Court developed the notion of “disproportionate burden” to properly determine whether the situation *sub examine* fell within the prohibition of forced labour³⁵. Actually, this concept lends itself to two different interpretations, fueled by the somehow cryptic ECtHR’s case-law. On the one hand, it seems to call into question the idea of *proportionality*, in the sense that the service required has to be somewhat balanced by the advantages of the profession concerned³⁶. On the other, the notion could be linked to the mere entity of the work required, detached from any logic of compensation³⁷.

In the same way, the Court reaffirmed the gradation model previously adopted in order to sort the practices of forced labour, servitude and slavery, placing the three concepts in a continuum of severity³⁸. To be precise, the progression has been made explicit between forced labour and servitude, the latter being a special type of forced or compulsory labour, or, in other words, an “aggravated” one³⁹. In particular, the fundamental feature distinguishing servitude from forced labour lies in the victim’s feeling that his or her condition is permanent and that the situation is unlikely to change (a “psychological” element)⁴⁰. In *Chowdury*, the Court not only reaffirmed the gradation model, but also implemented it. In fact, focusing on the

³⁵ See *Van der Mussele*, para. 37.

³⁶ As the Court stated, if the service required in order to gain access to a given profession – e.g. lawyer – imposes a burden which is excessive or disproportionate to the advantages attached to the future exercise of that profession, the previous consent of the individual is no more sufficient, and “the service could not be treated as having been voluntarily accepted beforehand” (*ibidem*). In this regard, the ECtHR noted that “the state of affairs complained of undoubtedly caused Mr. Van der Mussele some prejudice by reason of the lack of remuneration and of reimbursement of expenses, but that prejudice went hand in hand with advantages (...) and has not been shown to be excessive” (para. 40).

³⁷ Taking into consideration the standards for evaluating whether a service fell into the prohibition of forced labour, the ECtHR distinguished the compensatory benefits of the relative profession, such as “the exclusive right of audience and of representation enjoyed by avocats in Belgium as in several other countries” and the fact that “the services in question contributed to the applicant’s professional training”, from the assessment concerning the (dis)proportionality of the burden (*ivi*, para 39); similarly, see *Graziani-Weiss*, paras. 38 and 41.

³⁸ See *Chowdury*, para. 99. On the point, see also V. STOYANOVA, note 13 above, pp. 181-182.

³⁹ See, especially, *C.N. and V.*, para. 91. Besides, in *Siliadin* this approach also reflected on the logical reasoning of the Court. Although, in fact, the Court ascertained the existence of both forced labour and servitude, it did not recognise them simultaneously, but rather engaged in a progressive assessment, first verifying if a situation was one of forced labour and then evaluating if it amounted to servitude (see *Siliadin*, paras. 120-121). In regard to the relationship between servitude and slavery, the Court acknowledged the link existing between them, but without any further elaboration (para. 89). It has nonetheless been observed that the gradation between those two concepts could be inferred implicitly from the judgment, since a “reduction of somebody to the status of object” is graver than an “obligation to provide one’s services that is imposed by the use of coercion” (see V. STOYANOVA, note 13 above).

⁴⁰ See *C.N. and V. v. France*, para. 91; *Chowdury*, para. 99. The Court defined servitude, for Convention purposes, as a “particularly serious form of denial of liberty”, which involves “an obligation to provide one’s services that is imposed by the use of coercion” (see *C.N. and V. v. France*, para. 89). It has to be reminded that, in the *Van Droogenbroeck* case, the then European Commission of Human Rights framed the notion of servitude in a slightly different way, considering that the notion of servitude embraced also the obligation for the ‘serf’ to live on another person’s property and the – objective – impossibility of altering his condition.

lack of the psychological element, the Court excluded that the situation was a case of servitude, since the applicants were seasonal workers⁴¹.

Yet, there seems to be a hiatus in the Court's reasoning. Although, in fact, the Court recalled the principles laid down in its previous jurisprudence on forced labour, it is unclear if and how it actually applied them in the present case in order to assess whether the situation amounted to forced labour⁴². Firstly, the content of the penalty to which the applicants were subjected to is uncertain. To be precise, it is doubtful whether it was a physical or psychological threat⁴³, such as the menace of being reported to the police because of illegal status, and if it was an actual threat or rather *perceived*⁴⁴. A similar lack of clarity is to be found in the context of the evaluation of the second element of the definition of forced labour, namely if the work was performed voluntarily. Even though the Court acknowledged the relative weight of the prior consent of the applicant in that respect, and the need to consider all the circumstances of the case⁴⁵, it is problematic to identify the factors that led it to decide that the applicants were required to work against their will.

Differently from its previous jurisprudence, in which the ECtHR focused, as noted above, on the type and the amount of work involved, in the present case it highlighted – also – other factors. In particular, the Court emphasised the vulnerability of the applicants⁴⁶, which it seemed to link to the fact that they were irregular migrants without resources⁴⁷, or their harsh working conditions⁴⁸. Yet, it is practically impossible to evaluate their specific relevance in the Court's assessment.

Besides, it is doubtful whether the notion of “disproportionate burden” had any significance in it. Although, in fact, the ECtHR quoted it⁴⁹, nowhere in the judgment it engaged with the evaluation of the (dis)proportionality of the work⁵⁰. Therefore, it seems that the Court did not apply the “disproportionate burden” test to the present case⁵¹. A plausible reason lies in the fact that the Court deemed the burden manifestly disproportionate.

⁴¹ Therefore, their condition was temporary (see *Chowdury*, para. 99). For instance, in *C.N. and V. v. France*, the Court conversely considered that one of the two applicants had the feeling that her condition was permanent and could not change “especially as it lasted four years” (para. 92).

⁴² Moreover, the Court normally began its assessment with expressions such as “[i]t remains to be ascertained whether there was ‘forced or compulsory’ labour” (see *Van der Mussele*, para. 34; *Siliadin*, para. 117) or “[t]he Court will first examine whether the applicants were subjected to forced or compulsory labour” (*C.N. and V.*, para. 70). None of those expressions was used in *Chowdury*.

⁴³ In this sense, in a passage of the judgment, the Court acknowledged that the accused “s’imposaient par des menaces et les armes qu’ils portaient sur eux” (*Chowdury*, para. 98).

⁴⁴ Namely, whether the employers actually threatened the applicants, or if the latter merely perceived the menace as a result of their irregular condition, their situation of vulnerability. In other words, it is unclear if the Court intended to extend the notion of “equivalent situation” coined in *Siliadin* to the present case (see *supra*, note 31 and the accompanying text).

⁴⁵ See *Chowdury*, para. 97.

⁴⁶ *Ivi*, para. 96.

⁴⁷ In particular, it seems that the Court recognised the situation of the applicants as one of vulnerability since they were irregular migrants without resources (*ivi*, para. 97).

⁴⁸ *Ivi*, paras. 94 and 98.

⁴⁹ *Ivi*, para. 91.

⁵⁰ On the contrary, see *Van der Mussele*, paras. 39-40; *Graziani-Weiss*, para. 40.

⁵¹ Conversely, V. STOYANOVA, note 8 above, argues that the Court applied the ‘disproportionate burden’ test to the circumstances of the case. In particular, although the Court did not explicitly clarify in

Yet, it could be possible to imagine a different solution. Namely, one could wonder whether the test only applies in the case of a valid consent, in order to evaluate if the latter covers the services concerned⁵². However, we can only suppose it, since the Court did not speculate on this aspect. Moreover, although the ECtHR recognised that the question of the validity of the consent had to be evaluated in the light of the factual context⁵³, it did not truly focus on the issue. Nonetheless, it seems that in the present case the very validity of the consent given by the applicants is at least questionable. In this connection, it would have proven interesting to figure out whether the condition of vulnerability of the applicants somehow vitiated their consent⁵⁴. In any case, even assuming that the prior consent was genuine, the situation changed throughout the time because of the behaviour of the employers, which substantially influenced – even prevented – the possibility of revoking it. In particular, not only the employers imposed themselves by means of the menace of the use of force⁵⁵, but they threatened the workers that they would have received their wages only if they had continued to work. The effect of this form of constraint on the termination of employment was undoubtedly amplified by the condition of vulnerability of the applicants⁵⁶. Still, as mentioned above, the *Chowdury* judgment is silent on the point. More generally, the Court's argumentations with regard to both elements of the definition of forced labour remain somehow hidden, whereas they should have emerged in a much clearer way throughout the judgment.

The same holds true for the evaluation of the fulfillment of the constitutive elements of human trafficking. In particular, the uncertainties concern both the action and the means element⁵⁷. As for the former, nowhere in the judgment did the Court explain whether it deemed that the applicants were recruited, harboured or received. In particular, it is impossible to understand if the Court endorsed a broad interpretation of the notions of harbouring and reception so as to include within the definition of human trafficking not only the process but also the end situation of it (*i.e.* exploitation), as part of the doctrine seems to suggest⁵⁸. As regards the latter,

the text of the judgment when it applied the test to the facts, the burden was disproportionate because of the severe forms of exploitation that the migrants were subjected to. For a somewhat similar view, see E. CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 516-522, p. 518.

⁵² In this sense, the necessity of assessing *in concreto* whether the consent covers what the applicant initially agreed to *in abstracto* (*i.e.*, a “legal régime of a general character”) seems to emerge from *Van der Mussele* (paras. 36-37).

⁵³ *Ivi*, para. 90.

⁵⁴ As is well known, the issue is far from settled in legal doctrine (*inter alios*, see S. V. JONES, *Human Trafficking Victim Identification: Should Consent Matter?*, in *Indiana Law Review*, 2012, p. 483 ff., pp. 507-510; for some interesting observation on the issue, see also N. BOSCHIERO, *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie o nuove forme di schiavitù nell'era della 'private economy'?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 344 ff., pp. 350-351). In this connection, the Court was somehow cryptic in its reasoning, since it did not refer to the mere condition of vulnerability but to the *abuse* of such a situation by the employers (see *Chowdury*, para. 96).

⁵⁵ See *Chowdury*, para. 98.

⁵⁶ The Court seemed to uphold a similar stance (*Chowdury*, para. 95; but see the different position of the Assize Court of Patras on the issue, paras. 24-28, especially para. 26).

⁵⁷ On the definition of human trafficking, see *supra*, note 19.

⁵⁸ In this sense, see A. T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, Oxford, 2010, p. 30 *et passim*; *contra*, see V. STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual*

it is unclear whether the ECtHR considered the means element fulfilled by virtue of the fact that the action (recruitment, harbouring or reception) occurred through the abuse of a position of vulnerability of the applicants⁵⁹, or otherwise. Although, in fact, the Strasbourg Court emphasised their situation of vulnerability, it did not recognise explicitly that the employers took advantage of it as to exploit them.

4. In addition, it seems possible to detect several shortcomings in the part of the judgment dealing with the assessment on Greece's compliance with its positive obligations under Article 4 of the Convention⁶⁰. As will appear more clearly hereinafter, some factors influenced the outcome of the judgment significantly. Firstly, the Court's evaluation focused almost exclusively on human trafficking⁶¹. In other words, the ECtHR relied on the notion of human trafficking as a benchmark to verify the State's behaviour concerning positive obligations. In addition, the Court expressly stated that the positive obligations aimed at contrasting human

Limits and States' Positive Obligations in European Law, Cambridge, 2017, p. 33 ff.

⁵⁹ The Explanatory Report to the CoE Trafficking Convention defines the notion of vulnerability in a rather inclusive sense (“[t]he vulnerability may be of any kind, whether physical, psychological, emotional, family-related, social or economic. The situation might, for example, involve insecurity or illegality of the victim's administrative status, economic dependence or fragile health. In short, the situation can be any state of hardship in which a human being is impelled to accept being exploited”- see Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, para. 83). Besides, “[b]y abuse of a position of vulnerability is meant abuse of any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative to submitting to the abuse” (*ibidem*). Yet, it is far from clear how to interpret the “real and acceptable alternative” concept (on the issue, see G. NOLL, *The Insecurity of Trafficking in International Law*, in V. CHETAİL (ed.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruxelles, 2007, pp. 343-361, spec. pp. 350-351).

⁶⁰ As is widely known, throughout its case-law the ECtHR has progressively inferred a series of positive obligations upon States stemming from a number of provisions of the ECHR (on the topic, see generally F. SUDRE, *Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384; F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004; R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, 2008, p. 174 ff.; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London, 2012; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2016). With specific regard to Article 4 of the ECHR, the Court recognised the State's duty to adopt an appropriate legal and administrative framework, to take protective operational measures and to conduct effective criminal investigations and judicial proceedings (on the topic, see, among others, H. CULLEN, *Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 585-592; V. STOYANOVA, *L.E. v. Greece: Human Trafficking and the Scope of States' Positive Obligations under the ECHR*, in *Social Science Research Network*, May 2016, p. 1 ff. (available at www.ssrn.com); the article is also published in *European Human Rights Law Review*, 2016, pp. 290-300. Yet, it should be noted that those positive obligations are quite different in kind. Whereas, in fact, the former is an obligation of result, the latter are due diligence ones (on this distinction, and on the related consequences, see extensively R. PISILLO MAZZESCHI, *supra* in this note, p. 282 ff. *et passim*).

⁶¹ The only reference to forced labour in the part of the judgment concerning positive obligations is to be found in the section *iii* (“Effectivité de l'enquête et de la procédure judiciaire”), but in any case always associated to human trafficking.

trafficking have to be interpreted in the light of the Council of Europe (CoE) Anti-Trafficking Convention, as in turn interpreted by the Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA)⁶². Although this approach could be deemed consistent with the – alleged – decision of the Court to consider forced labour as the purpose element of human trafficking, one could nonetheless wonder whether, in the light of the specificities of the present case, this perspective is insufficient. Moreover, it is possible to detect some inconsistencies in a few passages of the judgment. In particular, the conclusive one appears quite puzzling, where the Court found Greece in breach of Article 4(2) of the ECHR, which notoriously regulates forced labour, but for having failed to fulfill its positive obligations concerning human trafficking⁶³. More generally, even in this context the Court’s legal reasoning appears to be characterised by a lack of clarity.

As far as the specific positive obligations are concerned, the Court found a violation of Greece’s duty to adopt adequate operational measures in order to prevent human trafficking and to protect the applicants⁶⁴. In so doing, the ECtHR implemented a less demanding version of the so-called ‘*Osman test*’⁶⁵, applied for the first time in *Rantsev*. In particular, the ECtHR deemed sufficient that national authorities knew or ought to have known of “circumstances giving rise to a credible

⁶² See *Chowdury*, para. 104. In particular, the Court stated that positive obligations under Article 4 of the ECHR must be interpreted in the light of the CoE Anti-Trafficking Convention and require, in addition to the adoption of measures of prevention, protection of victims and investigation, the criminalization and effective punishment of any act aimed at maintaining a person “dans ce genre de situation”. V. STOYANOVA, *Chowdury and Others v. Greece: Further Integration of the Positive Obligations under Article 4 of the ECHR and the CoE Convention on Action against Human Trafficking*, in *Strasbourg Observers*, 28 April 2017 (available at www.strasbourgobservers.com), argues that the latter passage could be read as recognising that all positive obligations imposed by Article 4 of the ECHR have to be interpreted in the light of that CoE Anti-Trafficking Convention, irrespective of the legal qualification of the circumstances as human trafficking or otherwise. Yet, it is unclear if the expression “in such situation” refers to human trafficking (as the combined interpretation with para. 103 of the judgment would suggest) or to the whole range of situations encompassed under Article 4 of the ECHR.

