

Studi sull'integrazione europea

numero 2 • 2018 | anno XIII



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 2 • 2018 | anno XIII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 2 • 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, Francesco Bestagno, 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, Gerardo Martino, 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: rivistastudi@gmail.com

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

- Annamaria NICO, Giovanni LUCHENA
Lo Stato sociale *sub condicione* quale esito delle politiche finanziarie: le “raccomandazioni” europee per l’inclusione 249
- Patrizia DE PASQUALE
Verso la refusione del regolamento “Dublino III” 267
- Alessandra MIGNOLLI
Corte di giustizia e misure restrittive individuali tra ampliamento della giurisdizione e *self-restraint* 279
- Elisabetta BERGAMINI
Avvocati e disciplina della professione nel diritto dell’Unione europea: il caso italiano 299
- Amedeo ARENA
Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea 317
- Loredana MURA
La tutela dei rapporti familiari del minore *ex art. 8 CEDU* e la sua attuazione nell’ordinamento italiano 341
- Pierluigi SIMONE
Mancato riconoscimento del genocidio armeno e negoziato di adesione della Turchia all’Unione europea 365
- Giovanni ZARRA
The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform? 389
- Giuseppe PASCALE
“Esternalizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell’Italia e dell’UE per complicità nelle *gross violations* dei diritti umani commesse in Libia 413

NOTE E COMMENTI

Concetta Maria PONTECORVO Recent Developments in the Implementation and Enforcement of the EU Timber Regulation: Signals of an Emerging “Due Diligence Jurisprudence”?	443
Ilaria ANRÒ Tardiva trasposizione della direttiva 2004/80 e responsabilità dello Stato: nuove pronunce e nuovi interventi del legislatore	463
Caterina FRATEA La portata delle direttive in pendenza del termine di recepimento: riflessioni a margine della sentenza <i>Casertana Costruzioni</i>	481
Annita Larissa SCIACOVELLI Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali	499
Federico FERRI Il regolamento “Dublino III” tra crisi migratoria e <i>deficit</i> di solidarietà: note (dolenti) sulle sentenze <i>Jafari</i> e <i>A.S.</i>	519

RECENSIONI

Luca PRETE, <i>Infringement Proceedings in EU Law</i> , Aalphen aan den Rijn, Kluwer, 2017 (R. Mastroianni)	535
Libri ricevuti	537
Indice degli autori	539

Summary



ARTICLES

- Annamaria NICO, Giovanni LUCHENA
The *sub condicione* Welfare State as a Result of Financial Policies: The European “Recommendations” for Inclusion 249
- Patrizia DE PASQUALE
Towards the Reform of “Dublin III” Regulation 267
- Alessandra MIGNOLLI
Court of Justice and Restrictive Measures against Individuals between Expansion of Jurisdiction and Self-restraint 279
- Elisabetta BERGAMINI
Lawyers and Professional Regulations in European Union Law: The Case of Italy 299
- Amedeo ARENA
On the “Absolute” Character of the Primacy of European Union Law 317
- Loredana MURA
Protection of the Right to Family Life of Children Pursuant to Article 8 ECHR and Its Implementation in the Italian Legal System 341
- Pierluigi SIMONE
Non-recognition of the Armenian Genocide and Turkey’s Accession Negotiation to the European Union 365
- Giovanni ZARRA
The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform? 389
- Giuseppe PASCALE
Borders Outsourcing to Control Irregular Migration and the International Responsibility of Italy and the EU for Complicity in the Human Rights Gross Violations Perpetrated in Libya 413

NOTES AND COMMENTS

- Concetta Maria PONTECORVO
Recent Developments in the Implementation and Enforcement of the EU Timber Regulation: Signals of an Emerging “Due Diligence Jurisprudence”? 443
- Ilaria ANRÒ
Late Transposition of Directive 2004/80/EC and Responsibility of the State: New Rulings and New Actions by the Legislator 463
- Caterina FRATEA
The Scope of the Directives before Expiration of the Deadline for Their Transposition: Some Considerations Related to the *Casertana Costruzioni* Judgment 481
- Annita Larissa SCIACOVELLI
Unaccompanied Minors: Critical Issues and New Jurisprudential Approaches 499
- Federico FERRI
The “Dublin III” Regulation between Migratory Crisis and Solidarity Deficit: Critical Remarks on the *Jafari* and A.S. Judgments 519

BOOK REVIEWS

- Luca PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Aalphen aan den Rijn, Kluwer, 2017 (R. Mastroianni) 535
- Books received 537
- List of contributors 539



Articoli

Anna Maria Nico*, Giovanni Luchena**

Lo Stato sociale *sub condicione* quale esito delle politiche finanziarie: le “raccomandazioni” europee per l’inclusione***

SOMMARIO: 1. Questioni aperte. Lo Stato sociale perennemente “in discussione”. – 2. Uno Stato sociale *sub condicione*? – 3. Nuove formule per l’inclusione sociale. Profili dell’indirizzo “europeo”. – 4. Il Reddito di inclusione e il Reddito di dignità (Regione Puglia). – 5. I diritti sociali nello Stato “vincolato”. – 6. Le illusioni dell’economia sociale di mercato. – 7. Misure anticrisi, condizionalità e incidenza sulla dimensione sociale. – 8. “Fare i conti” con il pareggio di bilancio.

1. Agli albori del compimento dei 70 anni dall’entrata in vigore della Costituzione italiana, ci si interroga ancora sull’attuazione dello Stato sociale e sui rimedi per contenere l’esclusione sociale, ormai la vera emergenza delle società complesse. Una prima sommaria risposta a tale interrogativo potrebbe rinvenirsi nel fatto che il diritto (costituzionale), che ha disegnato sulla *Carta* lo Stato sociale, si è rivelato col tempo cedevole¹ dinanzi sia ai principi instaurati, a livello europeo, dal modello economico di stampo liberista², sia alla cosiddetta “società post-globale”, la quale “ha decretato il primato del mercato e del profitto a detrimento del ruolo e del potere politico degli Stati nazionali con quel che ne è conseguito in termini di disoccupazione”³, in particolare nelle aree già affette, per dir così, da ritardo di sviluppo.

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Associato di Diritto dell’economia nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

*** Il lavoro è frutto di riflessioni comuni. I paragrafi 1, 2, 3, e 4 sono da attribuire ad Anna Maria Nico, i paragrafi 5, 6, 7 e 8 a Giovanni Luchena.

1 I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it, 5 novembre 2012, p. 4.

2 Sul tema, v. A. CANTARO, *Il ritorno dello Stato nella deglobalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2, p. 11 ss.; con riferimento al diritto UE, v. le riflessioni svolte da E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, p. 9 ss.

3 A.L. VALVO, *Crisi europea e cosmopolitismo post-globale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 253.

La (talvolta) miope prospettiva europea, da un canto, e la supina accettazione degli Stati del rispetto dell'equilibrio di bilancio come richiesto (non imposto e comunque non abbinabile alla riforma costituzionale)⁴ dall'UE⁵, dall'altro, hanno messo in discussione lo Stato sociale nella sua fondamentale funzione di garante dei diritti sociali tanto da incidere sulla sua stessa *natura*. Il tema di fondo sul quale oggi ci si interroga concerne, più che altro, i limiti oltre i quali lo Stato sociale non può recedere per non negare la propria essenza ed esistenza.

Il problema in questione, com'è noto, non ha un'unica soluzione, perché risulta essere altamente complesso stabilire il livello *essenziale* dello stato di benessere di una società⁶, soprattutto quando si è in presenza di una situazione caratterizzata dalla scarsità delle risorse finanziarie. Tuttavia, se come è stato osservato, i diritti sociali sono nati allo scopo di elidere i conflitti della comunità⁷, abbassare la soglia di attuazione dei medesimi significherebbe, in sostanza, riaccendere la miccia del sopito conflitto. Perché ciò possa essere evitato lo Stato è chiamato a garantire l'eguaglianza sostanziale preservando i diritti sociali e garantendo la loro attuazione a maggior ragione nei momenti di crisi, quando cioè più impellente risulta essere la "presenza" dello Stato.

Al contrario, e non senza una nota di paradosso, "le risorse finanziarie diminuiscono, o sono minori, o scarse, proprio, e quasi naturalmente, nei riguardi dei diritti sociali, che, invece, proprio nel rispetto dei principi costituzionali (...) dovrebbero essere protetti per primi"⁸, in quanto il loro sacrificio incide sulla "pari dignità sociale", che risulta in tal modo lontana dall'essere realizzata, causando una maggiore apertura della forbice della diseguaglianza con intuibili conseguenze sulla dignità di ogni singolo individuo e, altresì, perché incide più diffusamente su una cerchia più estesa di "società". Quando la "pari dignità sociale" non è effettiva ma rimane un *mero flatus voci*, la politica si trova come Eracle al bivio: alzare l'asticella della garanzia dei diritti sociali attraverso politiche economiche adeguate superando la formula "dei limiti delle risorse disponibili" quale causa di giustificazione alla mancata attuazione dei diritti sociali stessi, oppure ammettere che lo Stato sociale è un'utopia evitando di ingenerare l'illusione che i diritti sociali siano garantiti e tutelati.

È noto che tutti i diritti costano, anche quelli di libertà, sebbene il costo di questi ultimi sia meno agevolmente quantificabile e il loro sacrificio sia meno direttamente percepito⁹. I diritti sociali, al contrario, nei momenti di crisi sono sempre i primi a *pagare le spese*¹⁰ e, probabilmente, una delle ragioni della loro naturale compres-

⁴ G. DI GASPARE, *Il nuovo art. 81 della Costituzione: dallo stato finanziatore allo stato scommettitore?*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 15 giugno 2015.

⁵ G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in www.osservatorioaic.it, 4 febbraio 2016, pp. 7-8.

⁶ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 25 luglio 2016, pp. 7-8.

⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 5.

⁸ F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 13 settembre 2013, p. 3.

⁹ M. LUCIANI, *op. cit.*, pp. 7-8; F. GABRIELE, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁰ Così F. GABRIELE, *op. cit.*, p. 4.

sione non può escludersi sia riconducibile ad una questione, per così dire, “genetica”, nel senso che già alla loro nascita sono in qualche modo destinati “a subire”.

Come evidenziato da un’attenta dottrina¹¹, nell’ordinamento italiano dalla entrata in vigore della Costituzione i diritti sociali sono stati variamente soggetti a condizione: una prima è riconducibile alla loro “nascita” in quanto, sebbene previsti dalla Costituzione, essi necessitavano di attuazione legislativa; una seconda è ricollegabile ai doveri costituzionali; un’ultima, forse più problematica, possibile anche dopo la loro attuazione, è riveniente dalle (eventualmente sopravvenute) scarse risorse economiche e finanziarie e dalla necessità di rispettare l’equilibrio di bilancio.

In questo ultimo caso, la circostanza che lo Stato, in un certo senso, possa *sospendere* o variamente *condizionare* i diritti sociali già garantiti è una questione particolarmente avvertita per la società, forse anche di più che nell’ipotesi della sola programmata attuazione. In altre parole, la stabilità di una società risulta maggiormente compromessa in termini di possibili conflitti sociali qualora si configuri una *regressione* dei diritti più di quanto non accada nella *sola* prospettiva del loro ampliamento. Al di là, però, della percezione sociale, la questione giuridica di primaria importanza sotto il profilo costituzionale è se sia legittimo condizionare o sospendere i diritti sociali nella forma dello Stato sociale, tanto più quando il condizionamento deriva dall’indisponibilità delle risorse finanziarie che rivengono da “imposizioni” dettate da limitazioni di sovranità (benché *volute* dallo stesso Stato, tenuto conto che, “a livello internazionale, il requisito della sovranità sta a significare che nulla può essere imposto dall’esterno ad uno Stato senza il suo consenso”)¹².

Ammettere che i diritti sociali possano essere condizionati significa, in sostanza, consentire che la stessa forma di Stato possa essere a sua volta condizionata; ipotizzare uno “Stato sociale condizionato”, significa, in definitiva, mettere in dubbio la *esistenza* stessa dello Stato sociale poiché in tal modo si incide invariabilmente sui suoi principi fondanti¹³. Di tal guisa, verrebbe sottoposto a condizione sospensiva anche l’art. 3, co. 2, Cost., con la conseguenza di ritenere consentita, e comunque ammissibile, una modifica della forma di Stato a Costituzione invariata. In altri termini, suscita non pochi dubbi il fatto che in uno Stato sociale i diritti sociali possano essere *condizionati* dalle risorse economiche disponibili¹⁴, mentre trova un’inattesa attualità la riscoperta del fondamentale compito assegnato al legislatore di intervenire per “salvare” i diritti sociali ottemperando all’obbligo della rimozione degli ostacoli di ordine economico come sancito dalla Costituzione.

¹¹ *Ex multis*, F. GABRIELE, *op. cit.*, p. 1.

¹² G. STELLA, *Hans Kelsen: la nuova sovranità*, in G. STELLA, *Sovranità e diritti*, Torino, 2013, p. 75.

¹³ Sul concetto di emergenza economica e sulle sue implicazioni, si rinvia alle lucide riflessioni svolte da I. CIOLLI, *op. cit.*, p. 10 ss.

¹⁴ V., in proposito, F. GABRIELE, *op. cit.*, p. 4, il quale sostiene che “considerando che i più deboli sono proprio quelli per i quali tali diritti, come già detto, sono (stati) finalmente riconosciuti dalla Costituzione repubblicana, contenerli, o, peggio, sopprimerli, o negarli o escluderli dalla sfera giuridica di tali soggetti sarebbe (è) come escludere da una festa, o da una riunione proprio coloro per i quali la festa stessa, o la riunione, è stata indetta ed organizzata”.

2. I citati condizionamenti finanziari sono imposti, nella maggior parte dei casi, dall'Unione europea e in quanto tali collidono con la prima parte della Costituzione, e cioè con i fondamenti dello Stato sociale, per cui dovrebbero trovare dinanzi a sé la barriera dei “controlimiti”¹⁵, i quali “non devono essere visti come “paletti di difesa di interessi nazionali”, bensì come “marcatori della via per una profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario”¹⁶.

Come del resto ha avuto modo di sottolineare la Corte costituzionale, “il limite oggettivo che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie (...) non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa”¹⁷.

Se si operasse senza limiti, infatti, si introdurrebbero nel nostro ordinamento i diritti c.d. “a scomparsa”, che oggi ci sono e domani non ci sono¹⁸, il cui fondamento, quindi, non sarebbe nella Costituzione, ma nelle risorse disponibili.

Al contrario, si è proceduto proprio a costituzionalizzare un parametro economico (di origine eteronoma), dimostrando ancora una volta che il potere politico, invece di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, ha di fatto inserito l'ostacolo economico alla realizzazione dello Stato sociale¹⁹.

Dinanzi alle trasformazioni dello Stato sociale in termini di involuzioni o regressioni la questione di fondo rimane essenzialmente quella di verificare la possibile esistenza di uno Stato sociale *sub condicione*, ovvero cosa debba intendersi come *Stato sociale* irrevocabilmente *condizionato*. Ritorna, a questo punto, la distinzione tra uno Stato sociale potenziale, cioè in attesa di espansione, con situazioni giuridiche soggettive soltanto raccomandate e in attesa di trovare pieno compimento attraverso la legislazione ordinaria, come è avvenuto con l'entrata in vigore della Costituzione, ed uno Stato sociale che ha avuto la sua attuazione, poi sospesa a causa di eventi che non consentono il mantenimento degli *standard* conseguiti. In questa ultima ipotesi è come se le situazioni giuridiche soggettive garantite e tutelate dalla Costituzione si affievolissero a situazioni meramente raccomandate (secondo la nota classificazione di Carlo Lavagna).

La prima delle alternative considerate pone questioni in verità già ampiamente affrontate dalla dottrina, la quale ha avuto modo di soffermarsi, in particolare, sulle

¹⁵ F. GABRIELE, *op. cit.*, p. 6 ss.

¹⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaic.it, 15 aprile 2016, p. 6.

¹⁷ Sentenza n. 455 del 1990, punto 3, *cons. dir.*

¹⁸ L'efficace espressione è di A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in www.giurcost.org, 21 settembre 2012, p. 10.

¹⁹ Sul punto, v. le argomentazioni svolte da F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, p. 25.

basi dello Stato sociale nella Costituzione repubblicana, la quale demandava la sua attuazione alla legislazione successiva. Anche in questo caso, l’“inerzia” del legislatore provocava significative ripercussioni sulla concezione stessa dello Stato, in quanto si trattava di diritti, per adoperare una terminologia generalmente riferita agli interessi legittimi, (riconosciuti e) in attesa di espansione e, dunque, non ancora resi effettivi. La questione per quanto importante nella configurazione dello Stato sociale cagionava delle ricadute che davano la percezione e la prospettiva di un potenziale benessere per la collettività ancora da conquistare, tuttavia conquistabile.

La seconda questione pone problematiche differenti, in quanto il passaggio dall’avere al non avere, da un diritto garantito e tutelato ad un diritto solo raccomandato mette in discussione la stessa tenuta dello Stato sociale, nella sua accezione di Stato-istituzione, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche da un punto di vista di coesione della stessa società. Con particolare riferimento al profilo prettamente giuridico, ammettere i condizionamenti, in specie quelli economici, e che questi ultimi non possano essere “rimossi dalla Repubblica” in quanto prevalenti sulle scelte politiche, significa *ex se* affermare il principio secondo il quale la Costituzione, nella sua parte sociale, preveda solo e sempre situazioni giuridiche raccomandate che solo temporaneamente sono garantite e tutelate, per poi ritornare a riaffievolirsi a situazioni raccomandate²⁰.