⁶³ Namely, to prevent the human trafficking situation under complaint, to protect the victims, to conduct an effective investigation into the offence and to punish those responsible for the trafficking (see *Chowdury*, para. 128).

⁶⁴ See *Chowdury*, para. 115.

⁶⁵ As widely known, the test was established in *Osman v. the United Kingdom*, a case concerning the alleged violation of the right to life, in order to verify if the State had fulfilled its positive obligations to take protective measures as to prevent violations of that right by private actors. Specifically, to determine a violation of the State’s duty to prevent, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual, and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see ECtHR, *Osman v. the United Kingdom*, No. 87/1997/871/1083, 28 October 1998, para. 116; on the issue, see B. CONFORTI, *Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2003, p. 3 ff.; D. XENOS, note 60 above, pp. 82-91; for some critical remarks, see F. C. EBERT, R. I. SINIENSKY, *Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 343-368). The Court has later extended the field of application of the test beyond Article 2 of the ECHR, such as cases concerning inhuman and degrading treatments (Article 3 of the ECHR) or, for our purposes, cases falling under Article 4 of the Convention (namely, human trafficking).

suspicion that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being, trafficked or exploited”⁶⁶. As the Court recognised in *Chowdury*, Greek authorities were aware of the situation in the strawberry plantations in Manolada well before the armed assault of 17 April 2013. To that end, the ECtHR recalled a variety of sources of information, namely press articles⁶⁷, a report of the Greek Ombudsman’s Office⁶⁸, and a direct complaint from some people working for the applicants’ employers⁶⁹.

Yet, the Court did not determine the exact moment when the positive obligation to take operative measures was triggered, that is when national authorities were – or ought to have been – aware of circumstances giving rise to a credible suspicion that the applicants were at real and immediate risk of being trafficked or exploited. Notably, one may wonder whether the obligations arose once the article which drew the attention of the wider public to the situation in the Manolada strawberry plantations appeared in press, or even before⁷⁰, if after the Ombudsman’s Office published its report, or at a later time.

Moreover, the Court did not indicate explicitly the operative measures that Greece failed to take. Conversely, it referred generically to a series of measures required under the CoE Anti-Trafficking Convention⁷¹, without specifying which ones would have been reasonably able to remove the individuals from the situation of trafficking or the relative risk⁷², as it occasionally did in its previous case-law⁷³. Yet, it is necessary to recall that the *Osman* test, as restated in *Rantsev* and *L.E.*, requires the State to adopt measures which do not impose an impossible or disproportionate burden on national authorities, bearing in mind the difficulties involved in modern societies and the operational choices which must be made in terms of pri-

⁶⁶ See *Rantsev*, para. 286. On the point, see also V. STOYANOVA, note 13 above, pp. 192-194.

⁶⁷ The first article appeared on Greek press during spring 2008 (see *Chowdury*, para. 55).

⁶⁸ In its Report of 22 April 2008, which had been triggered by press articles, the Ombudsman’s Office alerted several ministers and State bodies, recommending the adoption of a series of measures (see *Chowdury*, paras. 48-52). Besides, parliamentary debates took place on that subject and three ministers ordered inspections and the drafting of legislative texts aiming at improving the migrants’ situation, though this mobilisation did not lead to any satisfactory results (*ivi*, paras. 111-113).

⁶⁹ As regards the specific applicants’ situation, the Amaliada police station was aware of the employers’s refusal to pay the applicants’ wages one or two days before the attack of 17 April 2013 (*ivi*, para. 114).

⁷⁰ In particular, it is necessary to point out that the CoE Anti-Trafficking Convention requires the State to take a proactive approach in investigating the situation and in identifying the victims of human trafficking (on this aspect, see V. STOYANOVA, note 60 above, p. 14).

⁷¹ *Chowdury*, para. 110. In particular, the Court referred to a series of preventive measures (which include measures to strengthen cooperation at the domestic level between anti-trafficking bodies and to discourage demand for all forms of exploitation of persons, including border controls to detect trafficking) and protective ones (which comprehend those aimed at facilitating the identification of victims by trained officials and assisting victims in their physical, psychological and social recovery).

⁷² As the Court expressly stated, this is the *rationale* of the adoption of protective operational measures (in this sense, see *Rantsev*, para. 286; *L.E.*, para. 66).

⁷³ For instance, in *L.E.* the Court considered that the delay of Greek authorities in recognising the applicant’s victim status resulted in a substantial shortcoming in the operational measures that the authorities could have taken (see *L.E.*, para. 78; for a critique of the Court’s reasoning as regards the lack of evaluation of the proximity between the delay and the exposure to, or risk of exposure to, human trafficking, see V. STOYANOVA, note 60 above, p. 20).

orities and resources⁷⁴. In this regard, it is noteworthy that in *Chowdury* the ECtHR made no mention of this limb of the *Osman* test⁷⁵. Therefore, one could only *suppose* that the Court deemed the whole cluster of measures evoked as both suitable and reasonable to remove the individuals from the harmful situation.

Furthermore, the ECtHR held that there had been a violation of Greece's procedural obligation to carry out effective investigation and judicial proceedings on the situation of human trafficking and forced labour complained of by the applicants⁷⁶. In particular, as regards the failures identified in the legal proceedings, the Court focused its attention, among other aspects, on the restrictive – *rectius*, incorrect – interpretation of the notion of human trafficking adopted by the Greek Assize Court, according to which it was necessary that the workers suffered an absolute impossibility to protect themselves and their freedom of movement to be compromised⁷⁷. Contrariwise, the ECtHR stated that a restriction on freedom of movement is not a *conditio sine qua non* in order to classify a situation as forced labour *or even* human trafficking⁷⁸, but it was rather an element of the notion of servitude⁷⁹. In particular, the Strasbourg Court asserted that the Greek Assize Court did not interpret national criminal provisions (namely, Article 323A of the Greek Penal Code) in accordance with relevant international law⁸⁰. In summary, the ECtHR found the main reason that led the Patras Court to discharge the accused from that allegation in the restrictive interpretation of the notion of human trafficking. Although the influence of the interpretation adopted by the Assize Court on what the ECtHR deemed to be deficient

⁷⁴ See *Osman*, para. 116; *Rantsev*, para. 287; *L.E. v. Greece*, para. 67.

⁷⁵ For *V. STOYANOVA*, note 62 above, this appears to imply that the measures to prevent and protect demanded by the CoE Anti-Trafficking Convention cannot be considered as imposing a disproportionate burden.

⁷⁶ Namely, the Court found such a failure both with regard to the applicants who did not take part in the procedure before the Patras Assize Court (ineffective investigation: see *Chowdury*, para. 122) and to those who did (ineffective investigation and judicial proceedings) (*ivi*, para. 127).

⁷⁷ *Chowdury*, para. 123 (quoting paras. 26-27). Actually, from the *résumé* of the salient points of the Assize Court's judgment made by the ECtHR it seems that the Greek Tribunal adopted a peculiar interpretation of the notion of vulnerability (situation of absolute weakness of the victim preventing the victim from protecting himself or herself), and of exploitation of that situation (a dominance of employers on workers leading to the exclusion of the latter from the outside world).

⁷⁸ See *Chowdury*, para. 123 (“ou même”, in the official French version). The use of the adverb “or” and the disjunctive conjunction “even” seems to suggest a distinction between the two offenses. Yet, the ECtHR is not immune from some inconsistencies in its definition of the notion of human trafficking. In particular, in *Rantsev* the Court stated that “trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership”. This definition has been criticised for equating slavery and human trafficking (see J. ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, 2010, pp. 546-557).

⁷⁹ *Ibidem*. Actually, it has to be noted that “restriction of movement of the worker” appears as one of the six indicators identified by the ILO that point to a situation of forced labour (see ILO, *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*, Geneva, 2005, p. 20), and which the ECtHR quoted in *C.N.* (para. 35), but not in *Chowdury*.

⁸⁰ See *Chowdury*, para. 100. Article 323A of the Greek Penal Code prohibits trafficking in human beings, and was adopted to give effect to the then EU Framework Decision 2002/629. As far as international conventions are concerned, the ECtHR acknowledged that Greece had ratified the main international treaties on slavery, forced labour and human trafficking (*ivi*, para. 106).

judicial proceedings should not be underestimated, one could argue whether the lack of effectiveness was also due to a lacuna in the domestic legislative framework.

On the contrary, the Strasbourg Court did not find that Greece failed to fulfill its positive obligation to put an adequate regulatory framework in place. To be precise, the ECtHR was satisfied that it essentially (“pour l’essentiel”) complied with its obligation to set up a legislative framework which combats human trafficking⁸¹. In particular, the Court did not attribute a decisive relevance to the lack in the Greek Penal Code of specific provisions criminalising forced labour. Although, in fact, the ECtHR expressly acknowledged such an absence, nonetheless it deemed the Greek system sufficiently protective as regards human trafficking⁸². One could assume that the Court considered it unnecessary – in this case – to have domestic criminal provisions on forced labour (*i.e.* specific labelling). Yet, in the absence of any clear explanation on the point, it appears useful to try to read the *Chowdury* judgment through the prism of the – somewhat cryptic – Court’s previous case-law on the issue.

In this respect, if, on the one hand, the ECtHR recognised the State’s duty to criminalise all the abuses falling within the material scope of Article 4 of the ECHR⁸³, on the other hand it is uncertain whether it requires States to ensure a precise level of specificity of domestic criminal law, in particular whether it deems necessary the adoption of the specific criminal law labels of slavery, servitude and forced labour⁸⁴. It seems, in fact, that the ECtHR paid peculiar attention to the adequateness of domestic criminal provisions as to afford practical and effective protection to the victim from the offenses prohibited under Article 4 of the ECHR rather than to their specific labelling *per se*⁸⁵. Besides, the ECtHR focused on the

⁸¹ See *Chowdury*, para. 109.

⁸² *Ivi*, para. 107. The Court noted, in fact, that despite this lack in the Greek Penal Code, “en revanche” Law No. 3064/2002 transposing the EU Framework Decision 2002/629 into the Greek domestic order, even though it was not targeted to forced labour or servitude, it introduced a regulatory framework aimed at fighting human trafficking.

⁸³ This duty could be seen as a specific aspect of the more general obligation to put an effective regulatory framework in place (more generally, on the topic see L. LAVRYSEN, *Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect the ECHR Rights*, in E. BREMS, Y. HAECK, *Human Rights and Civil Rights in the 21st Century*, Dordrecht, 2014, pp. 69-129). In particular, the ECtHR stated that “(...) States have positive obligations, in the same way as under Article 3 for example, to adopt criminal-law provisions which penalise the practices referred to in Article 4 and to apply them in practice (*Siliadin*, para. 89). Besides, in *Rantsev* the Court recognised that, with regard to human trafficking, State’s positive obligations encompassed not only the obligation to put a legislative and administrative framework to penalise and prosecute trafficking in place, but also a broader “spectrum of safeguards” (paras. 284-285).

⁸⁴ For M. ERIKSSON, *The Prevention of Human Trafficking: Regulating Domestic Criminal Legislation through the European Convention on Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2013, p. 339 ff., p. 352, States can decide how to frame domestic criminal law provisions, as long as they are equally broad and clear in their interpretations; conversely, V. STOYANOVA, *Article 4 of the ECHR and the Obligation of Criminalising Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, p. 426 ff., argues that States have an *implicit* duty to adopt specific labels in their domestic law.

⁸⁵ In other words, in many occasions the Court arrived at the conclusion that the criminal law in force was inadequate to ensure effective protection to the applicant not for the lack of specific legislation criminalising the abuses under Article 4 of the Convention *tout court*, but because the relevant provisions were not sufficiently specific and wide enough to afford it *in concreto* (in this sense, see *Siliadin*, para. 148; *C.N. and V.*, para. 106; *C.N.*, para. 77). For instance, in *Siliadin* the Court noted

margin of interpretation that the wording of those provisions left to domestic courts, which do not have to be excessively broad⁸⁶. In particular, it looks like the Court considered specific labelling as necessary only where essential to secure effective protection to the alleged victims. In this sense, in *C.N.* the ECtHR found that the investigation into the applicant's complaints had been ineffective due to the absence of specific provisions penalising domestic servitude, being it "a specific offense, distinct from trafficking and exploitation, which involves a complex set of dynamics involving both overt and more subtle forms of coercion to force compliance"⁸⁷. In other words, the lack of specific legislation criminalising domestic servitude made national authorities unable to give due weight to the said elements.

Conversely, this does not seem the case in *Choudury*. Yet, one could wonder whether in the present case the need to have specific wording for domestic criminal provisions concerning forced labour was deemed less urgent because the Court – apparently – considered it not *per se* but as the purpose aspect of human trafficking. By the same token, the latter premise might have led the ECtHR to consider Greek legislation on human trafficking sufficiently effective so as to cover forced labour. On the contrary, it is far from clear how the Court could have replied if it considered forced labour as a specific abuse. In fact, it must be recalled that, in order for an offense of forced labour to take place, it is not necessary that all the constitutive elements of human trafficking have to be met⁸⁸.

In any case, one could wonder if the Greek legal framework was truly effective. Firstly, it could be possible to raise doubts as to whether human trafficking was defined in a sufficiently clear way at the domestic level in order to afford concrete protection to the applicants⁸⁹. As mentioned earlier, in its case-law the ECtHR assigned importance to the margin of *manoeuvre* left by domestic criminal provisions to national authorities' interpretation⁹⁰. In this regard, it seems at least possible to wonder whether the restrictive interpretation of the notion of human trafficking adopted by the Greek Assize Court could be attributed to the way domestic provisions are framed⁹¹.

that Articles 225-13 and 225-14 of the French Criminal Code did not deal specifically with the rights guaranteed under Article 4 of the Convention, but concerned, in a much more restrictive way, exploitation through labour and subjection to working and living conditions that are incompatible with human dignity. Therefore, the ECtHR recognised the need to determine whether, in that case, those Articles provided effective penalties for the conduct to which the applicant had been subjected (para. 142). Similarly, see *C.N.*, paras. 74-76.

⁸⁶ In *Siliadin* the Court acknowledged that the national provisions concerned were open to very differing interpretations from one national court to the other. This aspect represented one of the elements that led the ECtHR to hold that the criminal law framework in force at the time did not afford the applicant practical and effective protection against the actions of which she was a victim (see *Siliadin*, para. 147; similarly, see *C.N. and V.*, para. 106).

⁸⁷ See ECtHR, *C.N. v. the United Kingdom*, No. 4239/08, 13 November 2012, paras. 80-81.

⁸⁸ On the point, see V. STOYANOVA, note 84 above, pp. 429-430.