Più appropriata, dunque, non sarebbe l’espressione di “Stato sociale condizionato” che presuppone la sua esistenza ed un successivo condizionamento, ma di “Stato sociale raccomandato” laddove la Costituzione “auspica” o “ammette” l’espansione della forma di Stato ivi prevista fino al raggiungimento di quella sociale. Insomma si tratterebbe di uno Stato “travestito” da Stato sociale.

3. Ed è proprio nell’attuale contesto dell’indisponibilità economica per l’attuazione dello Stato sociale e dinanzi alla emersione delle “povertà” che si sono affacciate sempre più incalzanti le proposte politiche per introdurre il cosiddetto reddito di cittadinanza o il reddito di inclusione, e altre forme similari, per combattere la povertà. Strumenti, dunque, non tanto finalizzati a consentire l’inclusione sociale, quanto a creare delle forme alternative allo Stato sociale di sostentamento dei poveri. In tal modo, i diritti sociali tradizionali, come, ad esempio, il diritto al lavoro, sono surrogati da forme alternative, che però non hanno con essi nulla in comune, trattandosi di mezzi di sostentamento dei poveri, che non vanno esclusi a priori, senza dimenticare, però, che una cosa è ragionare di garanzia dei diritti sociali, altro è parlare di sostegno a coloro che versano in stato di povertà²¹.

²⁰ All’uopo, si è ritenuto di fare uso della dottrina di C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 739 ss., al fine di distinguere le diverse situazioni giuridiche soggettive previste nella Costituzione italiana.

²¹ M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un’esistenza dignitosa*, in *Diritto Pubblico*, 2001, pp. 411-412; C. TRIPODINA, *Il diritto a un’esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, p. 235. Con specifico riferimento al reddito di inclusione v., di recente, G. GRASSO, *Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*, in www.osservatorioaic.it, 18 novembre 2017.

Confondere l'uno con l'altro significa, da un lato, ammettere che lo Stato sociale non sia attuabile e, dall'altro, che in esso possa essere ammessa la povertà come potenziale *status* del cittadino, in quanto tale non contemplata dallo Stato sociale. Non convince del tutto l'affermazione secondo la quale un reddito di cittadinanza possa essere al contempo “universale ma selettivo rispetto al bisogno”²², perché in tal caso non si configurerebbe lo Stato sociale, bensì quello assistenziale²³; persuade, invece, la tesi secondo la quale il “mantenimento sociale” dei soggetti privi di mezzi costituisca il contenuto minimo essenziale del diritto-dovere della Repubblica di garantire il diritto fondamentale di una vita libera e dignitosa²⁴. Il reddito di cittadinanza non può che essere visto come soluzione per la tutela di quelle situazioni giuridiche soggettive non riconducibili ai diritti sociali tradizionalmente intesi, ma comunque ricadenti in profili della persona umana tutelati dall'ordinamento. Si pensi in proposito alle figure oggi ampiamente dibattute del diritto al cibo ed all'acqua, sicuramente non annoverabili tra i diritti sociali, ma essenziali ai fini della generale tutela della dignità della persona umana.

In tema di misure di contrasto alla povertà e di sostegno al reddito un ruolo centrale sembrerebbe assumere il c.d. reddito di cittadinanza. L'istituto viene definito come quel “reddito garantito da una comunità politica per assicurare a tutti il diritto all'esistenza”²⁵. Nell'ambito di questa definizione sono state tratte ulteriori “*sub-concezioni*” del reddito di cittadinanza, a seconda del significato più o meno ampio attribuito ai termini “tutti” ed “esistenza”. Con riguardo alla prima locuzione, qualora la si intenda in senso stretto, il riferimento non può che andare a coloro il cui reddito e patrimonio personale non garantiscono da sé soli il diritto all'esistenza, oppure, se intesa nell'accezione più ampia, per “tutti” si deve considerare l'insieme di coloro i quali sono in grado di garantirsi autonomamente quel diritto. Per quel che concerne, invece, la locuzione “esistenza”, la si può intendere o come il diritto alla semplice sopravvivenza materiale, oppure come il diritto ad un'esistenza appagante anche moralmente, culturalmente, socialmente e politicamente²⁶.

L'opportunità di istituire un sistema di reddito minimo a livello nazionale è “caldeggiata” dall'UE sia con la raccomandazione del Consiglio del 18 maggio 2016, n. 332, sia con la raccomandazione della Commissione del 26 aprile 2017, n. 761,

²² C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”*. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza, in www.costituzionalismo.it, 25 marzo 2015, p. 20.

²³ E, infatti, come nota la stessa C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 22, “Occorrerebbe, invece, una reale e profonda riforma del sistema assistenziale, nel segno del superamento della sua frammentazione e alla ricerca di una misura di sostegno del reddito e di contrasto alla povertà veramente generale e universale”.

²⁴ C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 20.

²⁵ *Ivi*, p. 16.

²⁶ Con riferimento alla citata distinzione v., ancora, *ivi*, p. 15-17, la quale, riassuntivamente individua la versione minimalista del reddito di cittadinanza che consiste nell'erogazione di un sostegno economico pari al “minimo vitale” destinato a tutti coloro che versano in condizioni di effettivo bisogno; la versione invece massimalista prevede il conferimento ad opera di un'autorità pubblica di risorse economiche bastanti a consentire un'esistenza rispondente ai propri progetti di esistenza a tutti gli appartenenti a una determinata comunità, siano questi ricchi o bisognosi, lavoratori o non lavoratori, cittadini o non cittadini: “tra le due versioni estreme, ne esistono altre, che si ottengono combinando diversamente i termini qualificanti della definizione di reddito di cittadinanza”.

avente ad oggetto il pilastro europeo dei diritti sociali. In particolare, nella prima, al par. 16, viene preso atto, da un lato, degli elevati livelli di povertà concernenti un numero considerevole di cittadini italiani, dall’altro, della necessità di intervenire introducendo progressivamente un reddito minimo nazionale. Una *quaestio* che suscita l’atto UE è che gli interventi rivolti a risolvere la situazione di estrema povertà non dovranno incidere, da un punto di vista sostanziale, sul bilancio dello Stato: ancora una volta, emerge con ogni evidenza, come l’Unione ponga quale priorità inderogabile l’equilibrio di bilancio rispetto alla tutela della dignità umana²⁷.

Nella seconda raccomandazione, invece, dopo aver rammentato che gli obiettivi dell’Unione consistono nella promozione del “benessere” dei cittadini europei e nella lotta all’esclusione sociale e alle discriminazioni (par. I), prevede (capo III, par. 14) una sorta di diritto soggettivo al reddito minimo a “chiunque non disponga di risorse sufficienti” a garantirgli “una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l’accesso a beni e servizi”. Quanto a coloro che sono abili al lavoro, la medesima raccomandazione “suggerisce” la soluzione di combinare il reddito minimo “con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro”.

4. Una recente iniziativa a sostegno di coloro che versano in stato di povertà in Italia è quella prevista dal d.lgs. n. 147 del 15 settembre 2017²⁸, in attuazione della l. delega n. 33 del 2017, che recava i principi e i criteri direttivi nell’introduzione di una nuova misura di contrasto alla povertà intesa come “impossibilità di disporre dell’insieme dei beni e dei servizi necessari a condurre un livello di vita dignitoso”²⁹ e cioè il Reddito di inclusione. Tale misura, che espleta anche una funzione di assorbimento di tutte le precedenti misure di contrasto alla povertà con particolare riferimento alla Carta acquisti³⁰, sulla scorta dei “tratti caratteristici” individuati dalla legge delega, ha previsto in particolare che essa debba essere garantita *uniformemente su tutto il territorio nazionale*³¹. In secondo luogo si tratta di una misura unica a livello nazionale, avente carattere universale, condizionata alla prova della sussistenza dei requisiti di reddito sulla base dell’indicatore della situazione economica equivalente (ISEE), tenendo conto dell’effettivo reddito disponibile e di indicatori della capacità di spesa, nonché “all’adesione ad un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all’affrancamento dalla

²⁷ Al par. 16 si legge: “I livelli di povertà sono elevati (oltre un quarto degli italiani è a rischio di povertà o di esclusione sociale) e la prestazione di assistenza sociale resta carente e frammentaria. L’adozione e attuazione della strategia nazionale di lotta contro la povertà e una razionalizzazione della spesa sociale potrebbero segnare i primi passi verso la progressiva introduzione di un sistema di reddito minimo a livello nazionale che non produca effetti sostanziali sul bilancio”.

²⁸ “Disposizioni per l’introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà”.

²⁹ Art. 1, co. 1, lett. a) della legge, sulla quale v. E. MONTICELLI, *I nuovi strumenti di lotta alla povertà in Italia: prime considerazioni sulla legge delega in materia di reddito di inclusione*, in www.osservatorioaic.it, 11 maggio 2017, p. 1 ss.

³⁰ Art. 1, co. 3, lett. a) della legge; sui provvedimenti adottati in precedenza a livello nazionale, con speciale riguardo alla sperimentazione nel biennio 1999-2000 – protrattasi poi fino al 2007 – del Reddito minimo di inserimento istituito nel 1998 e alla c.d. Carta acquisti istituita nel 2008, E. MONTICELLI, *op. cit.* pp. 3-5.

³¹ Art. 2, co. 1.

condizione di povertà”³². Inoltre, la misura dovrà essere articolata in un beneficio economico e in una componente di servizi *ad personam*. Infine, è previsto un requisito ulteriore consistente nella durata minima del periodo di residenza nel territorio nazionale nel rispetto dell’ordinamento UE³³.

La necessità di disciplinare a livello statale la materia in questione, oltre ad essere richiamata dalle citate *raccomandazioni* UE, può essere ricollegata anche alla circostanza che la materia stessa era stata già regolamentata “a macchia di leopardo” da alcune Regioni, sia ordinarie che speciali. Si allude, ad esempio, alla l. n. 4 del 2009 della Regione Lazio³⁴, alla l. n. 15 del 2015 della Regione Friuli Venezia Giulia³⁵, alla l. n. 18 del 2016 della Regione Sardegna³⁶ e, ancora, alla l. n. 3 del 2016 della Regione Puglia³⁷.

I provvedimenti regionali *de quibus*, prevedono in molti casi criteri di accesso al beneficio che sollevano più di un profilo problematico in punto di costituzionalità. Si pensi, ad esempio, al Reddito di dignità (RED) regionale per il sostegno economico e l’inclusione sociale attiva a favore delle persone e dei rispettivi nuclei familiari, la cui situazione economica “non consenta di disporre dei mezzi sufficienti a una vita dignitosa”³⁸, istituito dalla Regione Puglia nel 2016. Si tratta di una “misura d’integrazione del reddito, considerata come strumento di contrasto alla povertà assoluta e un programma di inserimento sociale e lavorativo, in cui l’indennità economica è accompagnata da un patto di inclusione sociale attiva che il nucleo familiare beneficiario, attraverso un suo componente, stipula con i servizi sociali locali, il cui rispetto è condizione per la fruizione del beneficio”³⁹. È, inoltre, previsto il requisito, idoneo a concorrere a selezionare i fruitori del *reddito*, della residenza da almeno un anno nel territorio pugliese ed anche in questo caso possono accedere al reddito soggetti e famiglie con ISEE inferiore a una certa soglia, peraltro molto bassa.

Il modello di tipo estremamente “selettivo” adottato dalla Regione Puglia, caratterizzato, cioè, dalla previsione di un reddito circoscritto solo a chi si trova in stato di bisogno economico inferiore ad una soglia piuttosto bassa che sembrerebbe rinvenire una giustificazione nell’ossequio del rispetto dell’equilibrio finanziario, pare tuttavia intaccare il principio costituzionale – da alcuni autori ritenuto addirittura sottratto al bilanciamento con gli altri principi costituzionali⁴⁰ – della dignità

³² Art. 2, co. 2.

³³ Art. 3, co. 1, lett. a), punto 2.

³⁴ “Istituzione del Reddito minimo garantito. Sostegno al Reddito in favore dei disoccupati, inoccupati o precariamente occupati”.

³⁵ “Misure di inclusione attiva e di sostegno al reddito”.

³⁶ “Reddito di inclusione sociale. Fondo regionale per il reddito di inclusione sociale ‘Agiudu Torrau’”.

³⁷ “Reddito di Dignità regionale e politiche per l’inclusione sociale attiva”. Su tale legge, v. le riflessioni svolte da A. BONOMI, *Brevi osservazioni sul “Reddito di Dignità” introdotto dalla l. n. 3/2016 della Regione Puglia: aspetti positivi e punti di criticità sotto il profilo della compatibilità costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 25 luglio 2016, p. 19 ss.

³⁸ Art. 3, co. 1, lett. a).

³⁹ Art. 4, co. 1.

⁴⁰ In questo senso, tra gli altri, G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in A. D’ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, pp. 1179-1181, e A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in www.giust.org, 5 ottobre 2016, pp.

intesa sia come dignità personale sia come pari dignità sociale. Un altro aspetto della normativa pugliese che non convince sotto il profilo della compatibilità costituzionale è la previsione del requisito della residenza per un certo periodo di tempo nel territorio per la selezione dei fruitori del *reddito*, limitando i “meritevoli” del Reddito di dignità a tutti coloro – ma soltanto a coloro – che vivono stabilmente nel territorio regionale⁴¹.

Alla luce di quanto brevemente rilevato in ordine alle criticità della sola legge regionale pugliese va evidenziato come, a seguito dell’adozione del d.lgs. sopra citato, la Regione medesima abbia sospeso le procedure di erogazione del beneficio, anche al fine di evitare contrasti con la normativa nazionale.

Al di là di questa specifica problematica, tutte queste iniziative sottese ad una pretesa inclusione sociale presentano un minimo comune denominatore, cioè quello di essere degli estemporanei provvedimenti “camuffati” come attuativi di diritti sociali, essendo invece di carattere meramente assistenziale, ossia “rattoppi” che potrebbero rivelarsi ben lontani dal raggiungimento del fine costituzionalmente statuito della pari dignità sociale.

5. A tale proposito, può dirsi che i “rattoppi” e i “camuffamenti”, se non veri e propri arretramenti, dello Stato sociale possono essere considerati come il risultato più eclatante del maggior valore assegnato alla politica eurounitaria della stabilità finanziaria quale esito del modello economico di importazione tedesca. Invero, il modello economico europeo cui si fa riferimento, previsto dall’art. 3 TUE, cioè l’*economia sociale di mercato*, è stato intriso di ideologismi per i quali “l’aggettivo ‘sociale’ (viene) inteso solo in un senso formalistico (...), mentre la specificazione ‘di mercato’ è (divenuta) una riverenza malaccorta a ciò a cui quegli ideologismi hanno ceduto”⁴².

Il ruolo di conciliazione/composizione istituzionalmente svolto dallo Stato fra l’economia di mercato e la garanzia dei diritti sociali ha perso la sua capacità di risoluzione dei conflitti ed è stato conseguentemente ridotto ad una sorta di funzione di amministratore delle emergenze.

Nonostante si discorra ancora dell’esigenza di dar corpo a una strategia per implementare le azioni a favore della c.d. *socialità comunitaria*, si deve porre in luce, tuttavia, che l’Unione porta con sé, per così dire, un *deficit* genetico e cioè il suo essere *economico* in radice. Un *equivoco*, per così dire, rimasto irrisolto stante i perduranti insuccessi delle politiche pubbliche europee per garantire livelli soddisfacenti di tutela sociale omogenea nei diversi Paesi. Il problema di fondo consisterebbe nel collocare la dimensione sociale all’interno di una realtà di un’economia di mercato. S’invoca, in questa prospettiva, un inaspettato, e sotto certi aspetti neces-

368-369, mentre in senso contrario è M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 1, 91, il quale osserva come “proprio la Costituzione faccia chiaramente intendere che la dignità si possa bilanciare con altri valori costituzionali”.

⁴¹ Su tale profilo si rinvia alle puntuali osservazioni di A. BONOMI, *op. cit.*, ove si dà conto della giurisprudenza costituzionale in argomento. V. altresì E. MONTICELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana in materia di residenza qualificata e accesso al welfare regionale*, in www.osservatorioaic.it, 20 luglio 2016.

⁴² G. GALASSO, *Liberalismo e democrazia*, Roma, 2013, p. 77.

sario, recupero dell'azione statale soprattutto alla luce delle crescenti disuguaglianze riscontrate nei Paesi europei⁴³.

Da più parti si sostiene, infatti, come non appaia plausibile rinunciare del tutto ad una forma di politica economica statale che sostenga settori in difficoltà o che agisca per finalità di carattere sociale tenuto conto, per l'appunto, non solo del ruolo dello Stato quale "correttore" dei fallimenti del mercato, quale propulsore della crescita economica e garante dei diritti a prestazione. Se la politica europea della concorrenza ha, in qualche modo, contribuito a ridurre l'intervento dello Stato nell'economia quando questo era divenuto ormai troppo presente e inefficiente, non di meno occorre tenere a mente che lo Stato non può non salvaguardare le ragioni della giustizia sociale, cioè della tutela dei diritti sociali, al di là dunque dei confini della mera raccolta del consenso o della esclusiva logica del mercato, quali "obiettivi di civiltà irrinunciabili dal mondo occidentale"⁴⁴.