⁸⁹ In this regard, it has been argued that the State's obligation under Article 4 of the ECHR is not limited to the mere reproduction of criminal offenses in the national legislation (in this case, the international law definition of human trafficking), but it also encompasses specific duties as to the quality of national criminal law (see V. STOYANOVA, note 84 above, p. 430 ff.). In turn, this is somehow due to the peculiarity characterising national criminal law as regards its purposes and interpretation techniques (p. 415 ff.).

⁹⁰ See *Siliadin*, para. 147. Similarly, see *C.N. and V.*, para. 106.

⁹¹ Besides, it seems possible to detect a discrepancy with the interpretation of the notion of human trafficking provided by the Supreme Civil and Criminal Court of Greece. In particular, the Supreme

Moreover, as the Court expressly recalled, in assessing whether a violation of Article 4 of the Convention occurred, the relevant legal and regulatory framework has to be considered⁹². Still, it does not seem that, in the light of the specificities of the case, the ECtHR gave due weight to the aspects dealing with forced labour. For instance, the Court did not even take into consideration the importance of transposing the EU Directive 2009/52/EC providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals into the Greek system (Employers Sanctions Directive).

More generally, the Court's almost exclusive emphasis on human trafficking throughout its analysis somehow concealed the importance of providing specific measures for tackling forced labour⁹³. For instance, in its previous case-law the ECtHR acknowledged the – alleged – deterrent effect of criminal provisions⁹⁴. Apart from the issue of criminalisation⁹⁵, the importance of labour law as an essential part of an effective legal framework, especially in terms of prevention, should not be underestimated⁹⁶. With specific regard to the *Chowdury* case, the Court completely ignored the possibility of investigating into the existence and, above all, effectiveness of labour law provisions. Yet, the situation was undoubtedly exacerbated by Greece's failure to ensure decent working conditions and payment of wages for the workers in the Manolada area.

In summary, the aforementioned shortages in the ECtHR's legal reasoning had a relevant influence on the content of the *Chowdury* judgment, in particular as far as the evaluation of Greece's compliance with its positive obligations is concerned. Yet, as the next paragraph will suggest, those shortcomings, and particularly the lack of transparency in the Court's reasoning, might also have an impact *beyond* the individual case, influencing the judgment's seminal potential within the conventional system.

5. As is widely known, many years have passed since the Strasbourg Court first acknowledged that its judgments serve not only to decide the cases brought

Court in its Judgment No. 673/2011 apparently interpreted the element of physical domination in a less demanding way (see *Chowdury*, para. 34).

⁹² *Ivi*, para. 105.

⁹³ In this sense, see also E. CORCIONE, note 51 above, p. 520. Besides, in this respect, Greece appears to share the tendency observed among Council of Europe member States to focus on criminalising human trafficking, while neglecting, *inter alia*, forced labour (see V. STOYANOVA, note 84 above, p. 428).

⁹⁴ In particular, the Court acknowledged its crucial role in cases where fundamental values and essential aspects of private life are at stake (see *Siliadin*, para. 144). In this regard, V. STOYANOVA, note 84 above, p. 414, argues that the ECtHR simply *assumed* the deterrent effect deriving from the establishment of criminal offenses. In consideration of the uncertain deterrent effect of criminal law provision, Judge Tulkens suggested not to rely exclusively on the taumaturgic virtues of criminal law (ECtHR, *M.C. v. Bulgaria*, No. 39272/98, 4 December 2003, Concurring Opinion of Judge Tulkens).

⁹⁵ In this regard, it has to be noted that a number of authors raised concerns on attributing excessive importance to criminal law remedies to protect conventional rights, at the expense of other positive measures (on the point, see C. PITEA, *Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 447 ff., p. 456; H. CULLEN, note 60 above, p. 590).

⁹⁶ On the so-called "labour rights approach" to forced labour, see C. COSTELLO, *Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A. DAVIES, J. PRASSL (eds.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, 2015, pp. 189-227.

before it, but also, more generally, to elucidate, safeguard and develop conventional rights⁹⁷. This statement has been interpreted as the demonstration that the Strasbourg Court goes beyond a purely casuistic and individualised approach, paying attention to the coherence and consistency of its case-law⁹⁸, or as the explicit recognition of the ECtHR's role in terms of creation, stabilization and development of normative expectations, which extends beyond the individual case⁹⁹. Yet, in order to fulfill this task, the Court's legal reasoning has to be unequivocal¹⁰⁰. In this respect, as this analysis tried to demonstrate, the *leitmotiv* emerging from the *Chowdury* judgment is the lack of clarity in several passages of the Court's legal reasoning.

In particular, although the Court recognised *in abstracto* the existing relationship between human trafficking and forced labour, the latter being the purpose element of the former, the implementation of such a conceptual framework can be only supposed in the present case, since the legal reasoning that it followed lies hidden. Besides, the Court could have seized the occasion as to further elaborate on the notion of forced labour when related to migrant workers, given both the persistent scarcity of case-law on the matter¹⁰¹ and the growing phenomenon of trafficking for the purpose of labour exploitation¹⁰². For instance, the Court could have clarified the threshold distinguishing severe forms of labour exploitation from forced labour, since the boundary between the two concepts is still blurred¹⁰³. But, most of all, the ECtHR could have clarified the influence of the situation of vulnerability of a worker, which the Court seemed to link to its possible status of undocumented migrant¹⁰⁴, on the constitutive elements of forced labour. In particular, it remains to

⁹⁷ ECtHR, *Ireland v. United Kingdom*, No. 5310/71, 18 January 1978, para. 154 (as widely known, this embryonic assertion was further developed in *Karner v. Austria*, No. 40016/98, 24 July 2003, para. 26).

⁹⁸ On the issue, see, *inter alios*, J. GERARDS, *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberation and Beyond*, The Hague, 2009, p. 407 ff.

⁹⁹ See A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014, p. 70.

¹⁰⁰ In a similar sense, *ivi*, p. 11. Moreover, clarity and foreseeability of the Court's reasoning have also been linked to the very legitimacy of the ECtHR's judgments (on the point, see K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2015, p. 160).

¹⁰¹ Of the three cases dealing with the issue, two were related to minors (*Siliadin* and *C.N. and V.*). In particular, as already noted, in *Siliadin* the Court repeatedly emphasised the applicant's age, so that one Author argues that the judgment has to be accepted with reservation (see V. STOYANOVA, note 13 above, p. 180). In the third one (*C.N.*), the ECtHR dealt specifically with positive obligations.

¹⁰² See, for instance, EUROPEAN COMMISSION, 19 May 2016, Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2016), COM(2016)267 final, p. 6.

¹⁰³ In particular, the concept of "severe labour exploitation" is frequently used in the EU context. The notion encompasses forced or compulsory labour, but has a broader scope. Namely, "the term 'severe' refers to forms of exploitation of workers which are criminal under the legislation of the EU Member State where the exploitation occurs. Hence, severe labour exploitation includes coercive forms of exploitation, such as slavery, servitude, forced or compulsory labour and trafficking (Article 5 of the Fundamental Rights Charter), as well as severe exploitation within the framework of an employment relationship, in particular employment situations covered by Article 9(1) of the Employer Sanctions Directive of the European Union (EU) Member State where the exploitation occurs" (see European Union Agency for Fundamental Rights, *Severe Labour Exploitation: Workers Moving within or into the European Union. States' Obligations and Victims' Rights*, Luxembourg, 2015, p. 10).

¹⁰⁴ Yet, it remains to be determined whether the applicants' working conditions have any relevance on the evaluation of their condition of vulnerability. In this regard it is worth remembering that Article

be ascertained if the aforementioned condition plays any role during the evaluation of whether the work was voluntary or not, or, more specifically, on the consent of the person concerned. Furthermore, the lack of clarity also extends to the evaluation of Greece's compliance with its positive obligations, as in the case of the application of the *Osman* test¹⁰⁵.

In conclusion, if, on the one hand, the *Chowdury* case is likely to stimulate further litigation on Article 4 of the ECHR by virtue of its topic and the favorable outcome for the applicants¹⁰⁶, on the other hand its contribution in terms of clarification of the relevant aspects concerning human trafficking and forced labour is overall modest. In other words, one could wonder whether, in the light of the aforesaid shortcomings, the potential of the *Chowdury* judgment to represent a seminal judgment is at least partially reduced.

Abstract

The *Chowdury* Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking

In its 30 March 2017 judgment in *Chowdury and Others v. Greece*, the First Chamber of the European Court of Human Rights (ECtHR) unanimously held that there had been a violation of Article 4(2) of the European Convention of Human Rights (ECHR), namely the provision that prohibits forced labour. The judgment represents an important contribution in many ways. *Inter alia*, it constitutes the favorable epilogue for the applicants and it is an important addition to the still relatively limited Strasbourg case-law on Article 4 ECHR. Nonetheless, the judgment is not immune to criticism. In particular, the article focuses on the shortcomings in the ECtHR's legal reasoning concerning both the identification of a situation of forced labour and human trafficking and the assessment of Greece's compliance with its positive obligations. Besides that, the lack of clarity characterising the ECtHR's reasoning is likely to have repercussions *beyond* the specific case, influencing, in perspective, the seminal relevance of the judgment.

9 of the EU Employers Sanctions Directive, which prohibits the employment of illegally staying third-country nationals, requires Member States to ensure that the infringement of such a prohibition "constitutes a criminal offence when committed intentionally" in case where it is accompanied, *inter alia*, by particularly exploitative working conditions.

¹⁰⁵ See *supra*, para. 4.

¹⁰⁶ For a similar view, see V. STOYANOVA, note 8 above.

Davide Piancone*

I provvedimenti intra-europei di istruzione preventiva alla luce delle novità introdotte dal regolamento (UE) n. 1215/2012 in materia di libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo

SOMMARIO: 1. Il “doppio binario” per le richieste d’istruzione preventiva. – 2. Gli strumenti normativi europei d’istruzione preventiva per un approccio “dinamico” al diritto alla prova. – 3. Le problematiche di coordinamento tra regolamenti europei. – 4. I dubbi interpretativi sulla circolazione dei provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un’ autorità non competente a conoscere il merito: le implicazioni sui provvedimenti d’istruzione preventiva. – 5. La circolazione dei provvedimenti d’istruzione preventiva come atti di assistenza tra giudici europei.

1. L’adozione di una pluralità di regolamenti UE in materia di cooperazione giudiziaria civile ha condotto, già da tempo, ad un ampliamento della possibilità di ottenimento delle prove, anche prima dell’instaurazione del processo.

In generale, esiste una sorta di “doppio binario” per l’assunzione delle prove *ante causam*. Innanzitutto, vi è la cooperazione giudiziaria in materia, che vede i giudici dei Paesi membri dialogare attraverso richieste nelle forme individuate dal legislatore europeo, mediante formulari e criteri legali molto stringenti e idonei a garantire l’automatismo dei meccanismi in gioco. Ad essa si aggiunge la possibilità di introdurre un procedimento per chiedere la cautela riguardante il diritto alla prova direttamente al giudice straniero, attraverso il ben rodato sistema introdotto con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, più volte implementato nel corso dei decenni dalle convenzioni di adesione che ne sono seguite e successivamente “comunitarizzato” dal regolamento (CE) n. 44/2001 (Bruxelles I) del Consiglio, del 22 dicembre 2000, a sua volta rifiuto nel regolamento

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell’Unione europea dell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

(UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I *bis*) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

La prima via presuppone che i giudici europei siano messi in condizione di garantire l'*effetto utile* consistente nella tutela effettiva dei diritti anche in via provvisoria o cautelare. La cooperazione internazionale in questo campo, la cui pietra angolare è ancora la Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile o commerciale, utilizza la tecnica delle rogatorie per formalizzare la richiesta nei confronti del giudice locale a venire in aiuto al giudice del processo, ai fini dell'istruttoria. Nella fase attuale, nell'UE, la cooperazione approntata dal regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale è così stretta da consentire il trasferimento del giudice richiedente nello Stato dove deve essere assunta la prova, senza che le autorità locali debbano collaborare¹. Il regolamento 1206/2001, dunque, da un lato, intende dare maggior fluidità alle richieste transnazionali di assunzione della prova e, dall'altro, permette l'assunzione diretta o partecipata² della prova, almeno entro certi limiti e con precise condizioni.

Il secondo "binario", invece, rappresentato dal *sistema* Bruxelles, necessita che il provvedimento emesso all'uopo dal giudice dello Stato dove è localizzata la prova possa circolare e spiegare i suoi effetti nel foro del merito. Orbene, nessuna delle due vie è da intendersi come esclusiva, essendo rimesse alla scelta delle parti che, in piena autonomia, possono legittimamente disporre del rito che più si confà alle esigenze del caso e delle strategie processuali di volta in volta adottate. Come confermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea³, quindi, il regolamento 1206/2001 non disciplina in modo esaustivo l'assunzione transfrontaliera delle prove, ma mira solamente a facilitarla, lasciando aperta la strada ad altri strumenti aventi lo stesso fine.

2. Poiché non esiste una sola via per esercitare il diritto alla prova, è opportuno approntare un'analisi congiunta degli strumenti messi a disposizione dal diritto processuale civile dell'Unione, anche alla luce della recente riforma del *sistema* Bruxelles.

In data 10 gennaio 2015 entrava in vigore il regolamento 1215/2012. Esso si occupa, tra l'altro, di mezzi d'istruzione preventiva. Pertanto, ci si pone il problema dell'effettiva circolazione dei provvedimenti di tale natura nello spazio giudiziario europeo.

¹ L'*assunzione diretta* ha luogo su base volontaria (art. 17 paragrafi 2 e 3). Entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta o l'autorità competente dello Stato richiesto comunica alla richiedente (avvalendosi di un apposito formulario) se la richiesta è accolta e a quali condizioni deve essere eseguita, possibilmente con l'ausilio di tecnologie che ottimizzino i tempi e le risorse a disposizione, eventualmente, incaricando l'autorità giudiziaria locale ad affiancare l'autorità procedente, in funzione garantistica in ordine alla fedele applicazione delle condizioni richieste (art. 17, par. 4).

² Si parla di esecuzione c.d. *partecipata*, per via della possibilità offerta dal regolamento 1206/2001 negli articoli 11 e 12 per la partecipazione, rispettivamente, delle parti, insieme ai loro rappresentanti, come conferma il 13° 'considerando', e dei delegati dell'autorità giudiziaria richiedente, che possono anche essere magistrati all'uopo designati o periti. Entrambe le forme di partecipazione sono intese per rendere più efficace l'assunzione delle prove all'estero e apprezzare al meglio il risultato dell'istruzione probatoria fuori dal territorio dello Stato.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, causa C-170/11, *Lippens*, punto 33.

In particolare, tali mezzi rientrano nel novero dei provvedimenti provvisori o cautelari⁴, di cui si interessa l'art. 35 del regolamento 1215/2012, che incorpora quanto già previsto dall'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968 nonché dall'art. 31 del regolamento 44/2001 che gli succedeva. La lettera della norma afferma che “[i] provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all'autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere del merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro”.