Del resto, anche la Corte di giustizia, sempre *aperta*, per così dire, in tema di diritti di libertà, tende a considerare come "accidentale" o marginale la garanzia riservata ai diritti sociali favorendo quasi sempre i diritti delle imprese e, conseguentemente, svigorendo la cosiddetta *Europa sociale* che pure faticosamente sta provando a far breccia nel quadro delle politiche europee⁴⁵. Basti pensare alle ben note sentenze *Viking*⁴⁶, *Laval*⁴⁷ e *Ruffert*⁴⁸ per *provare* che, nell'opera di bilanciamento, il giudice comunitario è portato a *proteggere* le istanze delle imprese in luogo di quelle *lato sensu* sociali, ponendo in essere una sorta di capovolgimento di prospettiva nella costruzione di una gerarchia dei diritti⁴⁹, pur in presenza del principio in base al quale l'UE rispetta l'identità nazionale degli Stati membri "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale" (art. 4, TUE), come, ad esempio, nel caso del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*⁵⁰ che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, va inteso quale strumento di attuazione del principio dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost.⁵¹. Non solo, ma il giudice UE si fa anche promotore, verso gli Stati membri, di modifiche strutturali per quel che concerne, ad esempio, le prestazioni sociali, condizionandole all'implementazione della competitività internazionale⁵².

⁴³ F. VANDENBROUCKE, *A European Social Union: Why We Need It, What It Means*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2013, p. 221 ss.

⁴⁴ A. VIGNUDELLI, *Dall'oikonomia classica alla lex mercatoria della globalizzazione*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato amministrazione diritti*, Torino, 2006, p. 4.

⁴⁵ I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, p. 105.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-341/05.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2008, causa C-346/06.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2008, causa C-319/06.

⁴⁹ S. GAMBINO, *Passato e futuro dell'Unione: i diritti fondamentali fra Trattati e Costituzioni nazionali*, in M. MASCIA, F. VELO (a cura di), *L'unione economica europea: aspetti economici, sociali e istituzionali*, Bari, 2016, p. 170.

⁵⁰ V., per tutti, O. ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Torino, 2005.

⁵¹ Sentenza n. 290 del 1974.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2014, causa C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*. In proposito, v. le considerazioni svolte da F. LOSURDO, *op. cit.*, p. 46 ss.

Allargando per un attimo il campo, la giurisprudenza comunitaria confermerebbe, in definitiva, il fenomeno, ormai latente, che tende ad esaltare le funzioni dello “Stato giurisdizionale”, le quali sarebbero state favorite “dai processi di individualizzazione e dal ridimensionamento delle istituzioni collettive (dello Stato sociale) di promozione e tutela dell’eguaglianza materiale”⁵³.

6. Come si è poc’anzi accennato, il modello economico di riferimento dell’Unione europea è l’economia sociale di mercato che, secondo una lettura, per così dire, *ottimista*, e comunque *fedele* alle sue proposizioni originarie, richiederebbe di essere basato su un forte (ma controllato) *welfare state*, in special modo dinanzi alle nuove sfide della modernità globalizzata, su un robusto sistema di istruzione e sulla realizzazione di riforme istituzionali che siano in grado di salvaguardare i diritti delle persone, l’ambiente, le generazioni future⁵⁴. Si tratta di una sintesi efficace per sottolineare come questo approccio dovrebbe tendere ad enfatizzare la “partecipazione” politica e sociale per il tramite, tra l’altro, della inclusione sociale, della realizzazione dell’eguaglianza delle opportunità e della predisposizione di incentivi per l’istruzione⁵⁵.

Oltre tutto, è la stessa *idea* dell’economia sociale di mercato che presuppone l’esistenza di un modello economico-politico estremamente flessibile basato sui principi di libertà e di giustizia sociale⁵⁶, di volta in volta adattabili ai continui cambiamenti socio-economici, al tempo presente determinati dalla globalizzazione, al fine di stabilire un’autentica politica sociale sovranazionale in una “*communauté de destin*” (locuzione certo, a volte, abusata, ma non priva di significati simbolici ed evocativi) basata su un concreto “*modèle social commun*”⁵⁷.

In generale, la forbice esistente tra i diritti sociali come affermati nella Costituzione e l’idea che di questi diritti ha l’ordinamento UE costituisce uno degli elementi di maggiore attrito, se non di “crisi”, nei rapporti tra gli ordinamenti considerati. Pur volendo ricercare taluni elementi comuni fra la Costituzione economica nazionale e quella dell’Unione⁵⁸, o, provare ad accostare i principi dell’UE ai fini sociali di cui alla Costituzione, non sembra profilarsi all’orizzonte una soluzione soddisfacente a tali propositi ricostruttivi considerata la mancanza, nell’ordinamento dell’UE, di un originario punto di “congiunzione fra valori”, di saldatura degli obiettivi *comuni* ad un principio unificante e legittimante, quale elemento che tenga insieme integrazione e tradizione, individuabile, per l’appunto, nella tutela dei diritti

⁵³ A. CANTARO, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁴ M. VOGT, *Towards a European social market economy*, in www.kaththeol.uni-muenchen.de, p. 9.

⁵⁵ L. FUNK, *The Social Market Economy at Sixty: Path Dependence and Path Changes*, in www.kas.de, p. 98.

⁵⁶ P. SCHALLENBERG, T. BERENZ, *Social Market Economy for Europe?* (tradotto dal tedesco da A. ELMENDORF-PFEIFER), in *Church and Society*, n. 387, 2012, p. 10, reperibile in www.ordosocialis.de.

⁵⁷ P. DEFRAIGNE, *Fédérer l’Eurozone sur un model social commun*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2013, p. 231.

⁵⁸ N. LUPO, *La tutela del mercato, della concorrenza e dei consumatori nei processi legislativi. Alcune considerazioni*, in G. RIVOSECCI, M.L. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell’economia e diritti fondamentali nell’Unione europea*, Bari, 2010, p. 43.

verso i quali un ordinamento *si obbliga* alla sua concretizzazione nei confronti della collettività (art. 3, co. 2, Cost.)⁵⁹.

Oltre tutto, il modello ad economia mista previsto dalla nostra Costituzione si discosta dall'economia sociale di mercato perché lo Stato è soggetto dell'economia ad ogni effetto, mentre quest'ultima "riconosce", per dir così, allo Stato il ruolo di regolatore volto, per lo più, a tutelare la proprietà privata e le libertà economiche⁶⁰.

Vero è che, almeno nelle sue proposizioni teoriche, la dottrina dell'economia sociale di mercato contempla l'intervento perequativo dello Stato ritenuto "ascrivibile alla missione costituzionale dello Stato sociale"⁶¹, ma pur sempre in funzione di "correttore" delle disfunzioni del mercato, quale interventore eccezionale e straordinario.

Anche per quel che concerne il principio di solidarietà, cui qui può farsi solo un rapido cenno, non possono che trovarsi solo timidi accostamenti rispetto al contenuto sostanziale presente nella Costituzione (come in altre costituzioni nazionali). Nel lungo cammino eurounitario, si è passati dalla promozione di azioni più intense tra gli Stati ad un'unione sempre più stretta fra i popoli europei: vi è stato certamente un percorso che ha condotto dal concetto di *relazione* a quello di *unione* demarcando il "passaggio da una concezione tipica delle relazioni internazionali all'idea della comunità politica". Invero, il principio di solidarietà viene parametrato al livello della contribuzione finanziaria dei singoli Stati membri, cioè fra coloro che partecipano al bilancio UE in misura superiore e quelli che, al contrario, godono dei finanziamenti europei a fini di coesione economica e sociale (in special modo per il tramite dei fondi strutturali, dal fondo di coesione ecc.).

Le incompatibilità esistenti tra il modello ordoliberalista e il modello sociale presente nelle costituzioni nazionali sono oggi sempre più evidenti (ad agire da *evidenziatore* è stata indubbiamente la crisi economico-finanziaria) e, probabilmente, *rebus sic stantibus*, inconciliabili. Da un lato, l'ordinamento sovranazionale, come è noto, persegue, fra i suoi obiettivi fondamentali, quello della tutela del mercato, lasciando spazi residuali di azione agli Stati nazionali; dall'altro, questi, mai forse come in questa fase, sarebbero, o dovrebbero essere, portati a difendere le *loro* costituzioni sociali, con un improbo sforzo di *resistenza*, riscoprendo un senso identitario che sembra essere perduto o almeno posizionato in retroguardia.

7. Se è vero, infatti, che l'attuale fase di crisi è anche crisi dello Stato sociale, potrebbe costituire un errore ritenere che la soluzione a queste difficoltà possa venire esclusivamente dall'alto, cioè soltanto dall'Unione⁶²: l'auspicato "ritorno dello Stato" potrebbe rappresentare, come è accaduto in altre mareggiate della storia dell'economia, il più solido ancoraggio per porre le premesse della ripresa economica, per l'avvio di una nuova fase di sviluppo e, soprattutto, per una *tutela europea dei diritti sociali*.

⁵⁹ G. LUCHENA, *I segni di un'involuzione: l'attuazione del principio costituzionale d'eguaglianza. Note preliminari*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, p. 295 ss.

⁶⁰ Q. CAMERLENGO, *Costituzione Economia Società*, Bari, 2016, p. 289.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² A. CARRINO, *Per un'Europa dei popoli*, in A. CARRINO, *La destra e le libertà*, Napoli, 2010, p. 165.

L’ideologia apocalittica della fine dello Stato e della sua sovranità porta con sé indubitabili segni di una prospettiva riduzionista a favore di istituzioni da questo sempre più lontane: organismi internazionali a carattere economico, autorità indipendenti, multinazionali, finanza internazionale⁶³.

L’ampio ventaglio di interventi anticrisi adottati, nel tempo e con varia intensità, ha riproposto il tema del superamento dello “sperimentalismo istituzionale e normativo” di alcune delle competenze esercitate dall’UE⁶⁴.

Si tratta dell’applicazione pragmatica della normativa di riferimento – tecnica non nuova utilizzata nell’ordinamento sovranazionale – spinta fino agli estremi delle misure *non-standard*, come dimostra la vicenda delle operazioni predisposte dalla BCE relative all’acquisto dei titoli di Stato sul mercato secondario, una vicenda che, per dir così, ha impegnato, in un *dialogo* ricco di spunti, il Tribunale costituzionale tedesco (strenuo difensore, in più occasioni, della sua sovranità interna)⁶⁵ e, per l’appunto, le istituzioni dell’Unione. Come è noto, l’art. 125 TFUE impedisce alla BCE, in base alla clausola del *no bail-out*, di finanziare i debiti pubblici degli Stati, e l’art. 127 TFUE vincola gli Stati alla logica del mercato e al controllo dei mercati finanziari la contrazione di debiti⁶⁶. I differenti interventi di acquisto, adottati in piena indipendenza da parte della BCE (le cui prerogative sono, per dir così, “salvaguardate” dall’art. 130 TFUE)⁶⁷, hanno in ogni caso predisposto un efficace argine alla crisi (con la BCE che, di fatto, è subentrata agli Stati nell’azione di contrasto della crisi)⁶⁸ e alleggerito il peso finanziario “sopportato” da parte del sistema bancario, il quale sarà poi oggetto della riforma del sistema di vigilanza adottato nel 2013, anche quale strumento di prevenzione dalle crisi sistemiche⁶⁹.

Deve soggiungersi che il ruolo della BCE assume, insieme alla Commissione e al FMI, un’importanza fondamentale anche quale componente della c.d. *trojka*⁷⁰. A tale riguardo, va rilevato che se è vero che la Commissione (insieme, per l’appunto, alla BCE) svolge il ruolo di negoziatore delle condizioni di assistenza finanziaria predisposte a favore degli Stati membri, è parimenti vero che è il Consiglio a “risponderne” politicamente e che gli Stati partecipano attivamente alla preparazione finale delle decisioni assunte dall’Eurogruppo. Ciò sta ad indicare come la condizionalità insita nei meccanismi di assistenza finanziaria è anche frutto delle

⁶³ A.L. VALVO, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁴ M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell’Unione europea*, Napoli, 2016, p. 46 ss.

⁶⁵ V., a tale proposito, le sentenze cosiddette *Lissabon Urteil* del 30 giugno 2009 e *OMT II* del 21 giugno 2016.

⁶⁶ G. LUCHENA, *Sovranità monetaria e Stati nazionali: le operazioni non-standard della Banca centrale europea*, in www.dirittifondamentali.it, 26 aprile 2017.

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e altri*.

⁶⁸ G. FIENGO, *Quale spazio per il principio democratico nella governance economica europea?*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 403.

⁶⁹ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

⁷⁰ I compiti della c.d. *trojka* sono definiti dal regolamento (UE) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013. La Corte di giustizia ha confermato la legittimità dei poteri loro assegnati con la sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*.

determinazioni assunte, o almeno condivise, dagli Stati, i quali, consapevoli della gravità della crisi economia e sociale, hanno tuttavia posto in essere misure in gran parte contrarie non solo alle proprie costituzioni ma anche alla stessa Carta sociale europea e all'art. 152 TFUE segnando una regressione per quel che concerne la realizzazione del c.d. *dialogo sociale europeo*.

A questo si aggiungono, a tacer d'altro, il Piano per la crescita e l'occupazione adottato dal Consiglio il 28 e 29 giugno 2012, che ha sì previsto la possibilità di far ricorso al bilancio differenziato, ma nel rispetto del *Patto di stabilità*; i meccanismi di assistenza e di stabilità (Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria⁷¹ e Fondo di stabilità finanziaria)⁷² e i *pacchetti* di norme contenuti nei cc.dd. *six-pack* (che ha modificato il Patto di stabilità e crescita sia nella parte relativa alla *prevenzione* sia in quella successiva, cioè della *correzione*) e *two-pack* e l'aumento dei tassi di cofinanziamento dei fondi strutturali comunitari per i Paesi maggiormente colpiti dalla crisi. Misure anticrisi caratterizzate, come è noto, da austerità finanziaria, cioè quali misure imperniate, più che altro, sulla riduzione della spesa sociale, sul controllo rigoroso dei bilanci pubblici, sulla riduzione del *deficit*, sui vincoli all'indebitamento, e così via.

Dal punto di vista delle dinamiche istituzionali, va colto un aspetto peculiare in termini di disorientamento per l'interprete, chiamato a confrontarsi con una serie di "sottosistemi o mini ordinamenti" che non coincidono con il "nucleo originario dell'Eurozona". Ci si confronta, in altri termini, con nuove manifestazioni di "forme di cooperazione e di legittimazione proprie del diritto internazionale" che si affiancano "a quelle previste per le istituzioni e nelle procedure dell'UE"⁷³. Insomma, sarebbe in atto una nuova configurazione di dualismo fra forze di poteri, le quali, in definitiva, agiscono a detrimento dello Stato in quanto comunità politica.

In sintesi, il complesso degli interventi anticrisi ha posto in evidenza come i governi degli Stati abbiano fatto molto poco per far valere il loro ruolo, non solo potenziale, nelle decisioni europee, sussistendo una loro "responsabilità" anche nelle politiche di rigore finanziario, che hanno impedito di tutelare i diritti costituzionalmente protetti⁷⁴. E anche quando ci hanno provato, come nel caso della Grecia, che ha "resistito" fino a quando ha potuto, non v'è stata alcuna possibilità di far valere ragioni diverse da quelle del rigore finanziario, anche per evitare il c.d. "effetto contagio" che si sarebbe verificato qualora non fossero state "accettate" le prescrizioni contenute nell'"accordo" per il suo salvataggio⁷⁵. In realtà, le condizioni cui è stata sottoposta la Grecia hanno riguardato, fra l'altro, l'accettazione di politiche di privatizzazione e di ammodernamento dell'amministrazione pubblica, oltre che la riduzione delle retribuzioni dei dipendenti pubblici e la limitazione di alcuni

⁷¹ Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010.

⁷² Come è noto, si tratta di un accordo in forma semplificata non sottoposto a procedimenti di autorizzazione a ratifica parlamentare.

⁷³ R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in www.costituzionalismo.it, 20 gennaio 2014, p. 6.

⁷⁴ G. SILVESTRI, *Stato di diritto, tutela dei diritti sociali e crisi delle finanze pubbliche*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, p. 3 ss.

⁷⁵ F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione europea. Le ragioni di un difficile incontro*, Padova, 2015, p. 237 ss.

trattamenti pensionistici: come si può agevolmente constatare, tali condizioni hanno ben poco a che vedere con la finanza pubblica, mentre indicano pesantemente sulla “dimensione sociale di quello Stato membro”⁷⁶.

Va notato, peraltro, come, nonostante il varo di talune misure anticrisi come quelle, ad esempio, per il Portogallo, l’Irlanda, Cipro e la stessa Grecia, non siano diminuite le disuguaglianze e che, anzi, queste ultime siano aumentate anche al di sopra della media. A tale riguardo, può essere rilevato, però, che se è vero che lo Stato sta vivendo una fase di “crisi di funzione”, è altrettanto vero che non può essere messa in questione la sua “sussistenza”⁷⁷: tale proposizione indica che non può parlarsi di un processo di obsolescenza dello Stato – e, quindi, come si diceva, delle sue funzioni, in *primis* quelle connesse alla garanzia dei diritti sociali – e che la sua crisi non è “metafisica, bensì empiricamente osservabile nella sua incapacità di produrre politiche efficaci”⁷⁸.

Pretendere che i diritti, individuali e collettivi, possano essere garantiti senza lo Stato significa pensare ad una perenne assenza di legittimità dello stesso a proteggere le persone. Ed invece la sfida della sovranità, concetto che affonda a tutto tondo nel *politico*, sta proprio nella sua “ristatualizzazione”, dato che qualunque nuova forma di aggregazione, anche sovranazionale, dipenderà pur sempre dalle singole sovranità degli Stati⁷⁹. In definitiva, “quello che occorre è il recupero di quel modello sociale che aveva conferito stabilità alle democrazie europee e assicurato un alto *standard* di *protezione sociale* ai suoi cittadini”⁸⁰ che, al tempo presente, sembra essere stato *abbandonato*⁸¹.

8. Si può portare quale ulteriore esempio dello *stato delle cose* esaminando, pur in poche battute, il principio del pareggio di bilancio correlato al tema delle garanzie dei diritti sociali, la cui introduzione nella Costituzione in termini di equilibrio viene da taluno considerata *conforme* alla medesima o, quanto meno, non totalmente ad essa estranea; da altro versante, si ritiene che il nuovo articolo 81 sia del tutto contrario alla medesima; e, infine, si sostiene che la cosiddetta *regola aurea* tratteggi l’adesione alla cosiddetta “terza via” dell’economia sociale di mercato quale punto di una possibile mediazione tra due opposte scuole di pensiero economico-giuridico ricondotte ad unità da proposizioni volte ad assicurare un equilibrio stabile tra una sana politica di finanza pubblica e la garanzia delle prestazioni sociali⁸².

Si può sottolineare, in primo luogo, come la *regola* finanziaria avrebbe “colpito” i principi fondamentali recando un pregiudizio, in particolare, a quello dell’eguaglianza sostanziale. Sul piano della politica finanziaria, essa consiste nel freno all’indebitamento (oggi possibile solo a condizioni costituzionalmente determinate),

⁷⁶ M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁷ A. CARRINO, *La dottrina dello Stato e la sua crisi. Problemi e prospettive*, Modena, 2016, p. 45.

⁷⁸ *Ivi*, p. 46.

⁷⁹ *Ivi*, p. 52.

⁸⁰ A.L. VALVO, *op. cit.*, p. 262.

⁸¹ A.M. NICO, G. LUCHENA, *L’Unione europea e i diritti “abbandonati”: una premessa*, in A.M. NICO, G. LUCHENA (a cura di), *L’Unione europea e i diritti “abbandonati”, Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2016, n. 2, p. 1 ss.

⁸² *Amplius*, I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, p. 53 ss., *passim*.

considerato il vero e proprio *totem* della finanza neutrale. Le politiche espansive introdotte nel XX secolo hanno privilegiato un'impostazione volta ad accrescere l'attività finanziaria statale per conseguire gli obiettivi della redistribuzione del reddito (determinando criteri di giustizia distributiva), della predisposizione di servizi pubblici forniti a basso prezzo o gratuitamente, della realizzazione di interventi volti a riequilibrare economicamente anche i territori che si trovano in difficoltà per ragioni geografiche, infrastrutturali e sociali. Uno degli obiettivi della finanza contemporanea, infatti, è (anche) quello della stabilizzazione dell'economia nel breve periodo⁸³, che consiste nella previsione di politiche volte a garantire la piena occupazione senza compromettere il tasso di inflazione (J.M. Keynes)⁸⁴.

L'introduzione della *golden rule*, nel contesto del *novus ordo* economico-istituzionale, nel limitare la possibilità di porre in essere politiche di bilancio espansive comprometterebbe la garanzia effettiva dei diritti sociali. Alla luce delle disposizioni costituzionali, infatti, l'intervento statale nell'economia per il tramite delle politiche di bilancio ha caratterizzato l'azione dei governi almeno fino agli anni novanta; successivamente, le politiche monetariste hanno, giocoforza, influito in maniera decisiva sulle politiche restrittive di finanza pubblica⁸⁵.

I sostenitori della regola del pareggio di bilancio, dal canto loro, sostengono una posizione di compatibilità della medesima con l'impianto costituzionale complessivamente considerato, soprattutto tenendo conto delle interdipendenze economiche⁸⁶, del coordinamento delle politiche economiche e finanziarie ormai appannaggio degli organi UE e, soprattutto, dinanzi alla finanziarizzazione globale dell'economia che ha imposto agli Stati un nuovo *modus agendi* difensivo dinanzi alle imprese transnazionali, obbligandoli a competere contro una mano autenticamente invisibile, certamente impalpabile ed opaca, che è quella dei mercati finanziari.

Da questo punto di osservazione, si fa strada l'idea in base alla quale sia in atto un processo di *assimilazione* della c.d. Costituzione finanziaria a quella europea, di tal che, forse anche prima dell'approvazione della l. cost. n. 1 del 2012, la redazione del bilancio avrebbe dovuto conformarsi ai criteri europei concernenti il rapporto *deficit/PIL*, il (sostanziale) divieto d'indebitamento e la riduzione del debito pubblico.

Invero, la soluzione compromissoria – resa esplicita dalla scelta dell'espressione equilibrio (di bilancio) – indicherebbe, secondo un certo orientamento dottrinale, un elemento di compatibilità tra il pareggio di bilancio e la Costituzione italiana nell'ottica dell'economia sociale di mercato, un modello economico che, come si è avuto modo, seppur in breve, di evidenziare, “prova” a contemperare le esigenze dell'economia di mercato con quelle dell'equità sociale.

La garanzia dei diritti sociali, in ogni caso, non può certo prescindere *anche* dalle condizioni finanziarie nelle quali versa lo Stato e, per tale ragione, il bilancio in equilibrio può contribuire a rendere “sostenibili” politiche di *welfare* di più ampio

⁸³ A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2014, p. 48.

⁸⁴ Per quel che concerne la teoria keynesiana, v. G. PALMERIO, A. FRAU, *Principi di finanza pubblica*, Bari, 2017, p. 92 ss.

⁸⁵ A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *op. cit.*, p. 39 ss.

⁸⁶ E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, p. 8 ss.

spettro⁸⁷. A tale proposito, l’art. 81 Cost. può essere considerato come il luogo privilegiato dell’interazione fra politica (produttrice di diritto) ed economia⁸⁸: le proposizioni della dottrina delle aspettative razionali, hanno preso il posto delle ragioni dei diritti, sempre più “subalterni” al destino fluttuante della finanza pubblica.

Il controllo dei conti pubblici, i saldi da “coordinare/concordare” con gli organi finanziari sovranazionali, la corrispondenza formale tra entrate e spese sono divenuti gli obiettivi principali, se non esclusivi, della politica europea. Prende piede così una concezione ragionieristica del bilancio, che ammette poche “fughe” dai rigori della neutralità finanziaria. Il bilancio statale, al contrario, dovrebbe temperare le (pur) necessarie esigenze di tenuta in ordine dei conti e quelle dello Stato (democratico-sociale) che, in qualche misura, non può rinunciare a programmare la propria politica economica e sociale, così come richiesto dalla Costituzione. Anche laddove l’ordinamento abbia approntato una tutela giuridica in favore dei soggetti deboli, l’ormai fluido universo-mondo dell’economia globalizzata e l’aggressività dei mercati finanziari stringono in una morsa le (ormai) sfibrate maglie del diritto statale: i mercati finanziari fuggono dalla legge per costruire un proprio “sistema giuridico”, che si autoalimenta e pretende di autorigenerarsi.

Insomma, diritto ed economia sembrano vivere in mondi paralleli ed alternativi nei quali faticano a convivere ordinarietà e provvisorietà, stabilità e contingenze, neutralità e interventismo, decisione politica e assenza di controllo sociale. Insomma, l’economia si premura di salvaguardare le istanze del bilancio in pareggio relegando i diritti a variabile dipendente dalla prima. A tale riguardo, può dirsi che i due richiamati ambiti, quello economico e quello giuridico, non possono essere riguardati come l’uno disgiunto dall’altro, ma necessariamente come l’uno complementare all’altro, in un tentativo di (ri)conciliazione delle istanze della sovranità statale a sostegno, per l’appunto, delle politiche a favore dei soggetti deboli.

Si può, a questo punto, provare a concludere il ragionamento guardando al futuro: una delle priorità cui dar corso sarebbe quella di abbandonare il mito della prevalenza della tecnica nei processi di decisione politica e tentare di ricostruire le basi del “travagliato coordinamento delle politiche degli Stati membri che adottano l’euro”⁸⁹, con l’obiettivo di lasciare spazio ad una visione del governo europeo dell’economia non neutrale, ma volta al perseguimento di politiche economiche “di segno ben diverso, ponendovi al centro la solidarietà, innalzata a principio giuridico del sistema del Trattato di Lisbona, e di effettuare rilevanti investimenti nelle politiche di coesione per il progresso delle zone meno sviluppate economicamente”⁹⁰.

⁸⁷ G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015, p. 203.

⁸⁸ P. DE IOANNA, *Fiscal compact fra istituzioni ed economia*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, 2012, p. 18.

⁸⁹ E. PAPARELLA, *La BCE e l’ambivalente uso dell’indipendenza nella crisi della zona euro*, in www.osservatorioaic.it, 7 giugno 2016, p. 16.

⁹⁰ E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2015, p. 6.

Abstract

The *sub condicione* Welfare State as a Result of Financial Policies: The European “Recommendations” for Inclusion

The essay examines the downsizing of the role of the State in the economic crisis. Some State and EU interventions are taken into consideration, in order to verify how, both theoretically and practically, the State is experiencing a period of crisis of function and not of subsistence. In short, the State, perennially questioned, would be conditioned by both external policies and its inability to implement the provisions of the Constitution, increasingly exposed to the tides of international economy and finance.

Patrizia De Pasquale*

Verso la refusione del regolamento “Dublino III”**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo o di protezione sussidiaria. – 3. Le novità della proposta di refusione. – 4. *Segue*: il meccanismo di allocazione correttivo. – 5. Aspetti critici della proposta. – 6. La posizione del Parlamento europeo. – 7. *Segue*: quella degli Stati membri. – 8. Conclusioni.

1. Come ben noto, in attuazione dell'Agenda europea sull'immigrazione¹, la Commissione ha presentato, il 7 aprile 2016, una comunicazione al Parlamento ed al Consiglio, intitolata “Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa”², che, considerando le migrazioni una delle

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nella LUM Jean Monnet di Casamassima (Bari).

** Il presente lavoro rielabora la relazione svolta al Convegno “La gestione delle migrazioni: una sfida per l'Europa democratica”, tenutosi a Catanzaro l'8 maggio 2017.

¹ COM(2015)240 fin.

² COM(2016)197 fin. Giova ricordare che l'istituzione di un Sistema comune europeo di asilo è iniziato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel maggio 1999, sulla base dei principi approvati dal Consiglio europeo di Tampere che indicava gli atti da adottare nella “prima fase” del CEAS e prefigurava già ulteriori sviluppi nella “seconda fase”. In particolare, durante la prima fase sono state adottate le seguenti direttive: 2003/9/CE, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (c.d. direttiva accoglienza); 2004/83/CE, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (c.d. direttiva qualifiche) e, infine, 2005/85/CE, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri al fine del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato (c.d. direttiva procedure). Inoltre, è stato adottato il regolamento 343/2003 (Dublino II), con il quale è stata “comunitarizzata” la Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee. Nella seconda fase si è avuta l'adozione: *i*) di direttive modificative delle precedenti (2011/95/UE, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; 2013/32/UE concernente le procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale); *ii*) del regolamento 604/2013 (Dublino III), che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di Paese terzo o da apolide; *iii*) del regolamento 603/2013, che istituisce l'“Eurodac” per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in

questioni fondamentali per l'Europa nei prossimi decenni, propone di migliorare il funzionamento degli strumenti e dei meccanismi esistenti. In particolare, essa ritiene necessario predisporre un sistema solido ed efficace che possa garantire una gestione sostenibile della migrazione, sulla base dei principi di responsabilità e solidarietà³.

Nell'ambito di tale riforma è stato presentato, il 4 maggio 2016, un primo pacchetto di misure contenenti tre proposte di regolamenti: la refusione del regolamento Dublino III⁴, la nuova Agenda per il sostegno all'asilo⁵ e la riforma del sistema EURODAC⁶; nonché un secondo pacchetto di misure, il 7 luglio 2016, costituito da un regolamento che istituisce una procedura di asilo unica nell'UE e sostituisce la direttiva procedure⁷, un regolamento qualifiche che modifica la direttiva precedente⁸ e una direttiva di rifusione della direttiva accoglienza⁹. Infine, per garantire un ingresso legale e sicuro alle persone bisognose di protezione internazionale, provenienti da Paesi terzi, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento che istituisce un quadro di reinsediamento dell'UE e modifica il regolamento 516/2014¹⁰.

Su tali proposte è in corso un dibattito molto acceso che coinvolge, da un lato, le istituzioni dell'Unione; dall'altro, gli Stati membri, sia nel quadro istituzionale europeo, sia in altri consessi nazionali ed internazionali. Le posizioni delle une e degli altri sono, comunque, ancora molto distanti (talvolta del tutto in antitesi) e, non di rado, la difficoltà di superare tali divergenze si è tradotta e continua a tradursi nell'adozione di misure "emergenziali" dirette ad affrontare, nel breve periodo, le crisi, ma senza collocarsi in un disegno organico e prospettico che tenga in considerazione obiettivi di lungo periodo, con grave pregiudizio soprattutto per il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito ai migranti¹¹.

uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, e che modifica il regolamento (UE) n. 1077/2011 che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

³ Cfr., soprattutto, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale, nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 701; F. MUNARI, *Lo status di rifugiato e di richiedente protezione temporanea. La visione del «diritto di Ginevra»*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrazione europea*, Torino, 2015, p. 47; G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del Sistema europeo comune di asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza*, in *SIDIBlog*, 3 ottobre 2016, reperibile online; P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus.it*, 7 settembre 2016.

⁴ COM(2016)270 fin.

⁵ COM(2016)271 fin.

⁶ COM(2016)272 fin.

⁷ COM(2016)467 fin.

⁸ COM(2016)466 fin. Va segnalato che la sostituzione della direttiva procedure e della direttiva qualifiche con due regolamenti è diretta a garantire un sistema più omogeneo, in quanto la discrezionalità lasciata agli Stati dalle direttive si è tradotta, in fase di recepimento, nell'adozione di regole molto diverse che hanno favorito l'*asylum shopping*.

⁹ COM(2016)465 fin.

¹⁰ COM(2016)468 fin.

¹¹ Sia consentito rinviare a P. DE PASQUALE, *Commento art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in S. ALLEGREZZA et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, e alla bibliografia ivi richiamata.

2. Il presente lavoro si sofferma, per motivi di economia, soltanto sulla proposta di refusione del regolamento Dublino III¹², anche perché tale regolamento è lo strumento cardine del CEAS (*Common European Asylum System*) e, dunque, la sua riforma rappresenta un tassello molto importante dell'intero sistema che si vuole ridisegnare. Al pari delle altre proposte, come si dirà, esso non si sottrae, però, ad aspre critiche e, da tempo, è oggetto di scontri tra gli Stati membri.

Prima di passare all'esame della proposta, è utile ricordare che, attualmente, la disciplina attribuisce ad un unico Stato l'esame della domanda. Tale Stato è altresì responsabile dell'accoglienza e dell'integrazione di coloro che abbiano ottenuto il riconoscimento di una forma di protezione, o, alternativamente in caso di esito negativo, dell'esecuzione dei rimpatri.

In particolare, per individuare lo Stato competente, il regolamento detta precisi criteri elencati in ordine gerarchico; ovvero: considerazioni di natura familiare, il possesso di visto o permesso di soggiorno, l'ingresso regolare o irregolare del richiedente. Inoltre, qualora il richiedente abbia varcato illegalmente la frontiera di uno Stato membro, questo è competente all'esame della domanda e la sua responsabilità viene meno 12 mesi dopo l'attraversamento clandestino. Qualora, invece, sulla base dei criteri di Dublino non possa essere individuato lo Stato competente ad esaminare la domanda, la competenza è attribuita al primo Stato membro nel quale la domanda è presentata, così come avviene nella maggior parte dei casi.

La domanda di asilo è esaminata, dunque, da un solo Stato membro, individuato sulla base dei suddetti criteri. Nondimeno, la prassi dimostra che, a differenza della previsione normativa, i criteri più utilizzati sono quelli relativi al possesso di documenti ed al carattere di ingresso con conseguente aggravio di responsabilità per gli Stati di frontiera che, nelle situazioni di emergenza, hanno avuto grandi difficoltà ad identificare tutti i richiedenti ed a rilevare le loro impronte digitali, facilitando così i movimenti secondari. Peraltro, molti Stati ritengono che i dati ottenuti attraverso i colloqui non sono sufficienti e hanno predisposto procedure più lunghe per l'identificazione, incentivando l'*asylum shopping*, ovvero la decisione dei migranti di spostarsi verso i Paesi che hanno procedure più celeri e misure di accoglienza più favorevoli.

In realtà, come ben messo in evidenza dalla Commissione nella citata comunicazione, il sistema delineato “non è stato concepito per garantire una distribuzione sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'UE, e questa carenza è stata messa in rilievo dall'attuale crisi ha mostrato, comunque, tutti i suoi punti deboli in occasione dei forti flussi migratori che, negli ultimi anni, hanno messo sotto pressione gli Stati di primo ingresso”. Difatti, gli arrivi si sono concentrati negli Stati UE che geograficamente rappresentano la porta per l'Europa e che, vincolati dal sistema Dublino, avrebbero dovuto identificare le persone sbarcate, in assenza di altri criteri di collegamento rispetto a quello del primo ingresso, accoglierle, esaminarne la domanda ed eventualmente rimpatriarle.