Trova altresì applicazione, *in subiecta materia*, il già menzionato regolamento 1206/2001. Esso prevede che le richieste di assunzione transfrontaliera della prova debbano essere destinate all'utilizzo in procedimenti giudiziari pendenti o previsti, ai sensi dell'art. 1, par. 2. Questo significa che la normativa dell'Unione presenta sicuramente spazi di cooperazione per quanto concerne le misure d'istruzione preventiva o misure istruttorie *in futurum* (ad esempio, l'audizione di testimoni a futura memoria, consulenza tecnica e ispezione preventiva)⁵.

In dottrina si è osservato che vi è una tendenza evolutiva dei sistemi giuridici europei, cui fa eco anche il legislatore dell'Unione, che va nel senso dell'anticipazione della possibilità di ottenere le prove⁶, prima che il processo sia incardinato presso la competente autorità giudiziaria. In questo modo, in un contesto integrato come quello europeo, si concretizza il principio della reciproca fiducia, essenziale per la cooperazione giudiziaria, nonché la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione delle decisioni⁷.

Per ricevere il bene della vita cui mira con il processo, per l'attore il fattore tempo è fondamentale: l'efficacia del processo deve fare i conti anche con la rapidità

⁴ Cfr. C. CONSOLO, *La tutela sommaria e la convenzione di Bruxelles: la “circolazione” comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 593 ss.; F. SALERNO, *La giurisdizione italiana e la materia cautelare*, Padova, 1993; L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 722.

⁵ Cfr. sulla distinzione tra misure conservative e provvisorie e provvedimenti *in futurum*, T. GROUD, *La preuve en droit International privé français, these*, Aix-en-Provence, 2000, p. 316 ss., nonché I. DESPRÈS, *Les mesures d'instruction in futurum*, Paris, 2004, p. 14 ss., e A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Exclusión del art. 24 del Convenio de Bruselas del examen de un testigo antes de formular una demanda sobre el fondo como medida provisional o cautelar*, in *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2005, p. 833 ss.

⁶ G. ESTEBAN DE LA ROSA, *La realización de pruebas en el espacio europeo de justicia: a propósito del reglamento 1206/2001 y su la compatibilidad con el reglamento 22/2001*, in *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2006, p. 315 ss. Si prendano come esempi l'art. 145 del nuovo codice di rito francese, l'art. 485 di quello tedesco, gli articoli 293-296 della nuova legge spagnola sul processo civile del 7 gennaio 2000 e gli articoli 692-699 del c.p.c. italiano, nonché, nel diritto dell'Unione, la direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale e industriale.

⁷ Il regolamento 1206/2001, sul punto, dava attuazione all'art. 61 TCE, nel contribuire a istituire uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, con chiare finalità efficientistiche, funzionali sia al mercato comune, sia alla tutela del diritto all'equo processo, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza e, prima ancora, dall'art. 6 CEDU. V, inoltre, L. FUMAGALLI, *La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile: il regolamento (CE) n. 1206/2001*, in G. CARELLA (a cura di), *Quaderni 2006. Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 59.

dei suoi rimedi⁸. Sicché, la tecnica anticipatoria serve a razionalizzare i tempi della giustizia, affinché la tutela effettiva non si risolva solo nell'astratta possibilità di adire un giudice e di andare in giudizio con un procedimento previsto dalla legge.

Più esplicitamente, il decorso del tempo non deve rendere, di fatto, impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione⁹. Il diritto alla tecnica anticipatoria, pertanto, non si limita alla possibilità di richiedere e di acquisire l'anticipazione della tutela. Esso consiste nel diritto a conseguire il *petitum* con il mezzo legale più adeguato, anche rispetto alla durata del processo.

Occorre evitare che l'attività giudiziaria rallenti e si disperda nei rivoli che possono manifestarsi nell'assunzione delle prove all'estero. È solo tenendo conto di siffatto orientamento del legislatore europeo che si comprende l'entità del problema dell'effettività dell'istruzione preventiva svolta in Paesi membri diversi da quello ove siede il giudice del merito. Ciò implica che la complessità dei rapporti, specialmente per quanto concerne le controversie transfrontaliere, necessita di un approccio dinamico al diritto alla prova in Europa¹⁰.

La durata del processo civile, già dilatata dalla necessità di domandare la collaborazione di un giudice che siede in un altro Stato membro, rischia di svuotare di significato la prova raccolta all'estero. Sicché, non è ragionevole mettere l'attore in condizione di sopportare certe lentezze che menomano la possibilità di ottenere il risultato sostanziale perseguito¹¹.

3. Se l'obiettivo è comune, non si può mancare di porre l'accento su talune problematiche applicative dovute al coordinamento tra i summenzionati atti dell'UE. A mente della disciplina vigente, in particolare, è necessario che siano rispettate le condizioni applicative dei regolamenti 1206/2001 e 1215/2012, rispettivamente, in

⁸ Non è escluso, tra l'altro, che il regolamento 1206/2001 sia applicabile ai procedimenti sommari: v. la sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2013, causa C-332/11, *ProRail c. Xpedys*, punto 35.

⁹ V., sul modello di "giusto processo" europeo, in particolare con riferimento al ruolo svolto dalla Corte di giustizia, I. ANDOLINA, *Costituzione europea e cooperazione giudiziaria in materia civile. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in V. COLESANTI, C. CONSOLO, G. GAJA, F. TOMMASEO (promosso da), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova, 2009, par. 2 ss. V., altresì, a proposito di garanzie "comunitarie" alla tutela cautelare-anticipatoria, la sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*; del 21 febbraio 1991, causa C-465/93, *Zuckerfabrik*; nonché del 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*.

¹⁰ N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 698 ss.; ID., *Giusto processo e cooperazione europea nell'assunzione di prove in materia civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano, 2005, p. 628 ss.; L. MARINONI, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali*, *ivi*, p. 93 ss., spec. par. 5 ss.; M. CHIAVARIO, *Il diritto alla prova*, in *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 1998, p. 67 ss.; v., altresì, nella giurisprudenza del Lussemburgo, il principio secondo cui contrastano con il diritto dell'Unione tutte le procedure istruttorie il cui effetto sia di rendere, di fatto, impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un diritto. In tal senso, v. la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, causa C-199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Spa San Giorgio*, nonché del 9 febbraio 1999, causa C-343/969, *Dilexport Srl c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, punto 48. V., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, in cui si stabiliva, come "regola generale", che gli elementi di prova devono essere prodotti "in pubblica udienza, in vista di un dibattito in contraddittorio"; nonché sentenza del 18 marzo 1997, *Mantovanelli c. Francia*.

¹¹ L. MARINONI, *op. cit.*, p. 107.

materia di prove e in materia di esecuzione delle decisioni. Dipenderà dallo strumento di cui ci si vuole avvalere, in relazione ai risultati perseguiti.

Alla via della cooperazione giurisdizionale di cui al regolamento 1206/2001 si affianca lo strumento di Bruxelles I *bis*, in cui il già citato art. 35 permette di domandare il provvedimento al giudice non competente, anche *ante causam*, beneficiando – almeno in teoria – della circolazione delle decisioni nello spazio europeo.

In ogni caso, se il provvedimento d’istruzione preventiva non presenta astrattamente i requisiti per passare attraverso la circolazione delle misure cautelari, ai sensi del regime di competenza e riconoscimento delle decisioni, è altamente probabile che non presenti neppure le condizioni tali da giustificare la cooperazione in materia probatoria ai sensi del regolamento 1206/2001, malgrado quest’ultima non abbia implicazioni dirette sulla competenza giurisdizionale.

Infatti, laddove il provvedimento di natura probatoria domandato *ante causam* fosse meramente esplorativo, questo rischierebbe di perdere quel carattere di strumentalità rispetto al merito della causa, che lo rende assimilabile alle ipotesi dell’art. 35 del regolamento 1215/2012 ma anche ogni nesso con una controversia giudiziale pendente e neppure prevista, come richiesto dal regolamento 1206/2001. La mera prevedibilità in astratto di un procedimento giudiziario, a ben vedere, non giustifica l’applicazione del regolamento in materia di prove, a mente dell’art. 1, par. 2.

Ne deriva che esiste una zona grigia di provvedimenti di natura indubbiamente istruttoria, richiesti prima della causa, sulla cui assimilabilità tra i provvedimenti provvisori e cautelari non vi è certezza, quantomeno in termini generali e astratti.

Occorre valutare, di caso in caso, la natura e la funzione del provvedimento domandato rispetto alla sua concreta finalità nella controversia. È decisivo che le misure in commento, indipendentemente dalla loro natura (che può essere molto varia)¹², siano preparatorie rispetto al processo e che siano motivate dall’esigenza di non disperdere le prove nelle more del procedimento. Questo affinché siano rispettate le condizioni richieste dal regolamento 1206/2001 ma anche dal sistema Bruxelles.

Il tema è stato affrontato nei casi *St. Paul Dairy*¹³ e *Alessandro Tedesco*¹⁴. Nel primo, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha assunto un approccio funzionale nell’esaminare la distinzione tra provvedimenti *in futurum* e misure provvisorie. Si stabiliva, innanzitutto, che la disciplina di Bruxelles sui provvedimenti cautelari e provvisori, in via eccezionale, autorizza un organo giurisdizionale a decidere sulla concessione di tali misure, indipendentemente dal regime di competenza stabilito dal diritto uniforme. Per questa ragione, occorre interpretarne restrittivamente i presupposti applicativi¹⁵. Di conseguenza, non si può far rientrare tra quel tipo di provvedimenti una richiesta, non subordinata a particolari condizioni, avente il solo scopo di permettere all’attore di valutare l’opportunità o il fondamento di un’even-

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 1992, causa C-261/90, *Reichert*, punto 32, ove si precisa che “i provvedimenti cautelari o provvisori relativi a dei beni sono atti a garantire diritti di natura molto varia, la loro appartenenza al campo d’applicazione della Convenzione è determinata non già dalla loro natura, bensì dalla natura dei diritti che essi devono tutelare”.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2005, causa C-104/03, *St. Paul Dairy*.

¹⁴ Conclusioni dell’Avvocato generale Kokott presentate il 18 luglio 2007, causa C-175/06, *Alessandro Tedesco*, procedimento conclusosi con ordinanza in data 27 settembre 2007.

¹⁵ Sentenza *St. Paul Dairy*, punto 11.

tuale azione giudiziaria¹⁶. Invero, in assenza di giustificazioni diverse, è evidente come provvedimenti del genere esulino dalle finalità perseguite dalla disciplina Bruxelles¹⁷ e che, anzi, misure simili potrebbero essere usate per aggirare surrettiziamente le regole di competenza ivi stabilite, nella fase istruttoria¹⁸.

Sotto un altro profilo, quando il Consiglio dichiarava, all'atto dell'adozione del regolamento 1206/2001, che dal suo ambito applicativo esulano la *pre-trial discovery* e le indagini esplorative, note anche come *fishing expeditions*¹⁹, non intendeva certo escludere “qualsivoglia procedura di accertamento dei fatti che preceda l'instaurazione del processo di merito”, nondimeno, le prove di cui si domanda l'ammissione devono vertere su elementi “determinati per lo meno con un grado di precisione tale che risulti chiaro il loro legame con il procedimento pendente o previsto”, non ritenendosi pertinente l'indagine su circostanze ricollegate solo indirettamente al procedimento²⁰. In altre parole, l'inammissibilità colpisce il provvedimento istruttorio quando questo è volto soltanto a far emergere, in modo mediato, il materiale utilizzabile come prova, senza che il suo risultato sia tale, di per sé, a soddisfare gli scopi probatori inerenti al processo (si parla, in tal senso, di *train of enquiry*)²¹.

Diversamente dagli altri provvedimenti cautelari e provvisori, attraverso il regolamento 1206/2001, è previsto un canale privilegiato per gli atti d'istruzione preventiva, trattandosi di assistenza e cooperazione giudiziaria, sempre che le richieste istruttorie siano previste tra le attribuzioni del potere giudiziario dalla legge dello Stato richiesto.

Questa via, probabilmente meno celere e non necessariamente meno costosa²² rispetto a quella che transita attraverso il sistema Bruxelles, in cui la parte si rivolge direttamente al giudice della cautela, potrebbe rivelarsi più vantaggiosa sia sul

¹⁶ *Ivi*, punto 16.

¹⁷ *Ivi*, punto 17.

¹⁸ *Ivi*, punto 18.

¹⁹ L'art. 23 della Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970, sull'assunzione all'estero in materia civile o commerciale, prevedeva la facoltà, da parte degli Stati firmatari, di rifiutare la possibilità di eseguire le rogatorie aventi ad oggetto la *pre-trial discovery* di diritto statunitense. La maggior parte dei Paesi (come l'Italia) si è avvalsa di tale facoltà. A differenza della Convenzione, il regolamento del 2001 non contiene un'esplicita clausola di riserva sul punto. Nondimeno, il Consiglio, all'atto dell'adozione del regolamento, ha formulato la dichiarazione n. 54/01 (v. documento del Consiglio 4 luglio 2001, n. 10571, p. 169) con cui ha escluso dall'ambito di applicazione del regolamento la *pre-trial discovery* e le indagini esplorative o *fishing expeditions*. È consolidato in giurisprudenza l'orientamento secondo il quale una dichiarazione inserita a verbale dal Consiglio può vincolare l'interprete di un atto normativo solo qualora il suo contenuto trovi riscontro nel testo del medesimo atto, come chiarimento di una nozione di carattere generale (sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991, causa C-292/89, *Antonissen*, punto 18; del 3 dicembre 1998, causa C-368/96, *Generics*, punti 26 e 27; nonché del 10 gennaio 2006, causa C-402/03, *Skov e Bilka*, punto 42). Nella fattispecie, tale riscontro si trova nell'art. 1 par. 2, in cui si restringe l'ambito di applicazione ai “procedimenti giudiziari pendenti o previsti” (conclusioni *Alessandro Tedesco*, punto 69).

²⁰ Conclusioni *Alessandro Tedesco*, punto 70.

²¹ *Ivi*, punto 72.

²² Un aspetto problematico, riferibile in particolar modo all'assunzione diretta, riguarda i costi del processo. Per esempio, l'audizione di un teste, che ben potrebbe essere infruttuosa (si rammenti che l'esame è incoercibile), necessiterebbe la trasferta sia del giudice o di un suo delegato sia dei difensori. È per questo, di fatti, che il regolamento incoraggia, ove possibile, l'ausilio delle tecnologie delle telecomunicazioni. Ma il problema non è di poco conto. Di fatto, la via della cooperazione giudiziaria non può essere considerata una scorciatoia “a buon mercato” per ottenere la prova senza incardinare un procedimento direttamente all'estero, coi non indifferenti costi che ne derivano. Vedi P. BIAVATI,

piano processuale, in ragione dell'attivarsi della *lis pendens* (dinanzi al giudice competente a conoscere il merito della causa), sia sul piano sostanziale, poiché essa costituisce un atto interruttivo della prescrizione²³.

Ricorrendo al meccanismo del regolamento 1206/2001 è inoltre possibile evitare di incorrere in una serie di criticità emerse dalla nuova disciplina in materia cautelare inaugurata con la rifusione del regolamento Bruxelles I.