¹² Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

L'impossibilità di far fronte a tutti questi oneri ha determinato, da un lato, l'allentamento dei controlli, che ha favorito lo spostamento dei richiedenti verso altri Stati membri; dall'altro lato, molti Stati hanno reagito ripristinando i controlli alle frontiere interne, anche con grande spiegamento di forze dell'ordine e con la minaccia di alzare muri o di porre, a recinzione dei confini, rete metalliche per impedirne l'attraversamento, mettendo così in discussione il mantenimento stesso dello spazio Schengen¹³.

In sostanza, la crisi ha rinforzato le critiche e i dubbi sul funzionamento del sistema Dublino, specie con riguardo all'obiettivo di conseguire un'equa ripartizione dei richiedenti sul territorio dell'Unione.

In tale contesto si colloca la proposta di refusione del regolamento Dublino che, al fine di far fronte alle carenze strutturali del sistema, si pone tre priorità: *i*) garantire l'individuazione rapida dello Stato membro competente e, quindi, l'accesso rapido del richiedente alla procedura di asilo, *ii*) ripartire in modo più equo le responsabilità; *iii*) scoraggiare gli abusi e prevenire i movimenti secondari.

3. La proposta, pur mantenendo salda la gerarchia dei criteri per individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, introduce due novità procedurali di grande rilievo. La prima riguarda la previsione di una fase preliminare, la seconda un'accelerazione dell'*iter* complessivamente considerato.

La fase preliminare, di competenza esclusiva del primo Stato membro in cui il richiedente ha presentato la domanda di asilo, è volta, da un lato, ad accertare l'ammissibilità della stessa in ragione del Paese terzo di provenienza (Paese terzo sicuro o Paese di primo asilo); dall'altro, ad anticipare la decisione sull'adozione della procedura accelerata per l'esame della domanda, nei casi in cui si accerti che il richiedente asilo provenga da uno dei Paesi inclusi nella lista dei Paesi di origine sicuri, ovvero rappresenti una minaccia per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro, o, ancora, sia stato già rimpatriato in modo forzoso per ragioni gravi di sicurezza o ordine pubblico.

Nondimeno, tanto la decisione di inammissibilità, nel primo caso, quanto quella relativa alla necessità di avviare una procedura accelerata, nel secondo caso, comportano l'attribuzione della competenza allo stesso Stato in cui il richiedente ha presentato domanda di asilo.

Pertanto, se il richiedente proviene da un Paese terzo sicuro, ovvero è stato riconosciuto rifugiato e può avvalersi di tale protezione, oppure gode di protezione sufficiente in un altro Paese di primo asilo, la domanda sarà dichiarata inammissibile e le fasi successive della procedura – ricorso contro la decisione di inammissibilità, espulsione verso lo Stato terzo interessato – resteranno di competenza del primo Stato membro in cui il richiedente ha presentato domanda. Egualmente resterà di competenza del primo Stato l'esame della domanda con procedura accelerata, se il richiedente proviene da un Paese di origine sicuro, se rappresenta un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro, oppure se è già stato espulso per questi motivi.

¹³ C. CUTTITTA, *L'interpretazione e l'applicazione del regolamento Dublino III ai tempi della crisi: possibile prospettare nuovi scenari?*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2017.

Ne consegue che, soltanto in caso di ammissibilità della domanda di asilo e di assenza delle condizioni per il suo esame con procedura accelerata, il primo Stato, che ha ricevuto la domanda, darà avvio alla procedura di determinazione dello Stato membro competente ai sensi dei criteri Dublino.

Con riferimento ai termini delle varie fasi della procedura – richiesta di presa in carico e risposta, notifica di ripresa in carico, decisione di trasferimento –, la Commissione propone una sostanziale accelerazione. Così, è stabilito che la richiesta di presa in carico possa avvenire mediante mera notifica; mentre, il termine per ricorrere avverso le decisioni di trasferimento è fissato in sette giorni e sono concessi quindici giorni per emettere la pronuncia. Al riguardo, è lecito dubitare che i nuovi termini siano in grado di garantire al ricorrente il diritto ad un ricorso effettivo, come richiesto dalla Corte di giustizia nel caso *Samba Diouf*¹⁴; né la proposta recepisce l’orientamento dei giudici di Lussemburgo secondo i quali l’errata applicazione del criterio di competenza va considerata tra i motivi di ricorso¹⁵.

Il sistema delineato dalla Commissione tende anche a definire meglio gli obblighi degli Stati membri e dei richiedenti asilo, prevedendo – per questi ultimi – sanzioni talvolta molto pesanti in caso di loro violazione. In particolare, al richiedente è chiesto di presentare tempestivamente tutte le informazioni utili per la determinazione dello Stato competente e, nel caso di ritardo, è prevista l’irrelevanza giuridica delle stesse. Inoltre, l’esame della domanda di asilo sarà trattata con procedura accelerata se non sarà presentata nello Stato di primo ingresso irregolare o soggiorno regolare. E qualora il richiedente si rendesse irreperibile e non fosse presente e disponibile rispetto alle richieste dell’autorità, lo Stato membro competente ad esaminare la domanda sarà individuato in contumacia. Infine, il richiedente è tenuto a rispettare la decisione definitiva di trasferimento.

Nei confronti di chi si sposta senza autorizzazione è introdotta la sanzione più grave, cioè il diniego delle misure di accoglienza, ad eccezione dell’assistenza sanitaria d’urgenza, in qualunque Stato membro tranne in quello dove dovrebbe trovarsi in attesa che la procedura Dublino sia terminata. Tale misura, attualmente non prevista dalla direttiva accoglienza, è stata inserita nella proposta relativa alla nuova direttiva accoglienza, sebbene sia in contrasto con gli orientamenti della Corte di giustizia che, come noto, nel caso *Cimade e Gisti*¹⁶, ha riconosciuto l’obbligo dello Stato di concedere ai richiedenti asilo le condizioni minime di accoglienza seppure in attesa di essere trasferiti.

Con riferimento agli obblighi degli Stati membri, la proposta di riforma precisa che spetta a questi ultimi garantire che il richiedente riceva una informazione dettagliata rispetto ai diritti e agli obblighi derivanti dal regolamento. Essi conservano poi la competenza rispetto a qualsiasi azione successiva proposta dal richiedente di cui hanno esaminato la domanda di asilo, anche quando questi si è allontanato volontariamente o forzatamente dal territorio dell’Unione. E sono tenuti a non concedere misure di accoglienza ai richiedenti che non sono di loro competenza

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011, causa C-69/10.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 2012, causa C-179/11.

ed a riprendere in carico il beneficiario di protezione internazionale che abbia fatto domanda, ovvero sia presente irregolarmente in un altro Stato membro.

4. L'aspetto sicuramente più rilevante della proposta di refusione riguarda l'introduzione di un meccanismo correttivo di ripartizione delle responsabilità che, almeno in teoria, dovrebbe garantire una gestione più efficiente ed equa delle situazioni di afflusso sproporzionato di richiedenti asilo negli Stati membri. In particolare, eccezion fatta per le domande inammissibili, il meccanismo comporta l'assegnazione automatica delle nuove domande di asilo ad altri Stati membri, quando il numero di quelle di competenza dello Stato posto sotto pressione raggiunga il limite massimo previamente individuato. Specificatamente, la quota di riferimento (o capacità massima) di uno Stato dovrà essere calcolata sulla base del numero di abitanti e del PIL e la ripartizione dovrà essere fatta grazie a un sistema di registrazione e monitoraggio delle domande di asilo, gestito dall'agenzia eu-LISA. Il flusso di richiedenti asilo verrà considerato sproporzionato quando il numero di domande presentate sul territorio di uno Stato membro e di sua competenza (più il numero delle persone reinsediate) supererà il 150% della sua quota di riferimento e, fino a quando il numero delle domande di asilo presentate sul suo territorio non si collocherà, di nuovo, entro la quota di riferimento, tutti i nuovi richiedenti (indipendentemente dalla nazionalità) – dopo la fase preliminare – saranno ricollocati (nel rispetto del principio dell'unità familiare) proporzionalmente negli Stati membri che registrano livelli inferiori di afflusso. Uno Stato può, però, decidere di non prendere parte a tale meccanismo ma, al termine dei dodici mesi di riferimento, sarà tenuto a corrispondere agli Stati membri che hanno assunto la responsabilità in sua sostituzione un contributo di solidarietà di 250.000 euro per ogni richiedente. Dopo il trasferimento, lo Stato di ricollocazione dovrà farsi carico dell'accertamento dello Stato membro competente, ai sensi dei criteri di Dublino (fatta eccezione per quelli derivanti da ingresso irregolare e rilascio di titolo di soggiorno/visto) e soltanto dopo aver individuato la competenza della domanda di asilo in un altro Stato membro potrà procedere al trasferimento del richiedente.

5. La proposta di riforma ha sollevato molte critiche e, come detto, acceso il dibattito, sia in seno alle istituzioni europee, sia in quelle nazionali. Invero, sono stati sollevati molteplici dubbi sulla sua idoneità a perseguire gli obiettivi preposti¹⁷. Molti di essi sono ampiamente condivisibili. Innanzitutto, la proposta non sembra assicurare in modo adeguato e rapido l'individuazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda del richiedente protezione internazionale. Infatti, al di là della riduzione dei termini, che di per sé snelliscono la procedura, le altre

¹⁷ La proposta della Commissione ha scatenato numerose critiche da parte delle organizzazioni di difesa dei diritti di migranti e di rifugiati, che l'hanno definita "tutto fuorché ragionevole" ed hanno esortato il Parlamento europeo ad emendarla per renderla più giusta e rispettosa dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. In particolare, le organizzazioni hanno proposto che la ripartizione tenga conto dei "fattori di connessione" tra il richiedente asilo e un determinato Paese (ad es. legami familiari, conoscenza della lingua o precedente soggiorno). Una seconda proposta prevede che il richiedente possa essere "sponsorizzato" da un familiare, da un conoscente o anche da un'organizzazione, come succede in Canada.

novità sembrano andare nella direzione opposta. Così, la fase preliminare, diretta a selezionare i richiedenti asilo tra trasferibili e non trasferibili, costituisce senza dubbio un aggravio dell'*iter* e un appesantimento del carico di lavoro per gli Stati membri che dovranno confrontarsi con un'ulteriore procedura ed istituire un'autorità *ad hoc*. Peraltro, non va escluso che il richiedente presenti un ricorso contro la decisione di inammissibilità, allungando ulteriormente i tempi della procedura.

Allo stesso modo, non convince il meccanismo correttivo di allocazione che, di fatto, potrebbe aggiungere un'ulteriore fase al farraginoso meccanismo, nonché coinvolgere un terzo Stato. Invero, la determinazione dello Stato membro competente spetta allo Stato di ricollocazione che, a sua volta, dopo aver ricollocato sul suo territorio il richiedente, valuterà se trasferirlo verso un terzo Stato membro che sarà competente a valutare la domanda di asilo alla luce dei criteri di Dublino. Insomma, la ricollocazione potrebbe essere solo un passaggio intermedio, in attesa della definizione della competenza all'esame della domanda. Pertanto, se attualmente sono coinvolti due Stati: quello che avvia la procedura Dublino e quello eventualmente individuato come competente a esaminare la domanda di asilo; qualora la proposta fosse adottata, sarebbero coinvolti tre Stati, cioè, quello che riceve la domanda e beneficia della ricollocazione, lo Stato che ricolloca il richiedente sul suo territorio e lo Stato eventualmente individuato come competente a esaminare la domanda. Senza dimenticare che lo Stato membro beneficiario della ricollocazione, prima di trasferire il richiedente asilo, deve inviare allo Stato destinatario le informazioni rilevanti, affinché quest'ultimo possa procedere alla valutazione della pericolosità del richiedente.

È evidente, dunque, che la procedura di individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo risulta più lunga e complessa.

Ma vi è di più. La proposta neppure sembra idonea a ripartire in maniera più equa le responsabilità. Difatti, il criterio dello Stato di primo ingresso risulta addirittura rafforzato dalla esplicita previsione dell'obbligo del richiedente di formalizzare lì la sua domanda di asilo, pena l'esame della domanda secondo una procedura accelerata. L'inadeguatezza di mantener saldo tale criterio è stata, di recente, prospettata anche dall'Avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni *A.S. c. Repubblica di Slovenia e Jafari*, cause C-490 e 646/16, presentate l'8 giugno 2017. L'Avvocato generale suggerisce che, nelle circostanze eccezionali, quali quelle verificatesi tra la fine del 2015 e l'inizio 2016, le domande di protezione internazionale dovrebbero essere esaminate dal primo Stato membro in cui sono state presentate, ai sensi dell'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino e non dallo Stato di primo ingresso. Per tal via, si alleggerirebbero gli oneri degli Stati geograficamente più esposti, si assicurerebbe la salvaguardia dei diritti fondamentali sancita dal legislatore UE e si ripartirebbe in modo più chiaro, tra gli Stati membri, la competenza per l'esame delle domande di protezione internazionale.

Molti dubbi riguardano altresì il terzo obiettivo, ovvero l'introduzione di meccanismi idonei a scoraggiare i movimenti secondari. Infatti, le misure proposte dalla Commissione non appaiono sufficientemente utili a disincentivare i titolari di protezione dallo spostarsi verso altri Stati, dove hanno reti familiari o amicali o semplicemente intravedono più opportunità lavorative.

Più in generale, poi, suscita più di una perplessità l'assenza completa di previsioni che invitino a tenere in considerazione le caratteristiche specifiche dei richiedenti asilo (lingua, legami familiari etc.), come invece era avvenuto con le decisioni "emergenziali" del 2015¹⁸. E, soprattutto, l'introduzione di sanzioni troppo severe in caso di inosservanza di taluni obblighi loro imposti (ad es. diniego di assistenza). Anche perché, non di rado, tali obblighi riguardano il rispetto di procedure non immediatamente comprensibili e, in caso di emergenze, di ancora più difficile gestione.

Vanno invece salutate con favore le nuove disposizioni che precisano gli obblighi del richiedente e degli Stati, nonché quelle che definiscono in modo più allargato la nozione di "familiari" (includendo fratelli, sorelle ed i legami creatisi nel Paese terzo di transito) e quelle che hanno ampliato l'ambito di applicazione *ratione personae* del regolamento ai beneficiari di protezione internazionale che si trovano in uno Stato membro diverso da quello che ha concesso loro la protezione.

A ben vedere, dunque, la proposta non soltanto non sembra perseguire adeguatamente gli obiettivi quanto, per molti versi, sembra abbia fatto un passo indietro rispetto alla tutela dei diritti fondamentali riconosciuti ai richiedenti asilo o protezione internazionale, gravandoli di una procedura ancora più difficile da comprendere e gestire e che impone sanzioni severe ogniqualvolta non fosse correttamente seguita.

6. Come già osservato, la proposta in esame non ha ricevuto grandi consensi da parte delle altre istituzioni. In particolare, il Parlamento europeo, segnatamente la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), ha già presentato due diverse proposte di modifiche sostanziali.

La prima, risalente al 24 febbraio 2017, conteneva ben 109 emendamenti che, come si evince dalla relazione di accompagnamento presentata dal *Rapporteur* Cecilia Wilkström, erano diretti ad accordare una maggiore attenzione alla tutela dei diritti dei richiedenti asilo o protezione internazionale. Infatti, era stato proposto di abolire il controllo di ammissibilità delle domande di asilo, che – come giustamente osservato – creerebbe non soltanto un insormontabile carico amministrativo per gli Stati di frontiera, ma soprattutto un allungamento delle procedure con grave pregiudizio per i richiedenti. Il Parlamento chiedeva poi di reinserire la clausola di discrezionalità, eliminata dalla Commissione, mantenendo così la possibilità per uno Stato di esaminare una domanda di asilo anche se non competente alla luce dei criteri di Dublino. Ed ancora, nell'ottica di semplificare le procedure per il ricongiungimento familiare, il Parlamento europeo proponeva di autorizzare il richiedente a trasferirsi nello Stato in cui è presente un familiare, attribuendo a tale Stato la competenza ad esaminare la sua domanda ed ai gruppi (fino a trenta persone) di registrarsi come tali, al momento di arrivo sul territorio UE.

¹⁸ Nel preambolo di tali decisioni era stabilito che "nel determinare lo Stato membro di ricollocazione si dovrebbe tenere conto, in particolare, delle qualifiche e delle caratteristiche specifiche dei richiedenti interessati, quali le loro competenze linguistiche e altre indicazioni individuali basate su dimostrati legami familiari, culturali o sociali".

Per quanto riguarda il meccanismo di allocazione correttivo, il Parlamento riteneva che esso dovesse scattare quando la capacità di accoglienza di uno Stato avesse raggiunto il 100%. Nondimeno, considerando inaccettabile assegnare un prezzo agli esseri umani, chiedeva di abolire la possibilità di versare una somma per ogni richiedente asilo non accolto e, per convincere gli Stati a rispettare il meccanismo di redistribuzione, suggeriva di bloccare parte dei Fondi strutturali e d’investimento europei assegnati allo Stato che rifiuta di prendervi parte.