4. Come s'è detto, esistono due diverse strade per l'assunzione delle prove prima del processo, in un diverso Paese europeo. Quella offerta dal regolamento Bruxelles I, come riformato nel 2012, appare "accidentata". Sebbene l'impianto normativo in materia resti invariato, vi sono elementi che lasciano pensare a possibili interpretazioni che potrebbero svuotarne la portata, fino a sovvertire una regola applicata in Europa sin dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. Tant'è vero che gli operatori sembrano obbligati a preferire lo strumento di cooperazione giudiziaria di cui al regolamento 1206/2001, piuttosto che misurarsi con le antinomie del regolamento 1215/2012.

Le incertezze interpretative riguarderebbero non tanto la possibilità di emettere provvedimenti di tal fatta, che appare fuori discussione, bensì la loro concreta idoneità a circolare all'interno dello spazio europeo. Precisamente, l'art. 35 del regolamento 1215/2012, richiamato innanzi, è identico all'art. 31 del regolamento 44/2001 nonché all'art. 24 della Convenzione che lo precedeva. In effetti, i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere domandati alle autorità giudiziarie di tale Stato, anche qualora queste fossero incompetenti a conoscere il merito della controversia.

Le novità (e le criticità) si annidano altrove, in particolare nell'art. 2, lett. a), 2° cpv., regolamento 1215/2012 che, nel definire ciò che si intende per "decisione" ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione nello spazio giudiziario europeo, include "i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del regolamento".

Da ciò deriva l'esigenza di operare l'opportuna differenziazione casistica tra provvedimenti provvisori e cautelari emessi dal giudice competente a conoscere il merito e provvedimenti omologhi emessi da altro giudice dell'Unione adito ai sensi della disciplina eccezionale di cui all'art. 35. Orbene, mentre i primi circolano liberamente sul territorio dell'Unione, l'efficacia di questi ultimi dovrebbe limitarsi al territorio dello Stato del foro, come confermato dal 33° 'considerando'. In dottrina, a tal proposito, si è detto che la vecchia-nuova disciplina dell'art. 35 non è altro che il simulacro di una situazione ormai diversa, in diritto, rispetto alla disciplina previgente, ai fini della circolazione del provvedimento provvisorio o cautelare²⁴.

Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa, in V. COLESANTI, C. CONSOLO, G. GAJA, F. TOMMASEO (promosso da), *op. cit.*, II, p. 1228 ss.

²³ C. BERGER, *Die EG-Verordnung über die Zusammenarbeit der Gerichte auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen (EuBVO)*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2001, p. 523, nonché N. TROCKER, *Note sul regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile o commerciale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 670 ss.

²⁴ L. QUERZOLA, *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel reg. UE n. 1215 del 2012*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 1479 ss., spec. par. 1.

La *ratio* di questa scissione è da ricercare nelle marcate esigenze antielusive che scaturiscono dalla riforma del sistema Bruxelles. A ben vedere, infatti, essendo stata facilitata grandemente la circolazione delle decisioni rese negli Stati membri (*rectius*, la loro esecuzione, vista l'abolizione dell'*exequatur* ai sensi del nuovo art. 39 del regolamento 1215/2012), si è inteso evitare che provvedimenti cautelari di natura anticipatoria, domandati ad un giudice diverso rispetto a quello competente a decidere nel merito, possano condurre ad un illegittimo aggiramento dei titoli di giurisdizione previsti dal regolamento del 2012. Sicché, il legislatore europeo ha adottato quella che gli è parsa essere la *better rule*: lasciare libero solo il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti provvisori e cautelari resi, anche *ante causam*, dal giudice del merito, in modo da dissipare ogni pericolo di aggiramento²⁵.

Per completare il quadro, bisogna menzionare anche la lettera del nuovo 25° 'considerando'. Come non di rado avviene nel regolamento Bruxelles I *bis*, il fraseggio del 'considerando', invece di consentirgli di adempiere la sua funzione chiarificatrice e di ausilio all'interprete, apre la strada a nuovi dubbi, anche per via dell'uso del modo condizionale. In questo senso, infatti, il 'considerando' prevede che: "la nozione di provvedimenti cautelari e provvisori dovrebbe includere, ad esempio, ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004". Trattasi quindi di una categoria pacificamente inserita nella tipologia di provvedimenti in commento. Più avanti si chiarisce che "[d]ovrebbero invece essere esclusi i provvedimenti che non hanno natura cautelare, come quelli che ordinano l'audizione di un teste". È tautologico stabilire che i provvedimenti provvisori o cautelari comprendono solo quelli che hanno natura, appunto, cautelare. Non è chiaro, da una prima lettura, per quale motivo si faccia riferimento alla prova testimoniale. Apparentemente, s'intende escludere dal novero delle misure cautelari quelle di contenuto istruttorio ovvero, tra queste, solo quelle di tipo testimoniale.

Una conclusione del genere, così dirompente, non dovrebbe essere affidata a un 'considerando'. Probabilmente, il legislatore intendeva dire qualcosa di diverso. E cioè che i requisiti funzionali che solitamente sono ricercati dalla giurisprudenza, nel qualificare come provvisorio o cautelare un certo provvedimento, non possono essere elusi insistendo solo sulla loro provvisorietà. È il caso, ad esempio, dell'azione c.d. *pauliana* di diritto francese, che è stata fermamente tenuta fuori dai canoni ermeneutici adottati dalla Corte²⁶. Ma vi è di più. Sempre con un dubbio uso del condizionale, lo stesso 'considerando' aggiunge che "[d]ovrebbe essere fatta salva l'applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001".

²⁵ *Ivi*, par. 4.

²⁶ Sentenza *Reichert*, punti 34-35, in cui si spiega che i provvedimenti, per essere qualificati come provvisori o cautelari ai sensi dell'art. 24 Conv. Bruxelles, devono essere orientati alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto per preservare la situazione giuridica che sarà oggetto dell'accertamento del giudice di merito. Nella fattispecie, l'azione "pauliana" di diritto francese consente di tutelare la garanzia patrimoniale del creditore, impedendo una volontaria diminuzione del patrimonio del debitore, tuttavia, manca del fine di "preservare una situazione di fatto o di diritto in attesa della decisione del merito". Al contrario, essa porta a una revoca, nei riguardi del creditore, dell'atto di disposizione patrimoniale lesivo dei suoi diritti, modificando così la situazione patrimoniale del debitore e di quella del terzo beneficiario.

È alla luce di questa clausola finale che deve essere interpretata la summenzionata esclusione dell'audizione di testi. Il legislatore ha voluto sancire in una disposizione di diritto positivo, seppur in maniera che non brilla per linearità, quel che già affermava la Corte di giustizia: non è consentita l'audizione di un teste a futura memoria senza che questa abbia come finalità quella di evitare la dispersione di elementi di prova nel processo introdotto o che ci si prepara ad introdurre, a cui questa cautela è strettamente connessa in senso teleologico.

Traendo le fila di quanto innanzi, si può concludere che le preoccupazioni per il nuovo regime dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento Bruxelles I *bis* non hanno ragion d'essere, per quanto concerne le misure a contenuto istruttorio.

A giovamento di questa tesi, si rammenta che, prima di tutto, è salvaguardata dal già citato 'considerando' l'applicazione del regolamento 1206/2001. In secondo luogo, si ricorda che la nozione di tali provvedimenti è delineata in modo assimilabile ai canoni interpretativi già sperimentati dalla Corte di giustizia, per ciò che attiene all'ambito di applicazione della disciplina regolamentare in materia di assunzione delle prove nello spazio giudiziario europeo.

Più difficile da superare è lo scoglio della scissione a monte tra provvedimenti adottati dal giudice del merito e provvedimenti adottati da un giudice diverso. Come spiegato innanzi, a questi ultimi viene sbarrata la strada della circolazione nello spazio europeo secondo la disciplina Bruxelles I *bis*.

Considerato che i provvedimenti intra-europei d'istruzione preventiva rientrano necessariamente in questo secondo raggruppamento, a primo impatto, si può dire che la soluzione obbligata resta il ricorso alla via dell'assistenza giudiziaria disciplinata dal regolamento 1206/2001, l'unico che oggi sembra poter dare un risultato certo, anche se forse meno celere, per questo tipo di provvedimenti.

5. Indubbiamente, la dimensione temporale della tutela affidata al processo civile è oggetto dell'attenzione del legislatore dell'Unione. Nondimeno, qualora, a causa della mancanza della riconducibilità a "sistema"²⁷ dei regolamenti di volta in volta elaborati, fossero messi in discussione i diritti fondamentali, l'interprete dovrà mettere a disposizione di chi si rivolge al giudice europeo tutte le possibili soluzioni ermeneutiche ai fini della ricomposizione delle proprie necessità di diritto materiale. È da queste ultime, invero, che si deve partire per visualizzare la tecnica processuale corretta²⁸, cioè per pervenire alla prestazione giurisdizionale effettiva.

²⁷ G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in V. COLESANTI, C. CONSOLO, G. GAJA, F. TOMMASEO (promosso da), *op. cit.*, I, p. 75, in cui l'a., in modo illuminante, scrive: "[l]a disciplina europea del processo civile è e resterà certamente una disciplina incompleta, perché non aspira a costituire un *corpus* che regoli in ogni suo aspetto l'amministrazione della giustizia civile negli Stati membri". Tuttavia, aggiunge l'a., "ciò non giustifica affatto l'impressione che quella disciplina sia formata da norme sparse, non illuminate da una *ratio* comune né da finalità convergenti".

²⁸ V., ampiamente, L. MARINONI, *op. cit.*, p. 106 ss., in particolare pp. 109 e 110, in cui l'a. scrive che il diritto fondamentale alla tutela effettiva "non richiede solo tecniche e procedimenti adeguati alla tutela dei diritti fondamentali, ma altresì tecniche processuali idonee alla effettiva tutela di qualsiasi diritto" (corsivo nell'originale), per cui il giudice non deve solo risolvere le liti ma anche garantire una "prestazione giurisdizionale" idonea, cioè tale da comportare una tutela giurisdizionale effettiva.

Da ciò deriva una considerazione finale, che parta dalla *ratio* della riforma del 2012, che dovrebbe consentire di sdrammatizzare la nettezza del risultato testé schematizzato.

A ben vedere, il legislatore europeo, quando differenziava la “liberalizzazione” delle misure cautelari, frenando bruscamente su quelle disposte dal giudice europeo incompetente, non intendeva evitare l’ottenimento dei provvedimenti istruttori resi da giudice diverso da quello del merito, ma dei provvedimenti di natura anticipatoria, che possono realizzare in tutto o in parte il *petitum*, in frode al sistema Bruxelles.

Ebbene, la chiara strumentalità dei provvedimenti istruttori intra-europei non ne consente un uso fraudolento, fermo restando il rigoroso rispetto dello stretto nesso “preparatorio” e “anti-dispersivo” tra il provvedimento e il merito. Ne deriva che, anche alla luce del già citato 25° ‘considerando’ che fa salva l’applicazione del regolamento 1206/2001, non vi sono ostacoli affinché un giudice europeo possa tener conto della misura d’istruzione preventiva disposta in un diverso Paese membro dal collega che siede in quel foro, qualificando il provvedimento come atto di assistenza tra giudici a cui dar seguito e non come decisione da eseguire, così da garantirne l’effetto utile e dare piena attuazione al principio di effettività della tutela giudiziaria.

In definitiva, considerando quello in esame alla stregua di un “doppio binario” originato da diversi strumenti di diritto derivato alternativi tra loro, sia per *ratio* sia per funzionamento, affinché le sue strade restino entrambe realmente percorribili fino in fondo dalle parti, nulla impedisce al giudice europeo di tenere conto dello scopo comune ai due regolamenti, e cioè una tutela giurisdizionale effettiva, ispirata ai principi dell’equo processo. Questo risultato si può realizzare solo attraverso un approccio ermeneutico il più possibile “dinamico”, al fine di evitare di incorrere in palesi contraddizioni o di finire su binari morti.

Abstract

Taking of Evidence and the intra-European Provisional Measures in Light of the Novelties Introduced by Regulation (EU) No. 1215/2012 on the Free Movement of Judgments in the European Judicial Area

Taking of evidence before the commencement of the proceedings may be pursued in two alternative ways, within the limits and conditions established by the respective legal instruments: the cooperation between the Courts, governed by Regulation (EC) No. 1206/2001, and the request for provisional measures directly to the foreign Court, by introducing the process in compliance with Regulation (EU) No. 1215/2012 (Brussels I *bis* Regulation). The interplay between such rules needs to be interpreted according with the *effet utile* principle, in order to dissolve the apparent contradictions introduced by the recast of the Brussels I *bis* Regulation and to safeguard the free circulation in the European judicial area of evidence taken *ante causam*.

Silvia Scarpa*

La politica artica dell'Unione europea e lo *status* di osservatore *de facto* nel Consiglio artico

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi ed esame delle competenze dell'UE nella zona artica. – 2. La questione non risolta della domanda di ammissione dell'UE in qualità di osservatore nel Consiglio artico. – 3. L'Unione europea e la progressiva elaborazione di una politica artica integrata.

1. Istituito nel 1996, il Consiglio artico è il più importante foro intergovernativo della regione artica¹; di esso fanno parte gli otto Stati artici² e sei organizzazioni dei popoli indigeni, riconosciute come partecipanti permanenti³. Per quanto riguarda poi la partecipazione al Consiglio artico di organizzazioni intergovernative, è noto che l'Unione europea (UE) ha presentato domanda di ammissione in qualità di osservatore nel 2008 e, pur essendo stata ammessa a seguire i lavori in maniera provvisoria dal 2013, non è ancora riuscita ad ottenere il riconoscimento definitivo⁴. Infatti, durante la riunione ministeriale di Kiruna, la decisione di concedere lo *status* provvisorio di osservatore *de facto* all'UE è stata determinata dal veto canadese posto contro il riconoscimento definitivo, a causa del divieto inserito nella normativa UE di importare prodotti derivati dalla caccia alla foca. Successivamente, nonostante la soluzione della questione

* Docente a contratto di International Law nella LUISS "Guido Carli" di Roma.

¹ Si veda in proposito: T. KOIVUROVA, *The Arctic Council: A Testing Ground for New International Environmental Governance*, in *The Brown Journal of World Affairs*, 2012, p. 131.

² Gli Stati membri del Consiglio artico sono: Canada, Danimarca – comprese Groenlandia ed isole Fær Øer – Finlandia, Islanda, Norvegia, Russia, Svezia e Stati Uniti d'America. Nella Dichiarazione di Ottawa, adottata nel 1996, così come nel documento del 2013 noto come Visione di Kiruna per l'Artico, gli otto Stati artici hanno dichiarato che la qualifica di Stato membro del Consiglio artico è e rimane ristretta ai soli Stati artici, con una partecipazione estesa alle organizzazioni dei popoli indigeni. Altri Stati non artici, organizzazioni internazionali universali e regionali, organizzazioni non governative e unioni parlamentari possono soltanto partecipare ai lavori del Consiglio artico come osservatori. *Declaration on the Establishment of the Arctic Council*, Ottawa, 1996, par. 2, e, *Vision for the Arctic*, Kiruna, 2013, p. 5, entrambi in www.arctic-council.org.

³ Tali organizzazioni sono: l'Aleut International Association, l'Arctic Athabaskan Council, il Gwich'in Council International, l'Inuit Circumpolar Council, la Russian Association of Indigenous Peoples of the North ed il Saami Council.

⁴ L'UE partecipa ai lavori di molteplici organizzazioni internazionali – tra cui, *inter alia*, le Nazioni Unite, la NATO, l'Organizzazione mondiale del commercio, l'Organizzazione mondiale della sanità, l'Organizzazione internazionale del lavoro e l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale – e fori intergovernativi, come, ad esempio, il G7. Sul punto v. C KADDOUS (ed.), *The European Union in International Organizations and Global Governance: Recent Developments*, Oxford, 2015, nonché S. BLAVOUKOS, D. BOURANTONIS (eds.), *The EU Presence in International Organizations*, Oxon, 2011.

con il Canada, durante la riunione ministeriale di Iqaluit (Canada) dell'aprile 2015, è stata la Russia a porre il veto al pieno riconoscimento del ruolo di osservatore dell'UE⁵.

È probabile che proprio la difficoltà di essere accettata a pieno titolo nel Consiglio artico sia all'origine della formulazione ancora incompleta di una politica integrata per l'Artico da parte dell'UE, anche se essa ha iniziato ad occuparsi di tale area geografica dagli anni Novanta. In tali anni, infatti, ha cominciato a partecipare ai lavori del Consiglio euro-artico di Barents⁶, del Consiglio degli Stati del Mar Baltico (CBSS)⁷ e ha lanciato la Dimensione settentrionale (ND)⁸ – foro intergovernativo volto allo sviluppo di azioni concertate – senza, però, riuscire a sviluppare una vera e propria politica comune per l'Artico⁹.

Una più attenta considerazione dei problemi dell'Artico si osserva a seguito del tentativo della Norvegia di condizionare la politica marittima dell'UE includendovi l'Artico¹⁰ e dell'invio da parte della Federazione russa di una missione esplorativa dei fondali marini artici¹¹, volta a stabilire il limite esterno della sua piattaforma continentale posto al di là delle 200 miglia marine, secondo i criteri stabiliti dall'art. 76 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS). Proprio quest'ultimo evento – considerato il grande risalto mediatico dato all'esplorazione dei due sommergibili russi Mir I e Mir II, che hanno piantato una bandiera russa sul fondale marino posto sotto il Polo Nord geografico – ha aperto una stagione, definita da molti studiosi come di vera e propria “corsa all'Artico”, diretta ad accaparrarsi le sue risorse¹².

Nell'esame dei problemi della zona, va peraltro tenuto conto che, geograficamente, i limiti esterni del territorio dell'UE arrivano fino all'Artico, in quanto il territorio di tre dei suoi Stati membri – Danimarca, Finlandia e Svezia¹³ – si estende oltre

⁵ F. GARCÉS DE LOS FAYOS, *At a Glance: The Outcome of the Ninth Arctic Council Ministerial Meeting*, DG EXPO/B/PolDep/Note/2015_171, 2015, www.europarl.europa.eu.

⁶ Oltre alla Commissione europea, membri del Consiglio euro-artico di Barents sono: Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Russia e Svezia. Il Consiglio euro-artico di Barents si pone l'obiettivo di favorire lo sviluppo sostenibile di tale area. Maggiori informazioni su www.barentscooperation.org.

⁷ Il Consiglio degli Stati del Mar Baltico (CBSS) è stato creato nel 1992 e ne fanno parte Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia, Estonia, Lettonia, Lituania, Germania, Polonia, Federazione russa, Unione europea e Consiglio artico. Vedi anche il sito www.cbss.org.

⁸ Oltre all'UE, la Dimensione settentrionale comprende Russia, Norvegia e Islanda ed è volta a favorire il dialogo e la cooperazione tra i partecipanti, garantendo stabilità, cooperazione economica e sviluppo sostenibile. Essa è stata rilanciata dall'UE nel 2006; partecipano ai suoi lavori, tra gli altri, numerosi fori di cooperazione sub-regionale esistenti nell'area, inclusi: i già menzionati Consiglio euro-artico di Barents e Consiglio degli Stati del Mar Baltico ed il Consiglio nordico dei Ministri (NCM), creato nel 1972 da Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia. Vi è, quindi, un'inevitabile necessità di maggiore coordinamento. Sul punto v. P. AALTO, A. A. ESPÍRITU, S. KILPELÄINEN, D. A. LANKO, *The Coordination of Policy Priorities among Regional Institutions from the Baltic Sea to the Arctic: The Institutions – Coordination Dilemma*, in *Journal of Baltic Studies*, 2017, 135 ss.

⁹ S. WEBER, I. ROMANYSHYN, *Breaking the Ice: The European Union and the Arctic*, in K. BATTARBEE, J. E. FOSSUM (eds.), *Arctic Contested*, Bruxelles, 2014, p. 123.

¹⁰ N. WEGGE, *Small State, Maritime Great Power? Norway's Strategies for Influencing the Maritime Policy of the European Union*, in *Maritime Policy*, 2010, p. 335 ss.; N. WEGGE, *The EU and the Arctic: European Foreign Policy in the Making*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2012, p. 15.

¹¹ K. OFFERDAL, *The EU in the Arctic: In Pursuit of Legitimacy and Influence*, in *International Journal*, 2011, p. 863 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Tuttavia, anche se parte del loro territorio si trova a nord del circolo polare artico, Finlandia e Svezia non sono bagnate dal Mar Glaciale artico. La Groenlandia, invece, permette alla Danimarca di essere considerata Stato costiero artico, anche se nel 1979 il Governo danese le ha concesso l'*home*

il circolo polare artico e che altri due Stati artici, Norvegia e Islanda, pur non essendo membri UE, fanno parte dell'Accordo di Schengen. Oltre all'estensione territoriale, l'attuale maggiore interesse dell'UE per l'Artico è dovuto alla volontà di contribuire alla lotta ai cambiamenti climatici¹⁴ e all'intento di favorire la ricerca scientifica e lo sviluppo sostenibile della zona. A tale proposito, tra gli impegni al riguardo finora presi si possono ricordare, tra gli altri, la ratifica insieme ai suoi Stati membri della Convenzione-quadro ONU sui cambiamenti climatici e dell'Accordo di Parigi¹⁵, la volontà di raggiungere entro il 2030 gli obiettivi di sviluppo sostenibile e il ruolo di primo piano assunto nel finanziamento di progetti di ricerca scientifica nell'Artico.

Per il raggiungimento di questi ed altri obiettivi, l'Unione europea esercita innumerevoli competenze esclusive, concorrenti e di sostegno, coordinamento o completamento in settori rilevanti per l'Artico¹⁶. In particolare, questioni di fondamentale importanza per l'Artico, quali ad esempio la navigazione marittima, la pesca, la lotta ai cambiamenti climatici e lo sfruttamento degli idrocarburi, figurano tra le competenze concorrenti dell'UE (art. 4 TFUE), mentre la conservazione delle risorse biologiche marine nell'ambito della politica comune della pesca, la politica commerciale comune e le regole connesse alla concorrenza non falsata nel mercato interno appartengono, invece, a quelle esclusive (art. 3 TFUE) esercitate da Bruxelles¹⁷. Infine, la tutela ed il miglioramento della salute umana, l'industria, la cultura e il turismo fanno parte delle competenze di sostegno, coordinamento o completamento (art. 6 TFUE).

2. Nonostante l'UE eserciti tali importanti competenze nell'Artico, la sua domanda di ammissione al Consiglio artico in qualità di osservatore rimane per il momento pendente. Tale insolita situazione si protrae ormai, come detto, dal 2008. Nel 2009, durante la riunione tenutasi a Tromsø (Norvegia), la decisione finale concernente l'ammissione di nuovi osservatori – che deve essere presa all'unanimità dagli otto Stati membri del Consiglio artico – venne rimandata alla successiva riunione ministeriale che si sarebbe tenuta nel 2011, a conclusione della scadenza della presidenza danese ed in vista dell'adozione di criteri concernenti il ruolo e la partecipazione ai lavori del Consiglio artico degli osservatori stessi¹⁸.

Identica la situazione due anni più tardi, nonostante che durante la riunione ministeriale di Nuuk (Groenlandia), gli Stati membri del Consiglio artico avessero

rule, ossia l'autogoverno. Sulla peculiare situazione della Groenlandia e sulla sua rilevanza geopolitica nell'ambito della regione artica si vedano: J. M. SHADIAN, *The Arctic Gaze: Redefining the Boundaries of the Nordic Region*, in S. SORLIN (ed.), *Science, Geopolitics and Culture in the Polar Region: Norden Beyond Borders*, 2016, New York, p. 279 ss.; N. LOUKACHEVA, *The Arctic Promise: Legal and Political Autonomy of Greenland and Nunavut*, 2007, Toronto, p. 115 ss.

¹⁴ Sulla politica UE in materia di cambiamenti climatici e sicurezza v., S. MARINAI, *EU, Climate Change and Arctic Security Matters*, in questo fascicolo.

¹⁵ La Convenzione-quadro è in vigore per l'UE dal 21 marzo 1994, mentre il Protocollo di Parigi dal 4 novembre 2016. Si veda anche www.unfccc.int.

¹⁶ La suddivisione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri è indicata negli articoli 2, 3, 4 e 6 TFUE.

¹⁷ Sul tema si vedano: T. KOIVUROVA *et al.*, *The Present and Future Competence of the European Union in the Arctic*, in *Polar Record*, 2012, p. 362 ss.; R. CHURCHILL, *The European Union and the Challenges of Marine Governance: From Sectoral Response to Integrated Policy?*, in V. DAVOR, P. J. SCHEI (eds.), *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, Leiden, 2014, p. 398 ss.

¹⁸ *Tromsø Declaration on the Occasion of the Sixth Ministerial Meeting of the Arctic Council*, 29 aprile 2009, Tromsø, p. 9, www.arctic-council.org.

adottato tali criteri e dichiarato che tutte le domande pendenti sarebbero state esaminate tenendone debitamente conto¹⁹. Tra i sette criteri sulla base dei quali deve essere esaminata anche la domanda di ammissione dell'UE figurano: il riconoscimento della sovranità degli Stati artici e dei loro diritti all'interno delle aree sottoposte alla loro giurisdizione, l'osservanza del diritto internazionale del mare, così come previsto in particolare dall'UNCLOS, quale quadro normativo di riferimento per tale regione ed il rispetto della cultura, delle tradizioni, dei valori e degli interessi delle popolazioni indigene e degli altri abitanti dell'Artico²⁰.

Durante la successiva riunione ministeriale, tenutasi nel 2013 a Kiruna (Svezia), sei nuovi Stati – ossia Cina, India, Italia, Giappone, Repubblica di Corea e Singapore – sono stati ammessi come osservatori²¹. L'esame della domanda dell'Unione europea, invece, è stato nuovamente rimandato e la dichiarazione finale adottata dagli otto Stati artici in tale occasione cerca – in maniera diplomatica – di distinguere tra il positivo ricevimento della domanda e il differimento dell'adozione di una decisione finale su tale questione. Gli Stati artici affermano, infatti: “The Arctic Council receives the application of the EU for observer status affirmatively, but defers a final decision on implementation until the Council ministers are agreed by consensus that the concerns of Council members (...) are resolved”²².

Come già accennato, la domanda di ammissione dell'UE come osservatore nel Consiglio artico aveva suscitato il voto contrario del Canada. Tale atteggiamento era dovuto all'adozione da parte dell'UE nel 2009 di due regolamenti volti ad armonizzare la normativa degli Stati membri sull'immissione nel mercato interno di prodotti ottenuti attraverso la caccia alla foca. In particolare, il regolamento (CE) n. 1007/2009 ne proibiva l'importazione e la commercializzazione sul territorio dell'Unione, eccezion fatta per quei prodotti derivati dalla caccia alla foca praticata tradizionalmente dalle comunità Inuit – così come da altre comunità indigene – che contribuivano alla loro sussistenza²³. Il regolamento (UE) n. 737/2010 della Commissione, del 10 agosto 2010, relativo all'applicazione del regolamento 1007/2009, stabiliva, invece,

¹⁹ *Nuuk Declaration on the Occasion of the Seventh Ministerial Meeting of the Arctic Council*, 12 maggio 2011, Nuuk, p. 2, www.arctic-council.org.

²⁰ I sette criteri sono: “Accept and support the objectives of the Arctic Council defined in the Ottawa declaration. Recognize Arctic States’ sovereignty, sovereign rights and jurisdiction in the Arctic. Recognize that an extensive legal framework applies to the Arctic Ocean including, notably, the Law of the Sea, and that this framework provides a solid foundation for responsible management of this ocean. Respect the values, interests, culture and traditions of Arctic indigenous peoples and other Arctic inhabitants. Have demonstrated a political willingness as well as financial ability to contribute to the work of the Permanent Participants and other Arctic indigenous peoples. Have demonstrated their Arctic interests and expertise relevant to the work of the Arctic Council. Have demonstrated a concrete interest and ability to support the work of the Arctic Council, including through partnerships with member states and Permanent Participants bringing Arctic concerns to global decision making bodies”. Cfr. *Arctic Council Rules of Procedure*, Kiruna, 2013, p. 14, www.arctic-council.org.

²¹ *Kiruna Declaration on the Occasion of the Eight Ministerial Meeting of the Arctic Council*, Kiruna, 2013, www.arctic-council.org. In tale occasione è stato anche adottato un manuale volto a regolamentare i lavori degli organi sussidiari del Consiglio artico. Esso stabilisce, in particolare, che soltanto il Consiglio artico può nominare dei nuovi osservatori, per cui tale potere non si estende ai suoi gruppi di lavoro. Cfr. *Observer Manual for Subsidiary Bodies*, Kiruna, 2013, www.arctic-council.org.

²² *Kiruna Declaration*, p. 6.

²³ Regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, sul commercio dei prodotti derivanti dalla foca.

le modalità con cui – attraverso una certificazione rilasciata da un organismo riconosciuto – le popolazioni Inuit avrebbero potuto avvalersi della deroga loro concessa²⁴.

Il regolamento 1007/2009, oltre ad armonizzare la normativa degli Stati membri in tale settore, costituiva anche una risposta alle “preoccupazioni dei cittadini e dei consumatori sul benessere degli animali in relazione all’uccisione e alla scuoiatura delle foche e sulla possibile presenza sul mercato di prodotti derivati da animali uccisi e scuoiati con modalità che causano dolore, angoscia, paura e altre forme di sofferenza”²⁵. La normativa in questione fondava, quindi, il divieto di commercializzare prodotti ottenuti dalla caccia alla foca su principi etici condivisi – secondo l’UE – dai consumatori europei²⁶. Dal canto loro, le popolazioni indigene artiche ritengono la caccia alla foca parte del loro stile di vita e mezzo di sussistenza. Inoltre, i regolamenti UE rendevano oneroso e complesso dimostrare la provenienza dei prodotti ottenuti attraverso la caccia alla foca e gli indigeni trovavano difficoltà nel potersi avvalere dell’eccezione loro concessa e poter, quindi, immettere i propri prodotti sul mercato dell’UE²⁷. Tale differenza di posizioni ha generato una controversia, su cui sono stati chiamati a giudicare sia il Tribunale dell’Unione europea, sia, in appello la Corte di giustizia²⁸, oltre a due Panels dell’Organizzazione mondiale del commercio (OMC) istituiti per i *EC-Seal Products*²⁹.