A seguito dell’acceso dibattito e delle aspre critiche che tali emendamenti hanno suscitato, la medesima Commissione LIBE, lo scorso ottobre, ha approvato un nuovo testo di riforma del regolamento Dublino III, validata dalla plenaria il 16 novembre 2017. Specificatamente, dando attuazione all’art. 80 TFUE, che espressamente sancisce che le politiche relative ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione devono essere governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario, la Commissione LIBE ha eliminato l’automatismo tra il Paese nel quale il richiedente fa ingresso irregolare e la competenza ad esaminare la sua domanda di protezione, sostituendolo con un meccanismo di attribuzione definito sulla base di quote che interessano tutti i Paesi UE e definite alla luce di criteri oggettivi: PIL e popolazione. Inoltre, ha ampliato la nozione di famiglia, estendendola ai fratelli e alle sorelle del richiedente, ai figli maggiorenni, se a carico. Ma, soprattutto, ha assegnato rilievo giuridico, nella individuazione del Paese competente ad esaminare la domanda, ai “fattori di collegamento”, ovvero ai reali legami tra il richiedente e il Paese nel quale lo stesso chiede di recarsi (quali precedenti soggiorni, corsi di studio e formazione). In assenza di tali legami, i richiedenti asilo verrebbero automaticamente assegnati ad uno Stato UE in base ad un metodo di ripartizione fisso, non appena registrati e dopo un controllo di sicurezza e una rapida valutazione dell’ammissibilità della loro domanda di protezione. Più in particolare, allo Stato di primo ingresso competerebbe registrare il migrante al suo arrivo sul territorio UE e valutare sommariamente l’ammissibilità della sua richiesta di protezione internazionale. Qualora il richiedente asilo avesse un legame rilevante con uno Stato, vi sarebbe trasferito e tale Stato sarebbe competente ad esaminare la sua domanda. Qualora, invece, non avesse un legame rilevante con un Paese, il richiedente potrebbe scegliere la sua destinazione da una lista composta dai quattro Stati con il numero più basso di richiedenti rispetto alla propria quota e, se non effettuasse una scelta, sarebbe assegnato allo Stato con il più basso tasso di candidati. Se poi il richiedente asilo dimostrasse di avere legami, culturali, familiari in senso ampio o linguistici, con uno altro Stato potrebbe chiedere di esservi trasferito.

La Commissione LIBE ha poi giustamente mantenuto la proposta di sanzionare lo Stato che rifiutasse di rispettare il sistema delle quote con il blocco delle risorse dei Fondi strutturali. Inoltre, ponendo le spese per il trasferimento e l’accoglienza a carico del bilancio UE, la proposta ripartisce effettivamente tra tutti gli Stati soltanto la responsabilità dell’accoglienza.

7. L’originaria proposta della Commissione ha comunque ricevuto dure critiche anche dagli Stati membri, che si sono aggiunte a quelle appena esaminate del Parlamento europeo e a quelle di molte organizzazioni di difesa dei diritti di

migranti e rifugiati¹⁹. Invero, nel Consiglio la discussione ha seguito un approccio tematico, concentrandosi su “tre temi orizzontali specifici”²⁰: *i*) limitare gli abusi e i movimenti secondari, *ii*) i diritti socio-economici dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale, *iii*) le garanzie per le persone con particolari esigenze. Nondimeno, il processo volto a trovare un compromesso sull’effettiva applicazione dei principi di responsabilità e solidarietà, attraverso consultazioni informali ancora non si è concluso e “l’esame della proposta da parte degli organi preparatori del Consiglio dovrebbe riprendere una volta ottenuti altri orientamenti a livello politico sulla possibile via da seguire”.

In realtà, il dibattito sulla riforma del regolamento di Dublino sta provocando non pochi squilibri all’interno dei singoli Paesi e delle forze politiche in campo. È utile ricordare, ad esempio, che gli Stati dell’Europa centro-orientale (blocco Visegrád) sono contrari a fissare le quote di ricollocamento. E che il Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk, alla vigilia della riunione del 14-15 dicembre 2017, ha pubblicamente esortato gli Stati a non proseguire sulla via delle quote, definita “molto divisoria” e “inefficace”; nonché a stipulare accordi, come quello concluso con la Libia, al fine di “arginare i flussi migratori clandestini verso l’Europa”. Neppure va dimenticato che, al termine di tale riunione, il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, Gentiloni, ha dichiarato “non siamo a un’intesa e neppure alla vigilia di un’intesa”.

In realtà, in seno al Consiglio europeo gli Stati non si sono mai spinti oltre mere dichiarazioni di buoni propositi e appare piuttosto remota la possibilità che raggiungano un accordo unanime sulla riforma del CEAS, tant’è che sembra più probabile – anche alla luce dei risultati dell’ultimo incontro – un voto a maggioranza qualificata, come stabilito dall’art. 78 TFUE.

Sebbene, dunque, gli Stati continuino a dichiarare che l’applicazione efficace dei principi di responsabilità e di solidarietà resta un obiettivo condiviso, il consenso su una disciplina comune è difficile da raggiungere e gli sforzi profusi nei mesi scorsi ai fini della revisione del sistema europeo comune di asilo si sono arenati su molte aree di divergenza. In alcuni documenti si legge addirittura che ci sarebbe l’intenzione di scorporare il meccanismo di solidarietà correttivo dalla proposta di riforma del regolamento di Dublino, mettendolo in uno strumento legislativo *ad hoc*.

In ogni caso, gli Stati sono fermamente intenzionati ad affidare la responsabilità dell’esame di una domanda a un solo Stato – che non sia necessariamente quello di primo ingresso – e a lasciare al Consiglio ogni decisione, sia pure in una situazione di crisi del sistema di accoglienza.

Pertanto, gli Stati UE – sia in seno al Consiglio europeo, sia nel Consiglio – stanno seguendo varie strade, talvolta alternative a quelle indicate dalla Commissione. Così, mentre il Parlamento europeo ha avviato, come da procedura, una riflessione partendo dalla proposta della Commissione, gli Stati membri si stanno muovendo in una direzione diametralmente opposta. C’è allora da chiedersi se la proposta

¹⁹ Cfr. *supra*, nota 17.

²⁰ Comitato dei rappresentanti permanenti, 21 marzo 2017, 6851/17, Riforma del sistema europeo comune di asilo e reinsediamento.

della Commissione sia ancora valida e se possa ancora essere considerato il testo di riferimento di ogni discussione. Oppure se sia necessario ripartire da un testo nuovo.

8. Dalle osservazioni che precedono è evidente che la refusione del regolamento Dublino III costituisce, al momento, un terreno di gioco assai scivoloso. Ogni disposizione è sottoposta a più di un controllo, sia a livello UE, sia a livello nazionale, e su ognuna di esse si sono già formate opinioni spesso discordi. Sembra cioè che la stessa tenuta dell’intera proposta sia a rischio.

Più in generale, è opportuno sottolineare che il diritto di asilo – come ogni altro diritto, ma in questo momento più di ogni altro diritto – è fortemente soggetto ai condizionamenti della società civile ed è al centro di molti programmi politici, di conseguenza, le pressioni dirette a modificare il CEAS sono sì legate alla necessità di migliorare il sistema che, come più volte detto, è risultato inadeguato alle forti pressioni migratorie degli ultimi anni, ma soprattutto a dare una risposta – non importa quanto valida, purché sia veloce – al malcontento di quelli che identificano l’immigrato con la causa di tutti i problemi attuali (e persino futuri!). In tale ottica, è appena il caso di ricordare che, in Italia, la l. 46/2017²¹, che ha convertito il decreto Minniti-Orlando, ha introdotto significative novità, al fine di adeguare la “macchina della giustizia” italiana all’enorme carico di lavoro giudiziario derivante dall’incremento del fenomeno immigratorio. Ma, come evidenziato dal CSM, il carattere meramente eventuale dell’udienza di comparizione del richiedente e la soppressione del doppio grado di merito (pur non costituzionalmente garantito) sembrano comprimere eccessivamente i diritti individuali, informando i procedimenti giurisdizionali nella materia della protezione internazionale alle sole esigenze di celerità e snellezza.

Last but not least, occorre ribadire che la vera falla del sistema è, ad oggi, rappresentata dal mancato rispetto, da parte degli Stati membri, dei principi di fondo di tale politica: quello di solidarietà e quello di equa ripartizione della responsabilità, anche sul piano finanziario (art. 80 TFUE). Vale a dire che la corretta ed efficace attuazione del diritto di asilo non può prescindere da un’autentica e concreta solidarietà, soprattutto tra gli Stati più interessati ai fenomeni migratori. Nondimeno, finora, il carattere volontaristico ha rappresentato il limite di tale meccanismo, che non ha trovato sempre un’adeguata risposta ai bisogni dei cittadini degli Stati terzi. E taluni Stati ancora dimostrano insofferenza verso i migranti e hanno fatto della chiusura all’immigrazione la loro bandiera; mentre, gli Stati geograficamente più esposti (come l’Italia) continuano a ricevere solidarietà soltanto a parole e a dover affrontare situazioni ai limiti della loro capacità di gestione, senza alcuna condivisione degli oneri, finanziari e non.

In conclusione, va osservato che il bilanciamento tra l’esigenza di trovare soluzioni adeguate per affrontare le pressioni migratorie e la necessità di assicurare un alto livello di tutela dei diritti fondamentali dei migranti si è tradotto, almeno per il momento, in regole che costituiscono un grave affievolimento di tali diritti.

²¹ Conversione in legge con modificazioni, del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale nonché per il contrasto all’immigrazione.

Abstract

Towards the Reform of “Dublin III” Regulation

Following the exposure of shortcomings in the Dublin system’s design and implementation in an evaluation announced in the May 2015 European Agenda on Migration, the Commission adopted on 4 May 2016 a legislative proposal for reform of the Dublin system. This proposal’s main purpose is to remove the responsibility for processing an asylum application to a single Member State. Indeed, in practice, the most frequently applied criterion is the irregular entry, meaning that the Member State through which the asylum-seeker first entered in the EU is responsible to examine asylum claim. The paper deals with this legislative proposal and the subsequent debate between the Member States and the European institutions. Particular attention is dedicated to report on the reform adopted by the LIBE Committee of the European Parliament that voted to start interinstitutional negotiations.

Alessandra Mignolli*

Corte di giustizia e misure restrittive individuali tra ampliamento della giurisdizione e *self-restraint*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 40 TUE: un confine indefinito e forse indefinibile tra PESC e TFUE. – 3. Il rapporto tra decisioni PESC introduttive di misure restrittive individuali e regolamenti *ex art.* 215 TFUE. – 4. La portata della giurisdizione della Corte ai sensi dell'art. 275 TFUE. – 5. Profili problematici in merito alle misure restrittive “mirate” nel contesto dei regimi sanzionatori contro Paesi terzi. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Il regime giuridico della PESC (Politica estera e di sicurezza comune) e degli atti adottati in base alle disposizioni del TUE che la disciplinano costituisce forse la principale questione ancora irrisolta del complesso sistema giuridico UE dopo la riforma realizzata con il Trattato di Lisbona. La scelta politica che sottende a tale questione è quella di conservare una netta separazione tra il sistema giuridico dell'Unione, ormai unificato dopo lo smantellamento della struttura a pilastri, e l'area intergovernativa della PESC, tuttora dominata dalla regola del consenso, dal ruolo predominante delle istituzioni intergovernative nel processo decisionale e, soprattutto, dall'esclusione della Corte di giustizia da ogni significativo potere di controllo e sindacato giurisdizionale sulle azioni intraprese in ambito PESC.

Indicativa della problematicità di tale assetto è la presa di posizione della Corte di giustizia nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014. Tra le numerose cause di incompatibilità rilevate nell'esame del progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU, essa evidenzia infatti la “configurazione attuale delle competenze della Corte”, che comporta che “taluni atti adottati nell'ambito della PESC sfuggono al controllo giurisdizionale della Corte”. Tale assetto delle competenze giurisdizionali comporterebbe che, in caso di adesione alla CEDU, alcuni atti UE sarebbero soggetti alla giurisdizione esclusiva, sia pure solo per il controllo del rispetto dei diritti fondamentali, di un organo giurisdizionale estraneo al sistema UE, e questo lederebbe “le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di PESC”¹.

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹ Parere del 18 dicembre 2014, 2/13, EU:C:2014:2454, punti 249-257.

Nel quadro della riorganizzazione sistematica dei Trattati operata dal Trattato di Lisbona, come è noto, si è intervenuto sull'assetto dei rapporti tra la PESC e le altre competenze dell'Unione – quelle oggi disciplinate nel TFUE – sulla base della separazione, sistematica e di regime giuridico, tra il settore di cooperazione della PESC e tutti gli altri settori di azione dell'Unione, cercando al tempo stesso di perseguire la coerenza dell'azione esterna UE attraverso opportune forme di coordinamento. Tale separazione e distinzione di regime è evidenziata, sotto il profilo sistematico, dalla permanenza della disciplina della PESC nel TUE, e si sostanzia in vari e diversi elementi. La PESC, infatti, figura tra le competenze UE indicate nell'art. 2 TFUE, ma non è inserita in alcuna delle categorie di competenze indicate da quella disposizione, essendo considerata un settore di azione autonomo e soggetto a regole diverse da quelle delle altre categorie di competenze UE, la cui portata e i cui effetti vengono invece codificati. Tali specificità di funzionamento includono in particolare l'impossibilità di adottare atti legislativi (art. 24, par. 1, TUE) e la centralità del Consiglio europeo e del Consiglio, coadiuvati dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza², nel processo decisionale e, di conseguenza, il ruolo limitato riservato alla Commissione e al Parlamento europeo. A ulteriore garanzia della separazione tra la PESC e le altre politiche, di carattere "comunitario", dell'Unione, sono posti altri due elementi, rispettivamente l'art. 40 TUE e l'art. 275 TFUE. La prima disposizione è volta a tracciare un confine invalicabile tra le procedure e le competenze delle istituzioni nella PESC e quelle disciplinate nel TFUE, stabilendo che le une non devono pregiudicare le altre. La seconda stabilisce la portata della giurisdizione della Corte relativamente alla PESC.

L'art. 40 TUE è la nuova versione di una clausola di coordinamento presente nei Trattati fin dall'Atto unico europeo³, cioè fin dalla istituzionalizzazione della allora Cooperazione politica europea, al fine di proteggere il pilastro comunitario da possibili sconfinamenti da parte della PESC, che da sempre ha avuto carattere prevalentemente intergovernativo. Nel Trattato di Maastricht la disposizione in parola era l'art. 47 TUE, ribadito per quello che allora era il terzo pilastro dall'art. 29 TUE⁴, che, come è stato autorevolmente spiegato, aveva la funzione di permettere il ricorso agli strumenti previsti dai due pilastri intergovernativi UE solo "qualora la materia non ricadesse nella disciplina del Trattato sulla Comunità europea e nelle competenze ivi contemplate"⁵. Oggi la clausola si presenta non più a senso unico, ma a doppio

² Su questa figura, e sulla sua funzione di coordinamento tra la PESC e gli altri settori di azione esterna, si vedano A. MIGNOLLI, *Art. 27 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 317 ss.; U. VILLANI, *L'Alto Rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza*, in *Geopolitica*, 2015, p. 49 ss.

³ Allora era l'art. 32 AUE, mentre l'art. 31 attribuiva alla Corte la giurisdizione sul suo rispetto. Questa clausola non fu mai applicata, a differenza delle sue successive versioni, gli articoli L e M del Trattato di Maastricht e gli articoli 46 e 47 TUE nella versione di Nizza: si veda la sentenza del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:1998:219, che ha aperto una ricca giurisprudenza della Corte, tutta volta a proteggere l'*acquis communautaire* dalle invasioni di competenza dell'area intergovernativa e ad estendere quanto più possibile la portata delle competenze comunitarie (sentenze del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, EU:C:2005:542; del 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Parlamento c. Consiglio (ECOWAS)*, EU:C:2008:288; del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, EU:C:2009:68).

⁴ Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

⁵ Così U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 294.

senso di marcia, comportando il reciproco divieto di sconfinamento tra i due campi di azione dell'Unione, e tale diversa formulazione ha forse in qualche misura cambiato, come si cercherà di chiarire meglio nel prosieguo, l'approccio interpretativo della Corte. In sostanza, oggi, le competenze "generali" UE e quelle "specifiche" della PESC sono poste sullo stesso piano, in un rapporto di "rispetto reciproco"⁶. L'utilizzo da parte della Corte dell'art. 40 è, come si vedrà, prevalentemente volto a individuare criteri generali per la scelta della base giuridica.

La seconda disposizione, l'art. 275 TUE, invece, definisce l'estensione della giurisdizione della Corte di giustizia relativamente alla PESC. Anch'essa era già presente nelle precedenti formulazioni dei Trattati, ma con il Trattato di Lisbona muta l'approccio normativo: le precedenti formulazioni costituivano infatti un elenco tassativo dei casi in cui la giurisdizione della Corte sussisteva, mentre ai sensi dell'art. 275 la regola generale è quella della giurisdizione, mentre le esclusioni sono considerate eccezioni. Secondo tale approccio, dunque, il compito della Corte di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati", di cui all'art. 19, par. 1, TUE, costituisce una regola di applicazione generale, soggetta solo alle eccezioni di cui all'art. 275 TFUE (e all'art. 24, par. 1, co. 2, TUE)⁷. Le eccezioni di cui alle disposizioni citate si estendono alle disposizioni del TUE relative alla PESC (titolo V, capo 2, TUE), e agli atti adottati ai sensi di dette disposizioni. Piena giurisdizione interpretativa sussiste invece per quanto riguarda tutte le altre disposizioni del TUE e la Carta dei diritti fondamentali. Come la Corte avrà modo di precisare nella sua giurisprudenza in materia, di cui si darà conto nelle pagine che seguono, come tali, le eccezioni alla regola della competenza giurisdizionale devono essere interpretate restrittivamente. L'eccezione all'esclusione di competenza (o *claw-back clause*)⁸ era in passato solo una, la possibilità per la Corte di controllare se un atto PESC eccedesse i limiti della PESC (art. 46 TUE nella versione di Nizza, che attribuiva alla Corte la competenza a verificare il rispetto dell'allora art. 47 TUE). Oggi, l'art. 275, par. 1, TFUE, attribuisce alla Corte il potere di controllare il rispetto dell'art. 40 TUE. La seconda eccezione, ovvero la competenza a "pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all'articolo 263, quarto comma, del presente trattato, riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea", è stata introdotta dal Trattato di Lisbona in considerazione dello sviluppo della prassi delle sanzioni cosiddette individuali e del contenzioso che ne è derivato. Si è reso infatti necessario prevedere una forma di garanzia dei diritti fondamentali nel caso di atti PESC idonei a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi.