²⁴ Art. 3.1 del regolamento 1007/2009. Altre due deroghe erano inserite nell’art. 3.2 del regolamento e riguardavano, in particolare, l’importazione su base occasionale da parte di viaggiatori e quella non lucrativa collegata a sottoprodotti ottenuti dalla caccia regolamentata a livello nazionale e praticata al fine di garantire una gestione sostenibile delle risorse marine.

²⁵ 5° ‘considerando’ del regolamento 1007/2009.

²⁶ Tali preoccupazioni erano emerse in uno studio – peraltro severamente criticato dalle popolazioni indigene dell’Artico – condotto dall’Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA). Cfr. EUROPEAN FOOD SAFETY AUTHORITY, *Scientific Opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a Request from the Commission on the Animal Welfare Aspects of the Killing and Skinning of Seals*, in *The EFSA Journal*, 2007, p. 1 ss.

²⁷ M. HENNIG, R. CADDELL, *On Thin Ice? Arctic Indigenous Communities, the European Union and the Sustainable Use of Marine Mammals*, in N. LIU, E. A. KIRK, T. HENRIKSEN (eds.), *The European Union and the Arctic*, Leiden, 2017, p. 308.

²⁸ La Inuit Tapiriit Kanatami e altre organizzazioni indigene hanno proposto un ricorso al Tribunale UE volto all’annullamento del regolamento 1007/2009. Il Tribunale, con l’ordinanza del 6 settembre 2011, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, ha respinto il ricorso, considerandolo irricevibile. Successivamente, l’impugnazione proposta avverso tale ordinanza è stata respinta dalla Corte di giustizia, con la sentenza del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*. Tali organizzazioni hanno, quindi, proposto un ricorso al Tribunale UE volto all’annullamento del regolamento 737/2010. Anche in questo caso, il Tribunale ha respinto il ricorso con l’ordinanza del 25 aprile 2013, causa T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione e a. e* la Corte di giustizia ha respinto l’impugnazione con sentenza del 3 settembre 2015, causa C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione e a.* Per un’analisi dei casi si vedano: M. HENNIG, *The EU Seal Products Ban: Why Ineffective Animal Welfare Protection Cannot Justify Trade Restrictions under European and International Trade Law*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2015, p. 74 ss.; S. VEZZANI, *The Inuit Tapiriit Kanatami II Case and the Protection of Indigenous Peoples’ Rights: A Missed Opportunity?*, in *European Papers*, 2016, p. 307 ss., www.europeanpapers.eu.

²⁹ Nel 2011, infatti, il Canada e la Norvegia avevano chiesto l’istituzione di due Panels volti a chiarire se le misure restrittive del commercio dei prodotti della foca adottate dall’UE avessero violato alcune disposizioni del General Agreement on Tariffs and Trade del 1994 (GATT), dell’Accordo sull’agricoltura dell’OMC e dell’Accordo sugli ostacoli tecnici al commercio. Tutte e tre le Parti avevano poi presentato ricorso in appello, chiedendo la costituzione di un Appellate Body. Anche se l’Appellate Body ha concluso che tali misure potevano essere adottate dall’UE, esso ha anche, in particolare, contestato la deroga inserita nell’art. 3.1 del regolamento 1007/2009 – riguardante i prodotti derivati dalla caccia alla foca praticata tradizionalmente dalle comunità Inuit – per la quale si è riscontrata una situazione discriminatoria arbitraria ed ingiustificata. L’UE

La distanza tra la posizione canadese e quella dell'UE si è andata nel tempo attenuando, anche grazie all'adozione da parte dell'UE di due nuovi regolamenti, il 2015/1775 e il 2015/1850, sul divieto di commercio di prodotti derivati dalla foca, che hanno sostituito quelli adottati nel 2009 e 2010³⁰ e del riconoscimento del Governo di Nunavut quale organo di certificazione dei prodotti ottenuti dalla caccia alle foche³¹.

Ciò nonostante, la domanda dell'Unione europea rimane tuttora pendente e la dichiarazione adottata dal Consiglio artico durante la riunione ministeriale di Iqaluit dell'aprile 2015 ha continuato a rimandare ogni decisione in proposito alla successiva riunione ministeriale³². Anche nella successiva dichiarazione di Fairbanks (Stati Uniti), adottata nel maggio 2017, non si rinviene alcun riferimento all'esame dello *status* di osservatore dell'Unione europea nel Consiglio artico³³. In quest'ultima occasione, in realtà, è stata la Russia a porre il veto all'ammissione dell'UE come osservatore. Ciò sarebbe dovuto non solo all'interesse russo di mantenere una posizione di *leadership* nell'area, ma anche al fatto che la guerra in Ucraina, l'annessione della Crimea da parte della Federazione russa e le sanzioni che ne sono seguite nei confronti di Mosca, hanno reso i rapporti tra l'UE e la Federazione russa tesi³⁴. Prova sarebbe l'adozione da parte del Parlamento europeo nel marzo 2017 di una risoluzione, in cui si manifestano preoccupazioni per "l'aumento delle forze militari russe che stazionano nella regione, la costruzione e la riapertura di basi militare russe e la creazione di un distretto militare artico russo"³⁵, che indubbiamente non è stata gradita da Mosca.

ha, quindi, deciso di modificare i regolamenti 1007/2009 e 737/2010, al fine di dare attuazione alle raccomandazioni e decisioni adottate dall'organo di conciliazione dell'OMC. Cfr. WTO, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products: Reports by the Panels*, WT/DS400/R (Canada) e WT/DS401/R (Norway), 25 November 2013; WTO, *Appellate Body Reports, EC – Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, 22 May 2014, www.wto.org. Per un'analisi dei casi, si vedano: C. J. EKUZIBDIM, *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, in *Manchester Journal of International Economic Law*, 2014, p. 312 ss.; R. HOWSE, J. LANGILLE, K. SYKES, *Pluralism in Practice: Moral Legislation and the Law of the WTO after Seal Products*, in *George Washington International Law Review*, 2015, p. 81 ss.; P. CONCONI, T. VOON, *EC-Seal Products: The Tension between Public Morals and International Trade Agreements*, in *World Trade Review*, 2016, p. 211 ss. Sui diritti delle popolazioni indigene alle risorse naturali v. R. VIRZO, *Diritti dei popoli indigeni e conservazione, gestione e commercializzazione di risorse naturali nel diritto internazionale*, in M. B. DELI et al. (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, 2012, p. 341 ss.; nonché A. L. PALMISANO, P. PUSTORINO (a cura di), *Identità dei Popoli Indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Siena, 2007.

³⁰ Regolamento (UE) 2015/1775 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2015, che modifica il regolamento (CE) n. 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca e che abroga il regolamento (UE) n. 737/2010 della Commissione; regolamento (UE) 2015/1775 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 2015, che modifica il regolamento (CE) n. 1007/2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca e che abroga il regolamento (UE) n. 737/2010 della Commissione; regolamento di esecuzione (UE) 2015/1850 della Commissione, del 13 ottobre 2015, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sul commercio dei prodotti derivati dalla foca.

³¹ Tale eccezione si applica se la caccia è stata condotta da membri della comunità indigena Inuit, in quanto parte del loro stile di vita e di sussistenza e nel rispetto delle regole stabilite per l'applicazione dell'eccezione sui metodi di uccisione delle foche. Cfr. *European Union approves exemption for Nunavut seal hunt*, Press release, Iqaluit, 31 luglio 2015, www.gov.nu.ca.

³² *Iqaluit Declaration: on the Occasion of the Ninth Ministerial Meeting of the Arctic Council*, Iqaluit, 24 aprile 2015, par. 51, www.arctic-council.org.

³³ *Fairbanks Declaration 2017: on the Occasion of the Tenth Ministerial Meeting of the Arctic Council*, Fairbanks, 11 maggio 2017, www.arctic-council.org.

³⁴ P. AALTO, A. A. ESPÍRITU, S. KILPELÄINEN, D. A. LANKO, *op. cit.*, p. 151.

³⁵ 2016/2228(INI), par. 30.

Tuttavia, si conviene con alcuni esperti che esisterebbero anche altri motivi non privi di importanza che, negli ultimi anni, hanno bloccato il tentativo dell'UE di divenire osservatore nel Consiglio artico, tra i quali figurerebbero, soprattutto, la sua particolare natura di organizzazione internazionale *sui generis*, la difficoltà di individuare con chiarezza la suddivisione delle competenze con i suoi Stati membri e la preoccupazione che tale organizzazione possa divenire troppo determinante all'interno del Consiglio artico o che possa giungere a ridurre il ruolo riconosciuto alle popolazioni indigene in quanto parti permanenti³⁶.

Un altro motivo di difficoltà per l'UE sarebbe il conflitto di interessi sorto con la Groenlandia e la Norvegia, sempre per la caccia alle foche, e con l'Islanda³⁷ per la caccia alle balene³⁸, contro la quale l'UE ha organizzato e diretto una campagna internazionale³⁹. Per questo, è stato affermato che sarebbe importante che l'UE evitasse “an over-assertive *Besserwisser* ('one who knows better') approach, and (...) accept more indirect ways of spreading European ideas on occasion – notably through the Nordics, and perhaps also through private sector actors and NGOs”⁴⁰.

In questa situazione, non sorprende, dunque, il parziale sostegno all'UE nel suo tentativo di entrare nel Consiglio artico da parte dei tre Stati artici membri. Infatti, anche se le loro strategie per l'Artico riconoscono l'importante ruolo svolto dall'UE nella regione, essi non mancano di sottolineare alcuni problemi: la Danimarca, ad esempio, nota che “it will be important that the EU's involvement in the Arctic takes place on the Arctic populations' own terms. We must seek to avoid further cases where the laws, traditions, cultures and needs of Arctic societies are neglected, as for example in the EU's ban on the import of seal products”⁴¹. A loro volta, Finlandia e Svezia sottolineano come la politica artica dell'UE sia ancora in via di definizione e riconoscono l'importanza di supportarne il processo di elaborazione⁴².

3. La situazione di incertezza in cui l'UE viene mantenuta è probabilmente all'origine del mancato sviluppo della politica comune per l'Artico. Il primo riferimento all'Artico si rinviene all'interno del libro verde della Commissione europea adottato nel 2006 e volto a promuovere una politica marittima europea⁴³. In esso,

³⁶ A. AIROLDI, *The European Union and the Arctic: Developments and Perspectives 2010 – 2014*, Copenhagen, 2014, p. 20.

³⁷ Nel periodo compreso tra il 2009 ed il 2015, l'Islanda è stata un Paese candidato ad entrare nell'UE. I motivi che l'hanno spinta ad abbandonare l'idea di entrare nell'UE sono molteplici; tuttavia, tra essi figurerebbe anche la questione della caccia alla balena. Cfr. P. KOBZA, *Accession of Iceland to the European Union: A Failure Beyond Repair?*, in *European Foreign Affairs Review*, 2017, p. 129 ss.

³⁸ In proposito si veda P. DAVIES, *Iceland and European Union Accession: The Whaling Issue*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2011, p. 23 ss.

³⁹ *Memo: EU leads an international demarche against whaling by Iceland*, Brussels, 15 settembre 2014.

⁴⁰ A. J. K. BAILES, K. Þ. ÓLAFSSON, *The EU Crossing Arctic Frontiers: The Barents Euro-Arctic Council, Northern Dimension, and EU-West Nordic Relations*, in N. LIU, E. A. KIRK, T. HENRIKSEN (eds.), *op. cit.*, p. 62.

⁴¹ KINGDOM OF DENMARK, *Denmark, Greenland and the Faroe Islands: Kingdom of Denmark Strategy for the Arctic 2011-2020*, 2011, p. 52, www.arctic-council.org; GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN, *Sweden's Strategy for the Arctic region*, 2011, www.government.se.

⁴² PRIME MINISTER'S OFFICE, *Finland's Strategy for the Arctic Region 2013: Government resolution on 23 August 2013*, 2013, p. 47, www.vnk.fi.

⁴³ *Towards a future Maritime Policy for the Union: A European vision for the oceans and seas*, Brussels, 7 giugno 2006, COM(2006)275 fin. In proposito tra gli altri si veda A. DEL VECCHIO (a cura di),

così come nella successiva comunicazione sulla politica marittima integrata dell'UE, si dichiara che l'Unione ha un ruolo fondamentale da svolgere nella gestione degli oceani, incluso il Mar Glaciale artico, nel quale i cambiamenti climatici comportano alcune rilevanti "implicazioni geopolitiche"⁴⁴.

La prima comunicazione della Commissione europea dedicata specificamente alla regione artica viene però pubblicata due anni più tardi⁴⁵. Essa si basa su un documento strategico congiunto elaborato dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dalla Commissione europea, noto come Rapporto Solana, che caldeggiava l'adozione di una politica per l'Artico "based on the evolving geo-strategy of the Arctic region, taking into account, inter alia, access to resources and the opening of new trade routes"⁴⁶. La Comunicazione dedica ampio spazio ad aspetti della c.d. *low politics*, riguardanti la tutela dell'ambiente, la collaborazione con le popolazioni indigene dell'Artico e la promozione della ricerca scientifica⁴⁷. Tali temi vengono presi in considerazione all'interno della prima delle tre macro-aree di intervento identificate dalla Commissione, ossia quella volta a "tutelare e preservare l'Artico di concerto con la sua popolazione"⁴⁸. La seconda macro-area, avente l'obiettivo di "promuovere un uso sostenibile delle risorse" include, invece, aspetti di *high politics* ossia, lo sfruttamento delle riserve di idrocarburi dell'Artico, la pesca e i trasporti marittimi⁴⁹. Infine, la terza macro-area, diretta a "contribuire a una migliore governance multilaterale nell'Artico", comprende le azioni volte a favorire la collaborazione bilaterale e multilaterale, al fine di trovare soluzioni condivise ad alcune questioni rilevanti per l'Artico.

Tale comunicazione viene esaminata dal Consiglio UE che, nelle conclusioni dell'8 dicembre 2009, indica alcune aree prioritarie di intervento per il futuro, al fine di delineare in maniera più netta i contorni della politica dell'UE per l'Artico. Tra i punti fondamentali figura, oltre il riconoscimento del ruolo decisivo svolto dal Consiglio artico, considerato come "the primary competent body for circumpolar regional cooperation"⁵⁰, l'approccio basato sul consenso e la cooperazione con gli Stati ed i territori artici non membri dell'UE – ossia Canada, Groenlandia, Islanda, Norvegia, Russia e Stati Uniti – così come con altri attori rilevanti interessati all'Artico⁵¹.

Alla comunicazione della Commissione europea del 2008 hanno fatto seguito altre due comunicazioni adottate congiuntamente dalla Commissione e dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, rispetti-

La politica marittima comunitaria, Roma, 2009.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 10 ottobre 2007, *Una politica marittima integrata per l'Unione europea*, COM(2007)575 def., p. 14.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, del 20 novembre 2008, *L'Unione europea e la regione artica*, COM(2008)763 def.

⁴⁶ *Climate Change and International Security*, 14 marzo 2008, S 113/08, par. III.6.

⁴⁷ S. WEBER, I. ROMANYSHYN, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁸ COM(2008)763 def., p. 3 ss.

⁴⁹ *Ivi*, p. 7 ss.

⁵⁰ Consiglio Affari esteri, *Council conclusions on Arctic issues*, 8 dicembre 2009, p. 4, par. 17.

⁵¹ *Ivi*, p. 5, par. 18. Si ricorda, infatti, che lo *status* di osservatore presso il Consiglio artico è stato finora attribuito a tredici Stati – sei dei quali non appartenenti all'UE, ossia Svizzera, Giappone, Repubblica popolare cinese, Repubblica di Corea, India e Singapore – e tredici organizzazioni intergovernative o inter-parlamentari, tra cui *inter alia*, il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), l'Organizzazione meteorologica internazionale (WMO) e il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (UNDP). Si veda la lista completa su www.arctic-council.org.

vamente, nel 2012⁵² e nel 2016⁵³. La prima si propone principalmente di mostrare – attraverso un'elencazione di attività svolte, la previsione di finanziamenti per attività di ricerca nell'Artico ed impegni per il futuro – l'importante ruolo che l'Unione europea svolge in questa regione. Non a caso, come già detto, l'Unione europea ha presentato domanda di ammissione in qualità di osservatore al Consiglio artico già nel 2008. In particolare, secondo alcuni⁵⁴, in quel momento era “important to send messages which would reassure the Arctic countries of the EU's ‘good intentions’ as well as of the useful role it could play in the region”.

Tuttavia, il mancato riconoscimento dello *status* di osservatore all'UE ha imposto all'Unione di continuare a lavorare per vincere le perplessità di alcuni Stati membri del Consiglio artico. In questo senso deve, dunque, essere intesa la comunicazione adottata congiuntamente dalla Commissione e dall'Alto rappresentate nel 2016. Quest'ultima – come le precedenti – indirizza le priorità dell'UE nella regione artica in tre direzioni principali: combattere i cambiamenti climatici e proteggere l'ambiente, favorire lo sviluppo sostenibile della regione e promuovere una *governance* condivisa dell'Artico attraverso la cooperazione internazionale multilaterale e bilaterale⁵⁵. Se le preoccupazioni per i cambiamenti climatici rimangono un *leitmotiv* importante della strategia dell'UE – basti pensare al riferimento al dovere dell'UE di proteggere l'ambiente Artico⁵⁶ – i chiari *obiettivi strategici* e le *proposte di intervento* della comunicazione del 2008 lasciano il passo ad alcune *risposte politiche*, che non solo – come nella comunicazione adottata nel 2012 – elencano attività e finanziamenti dell'UE volti a dimostrare il suo indubbio interesse per l'area artica, ma che – in maniera più dettagliata rispetto al passato – includono riferimenti alle norme di diritto internazionale che debbono trovare applicazione nell'Artico⁵⁷ ed ai settori per i quali *standard* aggiuntivi sarebbero necessari⁵⁸. Tuttavia, come quella

⁵² *Definire una politica dell'Unione europea per la regione artica: progressi compiuti dal 2008 e prossime tappe*, 26 giugno 2012, JOIN(2012)19 fin.

⁵³ *Una politica integrata dell'Unione europea per l'Artico*, 27 aprile 2016, JOIN(2016)21 fin.

⁵⁴ A. AIROLDI, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ JOIN(2016)21 fin., p. 4.

⁵⁶ *Ivi*, p. 3.

⁵⁷ Un chiaro riferimento viene fatto ad alcuni accordi rilevanti per l'Artico, tra i quali: la più volte richiamata Convenzione-quadro e l'Accordo di Parigi, l'UNCLOS, la Convenzione sulla Biodiversità, la Convenzione OSPAR, la Convenzione sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero di lunga distanza e il Protocollo di Göteborg, nonché la Convenzione internazionale di Minamata sul mercurio.

⁵⁸ Tra le questioni maggiormente rilevanti, vi è l'adozione di un trattato in materia di conservazione e uso sostenibile della biodiversità marina artica nella zona al di là della giurisdizione degli Stati costieri artici nel Mar Glaciale artico centrale. Il 16 luglio 2015 tali Stati (Canada, Danimarca, Norvegia, Russia e USA) hanno adottato la Dichiarazione di Oslo (*Declaration concerning the Prevention of Unregulated High Sea Fishing in the Central Arctic Ocean*, www.regjeringen.no), in cui hanno stabilito: “We will authorize our vessels to conduct commercial fishing in this high seas area only pursuant to one or more regional or subregional fisheries management organizations or arrangements that are or may be established to manage such fishing in accordance with recognized international standards”. Tale Dichiarazione era stata fortemente voluta da 2.000 scienziati di 67 Paesi che, nell'aprile 2012, avevano inviato una lettera aperta (consultabile su www.pewtrusts.org), ai cinque Stati costieri artici. In seguito all'adozione della Dichiarazione di Oslo, i cinque Stati hanno accettato di allargare il tavolo negoziale, includendo i cinque attori maggiormente rilevanti nel settore della pesca, ossia Cina, Corea del Sud, Giappone, Islanda e UE. Si sono finora tenute cinque riunioni, ma il testo finale dell'accordo non è stato ancora adottato. Tuttavia, sembrerebbe che numerosi progressi siano stati compiuti durante l'ultima riunione, tenutasi a Reykjavik (Islanda) nel marzo 2017, per cui i punti su cui la discussione è ancora aperta sono: “a description or definition of the Agreement Area; the conditions under which a decision might be made to commence

del 2012, anche questa comunicazione, invece di indicare una strategia chiara e unitaria per il futuro, elenca attività, politiche e finanziamenti per l'Artico, tanto da dare l'impressione di servire "primarily as public relations statements directed towards both Arctic actors and the public of the EU"⁵⁹.

Infine, nelle sue brevi conclusioni sull'Artico adottate nel giugno 2016, il Consiglio, riunitosi a livello dei Ministri degli esteri, accoglie positivamente la comunicazione della Commissione e dall'Alto rappresentate e riconosce la rilevanza dell'approccio da essi adottato nel difficile bilanciamento tra sviluppo sostenibile dell'Artico e tutela del fragile ambiente minacciato dai cambiamenti climatici⁶⁰. Secondo il Consiglio: "An ambitious cross-spectrum and well-coordinated Arctic policy will contribute to the EU's engagement in an increasingly strategically important region"⁶¹.

Nonostante però tali enunciazioni di principio, come riconosciuto anche dal Parlamento europeo nella sua risoluzione del 16 marzo 2017, una politica integrata comune per l'Artico è ancora in attesa di una precisa elaborazione⁶² e l'Unione si mostra concentrata più a dimostrare quanto le politiche, le attività e i finanziamenti previsti per la ricerca scientifica siano rilevanti per tale regione, che ad indicare linee direttrici e a prevedere norme per la strategia futura.

La prossima riunione ministeriale del Consiglio artico si terrà nel 2019, a conclusione del biennio di presidenza finlandese; bisognerà, quindi, attendere tale evento per sapere se l'UE riuscirà a vincere le perplessità degli otto Stati artici e a ottenere finalmente di essere ammessa a pieno titolo in qualità di osservatore.

Abstract

The EU Arctic Policy and the Recognition of Its Observer *de facto* status in the Arctic Council

The European Union first sought after admission as an observer in the Arctic Council in 2008. However, the decision on this issue was postponed until the 2013 Kiruna ministerial meeting, when the eight Arctic states granted a *de facto* status as observer to the European Union, pending the solution of a dispute with Canada on the EU ban on the commercialization of seal products. However, even if Canada lifted its veto during the 2017 Fairbanks meeting, Russia objected to the EU admission as an observer. In the meantime, the EU makes slow progress towards the development of an integrated policy for the Arctic region.

negotiations on an agreement to establish one or more additional regional or subregional fisheries management organizations or arrangements for the high seas portion of the central Arctic Ocean; the possibility to adopt other conservation and management measures that could apply after such negotiations have commenced; and decision-making procedures". Cfr.: U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Meeting on High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean: Chairman's Statement*, 27 marzo 2017, www.state.gov.

⁵⁹ A. STĘPIEŃ, T. KOIVUROVA, *Formulating a Cross-cutting Policy: Challenges and Opportunities for Effective EU Arctic Policy-making*, in N. LIU, E. A. KIRK, T. HENRIKSEN (eds.), *op. cit.*, p. 24.

⁶⁰ Consiglio Affari esteri, *Council conclusions on the Arctic*, 20 giugno 2016.

⁶¹ *Ivi*, par. 2.

⁶² Risoluzione del Parlamento europeo, del 16 marzo 2017, *Una politica integrata dell'Unione europea per l'Artide*, 2016/2228(INI), p. 1.

Libri ricevuti



Roberto Adam, Antonio Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. XXII-1024.

Chiara Amalfitano, Massimo Condinanzi, Paolo Iannuccelli, *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. LIX-1467.

Zeno Crespi Reghizzi, *L'intervento "come non parte" nel processo davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. XVIII-494.

Matteo Del Chicca, *La pirateria marittima. Evoluzione di un crimine antico*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. X-292.

Gian Candido De Martin, Francesco Merloni (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma, LUISS University Press, 2017, pp. 290.

Marcella Distefano, *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale. Temi scelti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 285.

Marcella Distefano, *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 97.

Madia D'Onghia, Eugenio Zaniboni (a cura di), *Tutela dei soggetti deboli e trasformazioni del lavoro tra diritti e libertà. Prospettive nazionali e internazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 213.

Giancarlo Guarino, *Il conflitto in Siria tra guerra rivoluzione e terrorismo. Alla ricerca di una logica (... normativa?)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 193.

Ivan Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2017, pp. VIII-149.

Federico J. Lacava, Piergiuseppe Otranto, Antonio F. Uricchio (a cura di), *Funzione promozionale del diritto e sistemi di tutela multilivello*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 392.

Sara Pugliese, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, Bari, Cacucci, 2017, pp. XIII-214.

Indice degli autori



Giandonato CAGGIANO
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Adelina ADINOLFI
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Firenze

Maria Caterina BARUFFI
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Verona

Concetta BRESCIA MORRA
associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Roma Tre

Francesco CHERUBINI
ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Gianpaolo Maria RUOTOLO
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia

Caterina FRATEA
ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Verona

Nicola RUCCIA
docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nel Politecnico di Bari

Giovanni CELLAMARE
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Valeria DI COMITE
associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Simone MARINAI
associato di Diritto internazionale nell'Università di Pisa

Gabriele ASTA
dottore di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Davide PIANCONE

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Silvia SCARPA

docente a contratto di International Law nella LUISS "Guido Carli" di Roma



TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l'intento di avvicinare l'utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L'ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all'accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



Orari di apertura al pubblico:

lunedì - venerdì: ore 10.00 - 13.00

martedì e giovedì: ore 15.00 - 18.00

Europe Direct Puglia

via Giuseppe Suppa, 9
70121 Bari tel. (+39) 080 5717707

twitter.com/EuropeDirectPuglia

facebook.com/europedirectpuglia

info@europedirectpuglia.eu

www.europedirectpuglia.eu

**SPORTELLO
INFORMATIVO
DELL'UNIONE
EUROPEA**

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	abbonamento annuale 2018	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2018	abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2018).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

Francesco Zuccarelli (Pitigliano (Grosseto) 1702-Firenze 1788)

Paesaggio col ratto d'Europa – olio su tela, cm 142 x 208 – Venezia, Gallerie dell'Accademia

Come è noto, le *Metamorfosi* ovidiane narrano che Zeus, innamorato di Europa figlia del re fenicio Agenore, per conquistarla si presentò a lei, che si intratteneva con le sue amiche sulla spiaggia, trasformato in un mansueto toro bianco, lasciandosi accarezzare e inghirlandare dalla fanciulla e suscitando in lei, grazie alla sua mansuetudine, il desiderio di cavalcarlo. Una volta però che Europa fu salita in groppa all'animale, quest'ultimo, con un improvviso balzo, prese il largo nel mare antistante, allontanandosi con la fanciulla spaventata e implorante, richiamata dalle amiche restate sulla spiaggia. Nonostante il sostanziale rispetto del mito, la messa in scena che ne fornisce Francesco Zuccarelli ha però un sapore palesemente arcadico: il rapimento di Europa è infatti ambientato in un ampio paesaggio bucolico, inquadrato dalle quinte di altissimi alberi dalle chiome verdeggianti, sul cui sfondo compare lo *skyline* di una città che, più che alla fenicia Tiro, si direbbe un'amena città veneta con torri, chiese e fortificazioni. A fronte dello stretto braccio di mare che accoglie il gruppo del toro inghirlandato, accompagnato da amorini, e di Europa seduta sulla sua groppa, vi prevale assai più estesa appare la terraferma dove, in primo piano, compaiono una imperturbabile capretta e un assembramento di figurette femminili che commentano con la loro agitata gestualità l'evento drammatico che si va compiendo. Ma il dramma è più "recitato" che reale, e persino Europa, che si regge con un braccio al toro allargando l'altro in segno di disperazione, non sembra troppo preoccupata per la sua sorte. La liricità e la grazia leggiadra con cui Zuccarelli rappresenta il mito sono, peraltro, pienamente in linea con la poetica *rococo* di un artista che, dopo una prima formazione avvenuta a Firenze nella bottega di Paolo Anesi, e continuata presso i pittori Giovanni Maria Morandi e Pietro Nelli a Roma, dove fu affascinato dalla pittura di Claude Lorrain, pittore di paesaggio nel quale spesso inseriva minuscole figurette, si trasferì verso il 1732 a Venezia, dedicandosi soprattutto a soggetti "arcadici" e pastorali (una bella variante del nostro dipinto è conservata presso la Fondazione Cini, sempre a Venezia), particolarmente apprezzati all'estero, in particolare dai ricchi mecenati inglesi. Ed è proprio a Londra che lo Zuccarelli soggiornò per cinque anni, lasciandovi molti dipinti (oggi in musei e collezioni private inglesi) e suscitando l'ammirazione del grande Joshua Reynolds. Il nostro dipinto, databile tra il 1740/50, risale al suo ritorno in Italia, antecedente ad un nuovo soggiorno a Londra, dove fu tra i fondatori della Royal Academy.

Tornato definitivamente in Italia nel 1773, lo Zuccarelli moriva a Firenze nel 1788.

Clara Gelao, Direttrice Pinacoteca Metropolitana "Corrado Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2018, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2018, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Caccucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2018).

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da

Ennio Triggiani Ugo Villani

Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁵, 2017.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. IVAN INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. LUCA PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna - Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. ANNA IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europea*, 2018.
19. ANDREA CANNONE, *Violazioni dei diritti umani di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. TERESA MARIA MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato inter-*
no, 2018.



ISBN 978-88-6611-652-3



9 788866 116523

€ 28,00