Le misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, la cui adozione è una prassi ormai consolidata avviata dal Consiglio di sicurezza ONU nel quadro

⁶ Si veda ancora U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 295.

⁷ Che ripete ancora una volta i limiti della giurisdizione della Corte con riguardo alla PESC e rinvia all'art. 275 TFUE. Per ulteriori considerazioni, si veda E. CANNIZZARO, *Art. 24 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 230 ss.

⁸ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet del 31 maggio 2016, causa C-72/15, *Rosneft*, EU:C:2016:381, in cui la *claw-back clause* si inserisce nella *carve-out clause*, ossia la sottrazione della PESC alla regola generale della giurisdizione.

della lotta al terrorismo internazionale già dagli anni Novanta del secolo scorso, si caratterizzano per la natura politica degli obiettivi che perseguono – sanzionare soggetti privati per la loro partecipazione, a vario titolo, ad attività terroristiche o di altro tipo in grado di minacciare la pace e la sicurezza internazionale –, ma anche per il carattere economico che esse in pratica rivestono⁹, oltre che per le ripercussioni sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali che derivano dalla loro applicazione. A tale riguardo, è opportuno chiarire che la prassi dei regimi sanzionatori si è diversificata nel corso degli ultimi anni. Si devono quindi distinguere i regimi che colpiscono persone fisiche e giuridiche in quanto sospettate di affiliazione o collaborazione con organizzazioni terroristiche (le sanzioni individuali vere e proprie, che hanno come obiettivo entità non statali nel quadro della lotta al terrorismo internazionale) e quelle che colpiscono persone fisiche e giuridiche nel quadro di regimi sanzionatori contro Stati terzi, in quanto tali persone ed entità risultano a vario titolo collegate con il governo che si intende sanzionare. Quest’ultima categoria di sanzioni mirate – per le quali è più opportuno parlare di misure restrittive, in quanto esse non sono, propriamente, sanzioni¹⁰ – persegue l’obiettivo di non colpire indiscriminatamente il Paese terzo e la sua popolazione, quanto piuttosto alcuni soggetti istituzionalmente o economicamente collegati alle autorità di governo la cui politica l’UE intende sanzionare. In entrambi i casi, le sanzioni possono essere adottate sulla base di deliberazioni del Consiglio di sicurezza o autonomamente da parte dell’Unione.

Esse costituiscono un’importante sfida per il perseguimento della coerenza dell’azione esterna dell’Unione e per il rispetto dei principi dello Stato di diritto nel sistema giuridico UE. Per questi motivi, a seguito della prima giurisprudenza della Corte di giustizia al riguardo¹¹, il Trattato di Lisbona ha creato un “ponte” tra la sede decisionale PESG, competente per l’adozione della decisione politica in materia di misure di questo tipo, e la sede decisionale “comunitaria”, competente per la loro esecuzione, attraverso l’introduzione dell’art. 215 TFUE. Il par. 1 di questa disposizione svolge la funzione del previgente art. 301 TCE e costituisce la base giuridica per l’adozione di sanzioni economiche nei confronti di Stati terzi. Il par. 2, invece, introduce una base giuridica nuova rispetto al passato, che permette, anche in questo caso sulla base di una decisione adottata in ambito PESG, l’adozione di misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o altre entità non statali. In entrambi i casi, le misure sono adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta congiunta dell’Alto rappresentante e della Commissione. Come è evidente, gli atti adottati in base all’art. 215 costituiscono atti UE a tutti gli effetti, e rientrano, a differenza degli atti PESG, nella piena competenza giurisdizionale della Corte e del Tribunale.

⁹ Tali misure, infatti, consistono in genere nel congelamento di fondi e *asset* finanziari e nella sospensione di trasferimenti e pagamenti a favore delle persone ed entità colpite da sanzione.

¹⁰ Se per sanzione si intende una misura adottata in risposta a un illecito, nella maggioranza dei casi le misure restrittive individuali adottate nel quadro di regimi sanzionatori contro Stati terzi non hanno come presupposto alcun comportamento illecito del soggetto colpito, il che, come si vedrà, pone non pochi problemi in sede di *judicial review*.

¹¹ Che si può far risalire alla fondamentale sentenza del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat*, EU:C:2008:461.

Dalle considerazioni che precedono si può affermare, come è stato osservato, che quella che emerge dalla riforma di Lisbona non è affatto una *powerless Court*¹², ma una Corte che ha visto la propria competenza sostanzialmente estesa rispetto al passato, anche nei confronti della PESC. Negli anni che hanno seguito l'entrata in vigore dei nuovi Trattati, essa ha avuto numerose occasioni per "precisare la portata delle limitazioni della propria competenza risultanti, in materia di PESC, dalle disposizioni"¹³ di questi.

Nelle pagine che seguono si analizzeranno alcune delle sentenze più significative pronunciate dalla Corte (e dal Tribunale) in questa materia per mostrare l'evoluzione dell'atteggiamento della Corte di fronte alle misure restrittive individuali, ed evidenziarne alcuni profili problematici. I temi presi in considerazione saranno essenzialmente i seguenti: la portata e gli effetti dell'art. 40 TUE rispetto ai rapporti tra competenze delle istituzioni nell'ambito della PESC da una parte e delle altre politiche dall'altra (par. 2); il rapporto tra gli atti adottati dal Consiglio *ex art.* 215, par. 2, TFUE e quelli aventi come base giuridica le disposizioni PESC (par. 3); la portata della competenza della Corte ai sensi dell'art. 275, par. 2, TFUE e 24 TUE (par. 4); sotto un profilo meno formale e più sostanziale, la nozione di misure restrittive "mirate" nei confronti di persone fisiche e giuridiche nel contesto delle sanzioni contro Stati terzi e il loro fondamento (par. 5).

2. Come si diceva all'inizio, la nuova formulazione della clausola di separazione tra la PESC e le altre politiche esterne si fonda sulla scelta di mantenere e preservare le specificità intergovernative della PESC. Tuttavia, essa si inserisce anche in un contesto profondamente mutato rispetto ai Trattati previgenti. Lo smantellamento della struttura a pilastri, la creazione di un unico soggetto, l'Unione europea, al posto della preesistente convivenza tra Comunità e Unione, la espressa indicazione che i due Trattati, TUE e TFUE, hanno lo stesso valore giuridico e che la Carta dei diritti fondamentali ha anch'essa lo stesso valore giuridico dei Trattati, sono tutti elementi che mostrano un nuovo quadro costituzionale dell'Unione, che si fonda ormai su una struttura unitaria anche se complessa. Tale nuova situazione ha mutato profondamente anche il ruolo della Corte. La sua giurisdizione ai sensi del Trattato di Lisbona è la regola su tutto l'arco dei Trattati, inclusa la Carta e il TUE, con la sola esclusione del titolo V, che disciplina la PESC.

In base ai Trattati previgenti, la Corte aveva sempre interpretato l'art. 47 TUE come una norma posta a tutela dell'*acquis communautaire* contro possibili invasioni da parte dei pilastri intergovernativi di allora¹⁴. Il suo approccio era quello di stabilire di volta in volta se l'atto controverso rientrasse o meno nella competenza della Comunità; in altre parole, la Corte era chiamata a verificare se nel TCE esistesse

¹² Si veda C. HILLION, *A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy*, 30 gennaio 2014, in *ssrn.com*.

¹³ *Parere 2/13*, punto 251.

¹⁴ Nella sentenza *ECOWAS*, la Corte ha espressamente spiegato che l'art. 47 TUE si prefiggeva l'obiettivo di "mantenere integralmente l'*acquis* comunitario e di svilupparlo" (punto 59). La disposizione previgente, dunque, non era una clausola di coordinamento "neutrale", in quanto presupponeva una preferenza per la scelta di una base giuridica comunitaria ogniqualvolta ciò risultasse possibile (per ulteriori considerazioni su questo punto mi permetto di rinviare a A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 388).

una base giuridica valida per l'adozione delle misure controverse, tenendo conto del contenuto e degli obiettivi di queste. In caso negativo, l'atto avrebbe potuto eventualmente essere adottato attraverso l'esercizio di una competenza relativa alla PESC o alla Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale¹⁵, o anche attraverso un'azione degli Stati all'esterno del sistema dei Trattati, ma su questo la Corte non poteva pronunciarsi, la scelta essendo a quel punto riservata solo agli Stati membri e al Consiglio. La prospettiva della Corte era, dunque, a senso unico e concentrata esclusivamente sulla protezione delle competenze comunitarie. A tale riguardo basta ricordare la corposa giurisprudenza di applicazione dell'art. 47 TUE, che si può sintetizzare con il riferimento alla nozione di "centro di gravità" nell'applicazione dei criteri di scelta della base giuridica. In base a tale criterio, peraltro non nuovo, la Corte ritiene che un atto debba ricadere nella sfera di attrazione della base giuridica che meglio descrive il suo oggetto e il suo scopo, senza tener conto di obiettivi e contenuti diversi, purché questi risultino solo accessori alle finalità principali¹⁶. Applicando tale criterio alla scelta della base giuridica *ex art. 47 TUE pre-Lisbona*, la Corte ha senz'altro manifestato una "preferenza" per la base giuridica comunitaria, che ha fatto dire alla dottrina che la norma in parola costituiva una "clausola di subordinazione" del TUE rispetto al TCE e all'*acquis*¹⁷.

Con il mutato assetto normativo, cambia anche la prospettiva della Corte, per la quale la PESC non è più una base giuridica residuale, applicabile una volta esclusa l'esistenza di una competenza comunitaria, e comunque esterna al campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di scelta della base giuridica¹⁸ ma è diventata, grazie all'unificazione del quadro giuridico UE, all'abolizione dei pilastri e alla presenza della PESC nell'art. 2, par. 4, TFUE al pari delle altre competenze, una specifica area di competenza UE, dotata di propri obiettivi e di un proprio contenuto. Tra l'altro, la Corte è chiamata ad interpretare gli obiettivi della PESC dal momento che anche questo settore è soggetto ai principi e obiettivi comuni dell'azione esterna UE di cui all'art. 21 TUE, ai sensi dell'art. 23 TUE¹⁹. Sul nuovo approccio la giurisprudenza più interessante riguarda le decisioni di conclusione di due accordi inter-

¹⁵ Le forme di cooperazione relative alla PESC e al terzo pilastro avevano dunque carattere residuale rispetto alle competenze comunitarie (così U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 294).

¹⁶ Si vedano le sentenze del 13 dicembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio* (protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale), e del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio* (repressione dell'inquinamento provocato da navi). In entrambe la Corte ha stabilito il principio che il legislatore comunitario poteva legittimamente imporre agli Stati membri l'adozione di misure sanzionatorie di carattere penale volte a garantire la piena efficacia delle norme ambientali comunitarie. Nella sentenza del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, la Corte ha applicato i medesimi criteri di preferenza comunitaria a una direttiva *ex art. 95 TCE* in materia di conservazione dei dati personali generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, precisando i criteri di allocazione su base *cross-pillar* delle competenze UE. Quest'ultima sentenza è del 2009 e a mio avviso in qualche misura tiene conto del (e anticipa il) nuovo assetto che deriverà dal Trattato di Lisbona.

¹⁷ Così R. MASTROIANNI, *Art. 47 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 167.

¹⁸ In sostanza, la Corte si limitava ad accertare se una determinata misura rientrasse o meno nell'ambito delle basi giuridiche comunitarie. Se tale accertamento dava esito negativo, la Corte non era in ogni caso autorizzata a indicare, nella PESC o nel terzo pilastro, la corretta base giuridica, in quanto tale scelta spettava esclusivamente al Consiglio.

¹⁹ Si veda ancora C. HILLION, *op. cit.*

nazionali, con la Repubblica di Mauritius e con la Repubblica di Tanzania, entrambe basate sull'art. 37 TUE²⁰. In particolare, nel caso dell'Accordo con la Tanzania, la Corte ha rilevato, nell'analizzare le regole per la scelta della corretta base giuridica, che “è vero che alcuni degli obblighi previsti dall'accordo UE-Tanzania sembrano, a prima vista, riguardare i settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia transfrontaliera, se considerate separatamente. Tuttavia (...), il fatto che talune disposizioni di detto accordo, considerate isolatamente, assomiglino a norme che possono essere adottate in un settore di azione dell'Unione non è di per sé sufficiente a individuare la base giuridica adeguata della decisione impugnata. Per quanto riguarda, in particolare, le disposizioni dell'accordo UE-Tanzania consacrate al rispetto dei principi dello Stato di diritto e dei diritti dell'uomo e della dignità umana, occorre sottolineare che tale rispetto si impone a qualsiasi azione dell'Unione, compreso nel settore della PESC, come risulta dal combinato disposto dell'articolo 21, paragrafo 1, primo comma, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 3, TUE e dell'articolo 23 TUE”²¹. In sostanza, qui la Corte sembra ribaltare l'approccio precedente al Trattato di Lisbona, o meglio renderlo omogeneo nella sua applicazione ai due settori. Il fatto che alcune disposizioni riguardino lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in materia di Cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia²², non pregiudica la correttezza della base giuridica PESC per la decisione di conclusione dell'accordo, e questo per almeno tre ragioni. La prima è costituita dall'applicazione a tutti i Trattati, quindi anche alla PESC, del criterio del “centro di gravità”, per il quale anche le misure accessorie alle finalità e all'oggetto principale del provvedimento possono ricadere nella base giuridica correttamente prescelta (ricordiamo che nella giurisprudenza pre-Lisbona questo criterio era stato applicato esclusivamente per far rientrare nelle basi giuridiche comunitarie misure accessorie, per esempio di carattere penale). La seconda motivazione ha a che fare con il fattore unificante degli obiettivi dell'azione esterna costituito dall'art. 21 TUE. Secondo la Corte, infatti, il fatto che la promozione del rispetto dei diritti umani e dello Stato di diritto costituisca una finalità comune a tutti i settori di azione esterna, ivi compresa la PESC, non esclude quest'ultima dalla possibilità di intraprendere azioni volte a questo fine. La terza ragione è legata al rapporto, sotto il profilo sostanziale, tra la conclusione dell'Accordo – la decisione controversa nel caso in esame – e l'atto PESC da cui esso trae origine. È un tema su cui si tornerà più avanti in un diverso contesto, anche sotto il profilo formale, ma qui esso assume rilevanza perché costituisce uno dei motivi sostanziali per cui la Corte afferma la correttezza della scelta della base giuridica PESC. Secondo la Corte, la finalità dell'Accordo con la Tanzania era quella di realizzare gli obiettivi dell'operazione Atalanta, di cui all'azione comune 2008/851²³; di conseguenza l'Accordo si presentava come accessorio all'operazione in parola e intimamente legato a questa. “Pertanto, la valutazione

²⁰ Si tratta delle sentenze del 24 giugno 2014, causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:2014:2025, e del 14 giugno 2016, C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:2016:435.

²¹ Causa C-263/14, punto 47.

²² Si tratta delle procedure per la consegna alle autorità giudiziarie e di polizia della Tanzania di persone catturate nel quadro della missione Atalanta, di contrasto alla pirateria in alto mare.

²³ Azione comune 2008/851/PESC, del 10 novembre 2008, relativa all'operazione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia.

dello scopo dell'accordo UE-Tanzania conferma che la procedura di trasferimento delle persone arrestate o fermate dall'EUNAVFOR²⁴ da esso introdotta costituisce uno strumento tramite il quale l'Unione persegue gli obiettivi dell'operazione Atalanta, che consistono nel preservare la pace e la sicurezza internazionale, in particolare nei limiti in cui esso consente di evitare che le persone che hanno commesso atti di pirateria restino impunte²⁵. Dunque l'Accordo, che persegue la finalità del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, nel rispetto dei principi di tutela dei diritti umani e dello Stato di diritto, rientra pienamente nel quadro del contenuto sostanziale e degli obiettivi della PESC. Sembra pertanto venir meno, in questa giurisprudenza, l'atteggiamento di netta preferenza per l'adozione di misure "comunitarie" che la Corte aveva manifestato nella vigenza del regime pre-Lisbona. Al tempo stesso, la Corte si preoccupa di rendere omogenea su tutto l'arco dei Trattati l'applicazione dei criteri di scelta della base giuridica. Il confine tra la PESC e gli altri settori di azione esterna che sembra venir fuori dall'approccio della Corte non è dunque così nettamente definito come a una prima lettura dell'art. 40 ci si potrebbe aspettare, ma fluido e condizionato da esigenze di coerenza e di uniforme applicazione di principi e obiettivi di carattere orizzontale come i diritti fondamentali e gli obiettivi comuni dell'azione esterna quali definiti dall'art. 21 TUE.

La sentenza sull'Accordo con la Repubblica di Mauritius è altrettanto importante per quanto riguarda la portata della giurisdizione della Corte sugli atti PESC. Anche qui l'atto controverso era la decisione di conclusione di un accordo esclusivamente PESC, ma la cui procedura, come per tutti gli accordi dell'Unione, è regolata, dopo il Trattato di Lisbona, dall'art. 218 TFUE. La Corte afferma dunque che, pur essendo l'Accordo legittimamente fondato sull'art. 37 TUE, la sua procedura di conclusione è sindacabile in sede giurisdizionale e giunge ad annullare la decisione perché il Consiglio aveva mancato di informare tempestivamente il Parlamento europeo in ogni fase della procedura, come prescritto dall'art. 218, par. 10, TFUE²⁶.

Rimane il problema di quale soluzione accogliere nel caso in cui sia impossibile ricondurre l'atto sotto una unica base giuridica, anche attraverso l'applicazione dei criteri che si sono detti (centro di gravità che attrae anche gli elementi accessori). Secondo autorevole dottrina, in questo caso la disomogeneità delle procedure, dei tipi di atti e il diverso ruolo delle istituzioni nella PESC e nelle altre competenze UE renderebbero impossibile il ricorso a un cumulo di basi giuridiche e, di conseguenza, necessaria l'adozione di due atti distinti²⁷. In effetti, questa è la soluzione prospettata dalla Corte nel caso *ECOWAS*: "ai sensi dell'art. 47 UE, tale soluzione [doppia base giuridica] è esclusa ove si tratti di una misura che persegue più obiettivi o che ha più componenti rientranti, rispettivamente, nella politica di cooperazione allo sviluppo, riservata alla Comunità dal Trattato CE, e nella PESC, senza che l'uno di essi sia accessorio all'altro"²⁸. La pronuncia appena citata faceva riferimento alla situazione

²⁴ La forza navale di contrasto alla pirateria è istituita dall'azione comune 2008/851 in base alla risoluzione 1846 (2008) del Consiglio di sicurezza ONU.

²⁵ Causa C-263/14, punto 54.

²⁶ Causa C-658/11, punto 73. Si veda G. BUTLER, *Attacking or Defending? Jurisdiction of the Court of Justice in the EU's Common Foreign and Security Policy*, in *Europarättslig Tidskrift*, 2016, p. 671 ss.

²⁷ Si veda, al riguardo, ancora U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 295 s.

²⁸ Sentenza *ECOWAS*, punto 76.

normativa previgente, ma è stata adottata in un momento in cui il Trattato di Lisbona era stato già firmato e la Corte, in quella sentenza, ne anticipa alcuni elementi, tra cui proprio quello relativo all'applicazione a tutto campo dei criteri di scelta della base giuridica degli atti. Peraltro, nella successiva sentenza relativa all'Accordo con la Tanzania la Corte richiama nuovamente le regole generali in materia di scelta della base giuridica, ivi compresa la possibilità, eccezionale, di ricorso a più basi giuridiche, senza specificare l'impossibilità di applicare tale soluzione ad atti che riguardino la PESC e una delle competenze UE fondate sul TFUE (nel caso di specie, la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia). Anzi, giunge alla conclusione che correttamente era stata scelta *solo* la base giuridica PESC (art. 37 TUE), in quanto, da un lato, le altre finalità erano accessorie e, dall'altro, l'Accordo si inseriva in una missione decisa in ambito PESC. Tra le righe di questa pronuncia si potrebbe leggere un'apertura al ricorso, in via eccezionale, a più basi giuridiche, PESC e TFUE, proprio in considerazione dell'unificazione del sistema giuridico UE e, per quanto riguarda in particolare gli accordi, dell'introduzione, con l'art. 21 TUE, di obiettivi condivisi da tutti i settori di azione esterna²⁹. Quello che appare chiaro, dalla giurisprudenza ricordata, è che la Corte tenda a evitare il ricorso al cumulo di basi giuridiche su base *cross-sector*, proprio in ragione della disomogeneità di effetti e portata degli atti, nonché delle procedure decisionali e del ruolo delle istituzioni nell'adozione, pur non escludendolo esplicitamente.

3. La ricca giurisprudenza relativa alle misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche ha a più riprese affrontato il tema del rapporto tra le misure TFUE e gli atti PESC che ne sono alla base. Tra le numerose sentenze che toccano questo tema una delle più significative è quella del 27 marzo 2017, *Rosneft*³⁰. Gli atti controversi in questo caso erano due, la decisione 2014/512/PESC e il regolamento (UE) n. 833/2014, entrambi adottati dal Consiglio il 31 luglio 2014 e volti a porre in essere sanzioni economiche contro la Russia per la sua politica di destabilizzazione della situazione in Ucraina. Tali misure hanno dato luogo a un vasto contenzioso, con sentenze già pronunciate e casi ancora pendenti. Sullo sfondo si staglia la politica UE nei confronti della crisi ucraina e dell'azione della Federazione

²⁹ Peraltro, occorre anche ricordare che la disciplina degli accordi internazionali è peculiare: infatti il Trattato di Lisbona ha unificato la disposizione sulle procedure di conclusione di tutti gli accordi, anche di quelli fondati sulla PESC, nell'art. 218 TFUE. Tale disposizione, nel prevedere una specifica procedura per la conclusione degli accordi PESC, fa riferimento ad accordi che riguardano esclusivamente o principalmente la PESC, lasciando intendere implicitamente la possibilità di conclusione di accordi *cross-sector* o *cross-treaty*. Per quanto a mia conoscenza, un solo accordo di questo tipo è stato effettivamente concluso: si tratta della decisione 2012/308/PESC del Consiglio, del 26 aprile 2012 per l'adesione dell'UE al Trattato di amicizia e cooperazione nel sud-est asiatico del 24 febbraio 1976, decisione fondata sugli articoli 37 TUE (accordi PESC) e 209 e 211 TFUE (rispettivamente relativi alla cooperazione allo sviluppo e alla cooperazione economica, finanziaria e tecnica con Paesi terzi), adottata dal Consiglio all'unanimità, su proposta congiunta di Commissione e Alto rappresentante, con l'approvazione del Parlamento europeo. Su questi temi mi permetto di rinviare a A. MIGNOLLI, *Art. 218 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1800 s., e alla letteratura ivi citata.

³⁰ Sentenza 27 marzo 2017, causa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company*, EU:C:2017:236. Questo caso è particolarmente rilevante in quanto per la prima volta la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla validità di un atto PESC in sede di rinvio pregiudiziale, ma su questo aspetto si tornerà più avanti, nel testo.

russa in questo Stato³¹. L'UE ha reagito con sanzioni verso la Russia già a partire dalla crisi della Crimea nel febbraio-marzo 2014; nei mesi successivi le sanzioni sono state inasprite a seguito delle violenze scoppiate nella regione di Donetsk e Lugansk, nel sud-est dell'Ucraina.

La procedura per la comminazione di sanzioni, come sopra ricordato, è costituita da due atti distinti, uno adottato in sede PESC (in modo autonomo da parte dell'Unione, ovvero in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza ONU, o anche in una forma combinata, che prevede sanzioni decise dal Consiglio di sicurezza e ulteriori misure autonomamente introdotte dall'UE)³² e uno adottato ai sensi dell'art. 215, paragrafi 1 o 2, TFUE. Mentre la Corte e il Tribunale, nel caso *Kadi*, hanno analizzato e chiarito il rapporto esistente, nel quadro del diritto UE, tra gli atti delle istituzioni di questa e le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, spiegando che anche la prevalenza di queste ultime (ai sensi dell'art. 103 della Carta ONU) non è in grado di limitare portata ed effetti del sistema interno all'UE di protezione dei diritti fondamentali, la sentenza *Rosneft* si preoccupa di chiarire invece il rapporto interno tra atto PESC e atto TFUE³³.

Una tale analisi è utile non solo a comprendere meglio la funzione dei due diversi passaggi procedurali nell'adozione di misure sanzionatorie, ma anche a meglio definire la portata della giurisdizione della Corte in riferimento agli atti PESC, in applicazione dell'art. 275 TFUE.

La questione sorge, nel caso *Rosneft*, al momento di statuire sulla ricevibilità del ricorso relativamente alla decisione controversa. Secondo il Consiglio, il caso potrebbe essere risolto alla luce del solo regolamento, senza necessità di statuire sulla validità della decisione PESC oggetto della controversia (la questione dell'impugnabilità della decisione era in quel caso rilevante in quanto, come si vedrà in seguito, si trattava della prima volta che la validità di una decisione PESC veniva discussa in sede di rinvio pregiudiziale). La Corte osserva che, come ritenuto dal giudice del rinvio, la limitazione dell'esame della Corte al solo regolamento costituirebbe una violazione del diritto fondamentale di accesso alla giustizia, ma aggiunge anche due ulteriori considerazioni degne di nota. In primo luogo, la questione della validità della decisione è pertinente nell'ambito della causa, dal momento che la validità di un regolamento adottato in base all'art. 215 TFUE richiede la previa adozione di una decisione PESC³⁴. Lo stretto rapporto procedurale tra i due atti implica dunque la necessità che la loro validità sia esaminata congiuntamente. In secondo luogo, secondo la Corte il fatto che, ai sensi dell'art. 29 TUE, gli Stati membri siano obbligati a provvedere affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni UE definite in ambito PESC implica che l'eventuale invalidità del regolamento, e anche il suo annullamento, non inciderebbero sull'esistenza di obblighi per gli Stati membri discendenti

³¹ In tema v. U. VILLANI, *L'Unione europea e le Nazioni Unite di fronte alla crisi della Crimea*, in *Sud in Europa*, maggio 2014, p. 3 ss.

³² Quest'ultimo è il caso, per esempio, del regime sanzionatorio contro l'Iran per la sua politica di proliferazione nucleare.

³³ Anche perché, per ovvi motivi, non esiste alcuna risoluzione del Consiglio di sicurezza in merito alla crisi ucraina, se si esclude la 2166 (2014), relativa all'abbattimento nei cieli dell'Ucraina di un aereo civile, il volo Malaysia Airlines MH17, avvenuto il 17 luglio.

³⁴ Sentenza *Rosneft*, punto 55.

dalla decisione PESC³⁵. In sostanza, secondo la Corte, l'eventuale annullamento del regolamento non farebbe venir meno l'obbligo per gli Stati membri di porre in essere le sanzioni, obbligo derivante dalla decisione PESC indipendentemente dal regolamento stesso. Quindi, l'esame da parte della Corte della decisione PESC, pur entro i limiti della sua competenza – che sono quelli definiti dall'art. 275 TFUE – è necessario anche per determinare la portata degli obblighi degli Stati membri ai sensi della decisione stessa, e indipendentemente dal regolamento. La Corte dunque tiene conto della procedura complessa di adozione di sanzioni internazionali, non solo per porre in rilievo la dipendenza del regolamento dalla decisione, e quindi la necessità di valutare la validità di quest'ultima per poter con certezza pronunciarsi anche sulla validità del primo, ma anche per affermare l'idoneità della decisione a produrre obblighi nei confronti degli Stati membri e la conseguente necessità di verificare la legittimità di tali obblighi. Sul punto, è opportuno fornire qualche precisazione relativamente alla portata delle competenze degli Stati membri in questo settore della politica estera. Mentre si ritiene che la comminazione di sanzioni economiche e commerciali, quali le restrizioni alle attività commerciali e il congelamento di fondi, rientrino nelle competenze UE, così non è per alcune categorie di misure restrittive, che rientrano invece nella competenza degli Stati membri, pur sulla base di decisioni adottate dal Consiglio nel quadro della PESC. Questo è il caso delle restrizioni di viaggio (ad es., divieto di ingresso sul territorio degli Stati membri) e delle misure di embargo del commercio di armi³⁶. In sostanza, esistono degli obblighi che vengono creati dalle decisioni PESC in capo agli Stati membri e indipendentemente dal regolamento di esecuzione. In relazione a tali obblighi la Corte dispone di giurisdizione ai sensi dell'art. 275 solo se le misure introdotte sono rivolte contro persone fisiche e giuridiche, in particolare per quanto riguarda le modalità di inserimento del soggetto colpito nelle liste e il rispetto dei diritti di difesa³⁷. Peraltro, è il caso di rilevare anche che misure restrittive di quest'ultimo tipo nei confronti di persone fisiche o giuridiche possono essere adottate anche solo mediante una decisione PESC, dal momento che in questo caso non è necessario attivare una competenza esclusiva UE, come avviene invece nel caso di misure di interruzione o sospensione delle relazioni economiche con paesi terzi. L'art. 215, infatti, come rilevato anche dall'Avvocato generale Wathelet nelle sue conclusioni nel caso *Rosneft*, si esprime in termini di mera facoltà: "Il Consiglio può adottare (...) misure restrittive".

³⁵ *Ivi*, punto 56.

³⁶ L'esame congiunto delle decisioni PESC e dei regolamenti di esecuzione *ex art.* 215 mostra chiaramente la diversificazione delle competenze. Per esempio, anche negli atti controversi nel caso *Rosneft*, l'embargo sulle armi è previsto nella decisione, mentre il regolamento fa riferimento solo ai beni e alle tecnologie a duplice uso. La decisione 2011/273/PESC del Consiglio, del 9 maggio 2011, relativa a misure restrittive nei confronti della Siria, per un altro esempio, introduce restrizioni di viaggio a carico di alcune persone, ritenute responsabili della repressione violenta contro la popolazione civile in Siria, prevedendo il relativo obbligo a carico degli Stati membri (v. art. 3). Su questo punto si veda C. ECKES, *EU Restrictive Measures against Natural and Legal Persons: From Counterterrorist to Third Country Sanctions*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 883.

³⁷ Per esempio, nel caso *Kala Naft*, sia il Tribunale che la Corte hanno dichiarato l'incompetenza relativamente alle misure di carattere generale, quindi non dirette verso persone fisiche e giuridiche determinate (sentenze del 25 aprile 2012, causa T-509/10, EU:T:2012:201, punti 36-38, e del 28 novembre 2013, causa C-348/12 P, EU:C:2013:776, punto 99).

Attengono poi, a mio avviso, al rapporto tra atto PESC e regolamento anche una utilizzazione inedita dell'art. 40 TUE da parte della ricorrente nel procedimento principale e le considerazioni al riguardo svolte dalla Corte. Sostiene la ricorrente che il Consiglio avrebbe violato l'art. 40 TUE, in quanto le misure restrittive sarebbero state definite in modo troppo dettagliato nella decisione, interferendo così con il potere di proposta dell'Alto rappresentante e della Commissione, stabilito dall'art. 215 per l'adozione dei regolamenti di esecuzione di misure sanzionatorie, sia individuali, sia contro Stati terzi. In tal modo, l'atto costituirebbe un'indebita ingerenza nei poteri che spettano alle istituzioni ai sensi dell'art. 215 TFUE. È interessante la ricostruzione delle diverse funzioni che i Trattati attribuiscono ai due tipi di atti effettuata dalla Corte in risposta a tale obiezione della ricorrente. La decisione PESC definisce l'oggetto delle misure restrittive che l'Unione adotta in tale ambito: "Tenuto conto della vasta portata degli scopi e degli obiettivi della PESC (...), il Consiglio dispone di un ampio margine nel definire tale oggetto" (punto 88). Dall'altra parte, l'art. 215 TFUE "stabilisce un collegamento tra gli obiettivi del Trattato UE in materia di PESC e le azioni dell'Unione che comportano misure economiche rientranti nel Trattato FUE" (punto 89) e consente l'adozione di regolamenti volti a "conferire efficacia a misure restrittive quando esse rientrano nell'ambito di applicazione del Trattato FUE, nonché, in particolare, al fine di garantirne l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri" (punto 89)³⁸. I due atti, dunque, assolvono a funzioni diverse, l'uno quella di fissare la posizione UE per quanto riguarda le misure restrittive da adottare, l'altro, quella di conferire efficacia a dette misure al livello dell'Unione, e di garantirne l'uniforme applicazione. Di conseguenza, secondo la Corte, non si pone il problema di uno sconfinamento di competenze, soprattutto in un caso, come quello di specie, in cui le misure sono caratterizzate da grande complessità tecnica (punto 90) e richiedono pertanto un elevato livello di dettaglio. Peraltro, tra le righe si ricava che l'osservazione non è del tutto irrilevante, se la Corte si preoccupa di precisare la particolare natura delle misure in esame e il fatto che il regolamento comunque non si limita a riprodurre il contenuto della decisione, ma aggiunge delle precisazioni e definizioni necessarie alla concreta applicazione delle misure. Non si pone neppure la questione, pure sollevata dalla ricorrente, dell'adozione di un atto legislativo "mascherato" da decisione PESC, il che pure comporterebbe una violazione dell'art. 40 TUE. Su questo punto la Corte ribadisce chiaramente che la nozione di atto legislativo, ai sensi dell'art. 289, par. 3, TFUE, attiene esclusivamente alla procedura di adozione dell'atto, e non al suo contenuto, e che tale procedura è del tutto esclusa dalla specifica ripartizione dei ruoli delle istituzioni nel quadro della PESC (punto 91).

Atto base PESC e regolamento di esecuzione *ex art.* 215 TFUE si configurano quindi, dall'analisi della Corte, come provvedimenti tra loro collegati dal "ponte" costituito dallo stesso art. 215, e il loro rapporto non è diverso da quello esistente nel diritto UE tra un atto base e un atto di esecuzione, anche sotto il profilo del controllo di validità: infatti, la Corte afferma (punto 55 della sentenza *Rosneft*) che "nei limiti in cui la validità di un regolamento adottato in base all'articolo 215 TFUE richiede la previa adozione di una decisione valida conformemente alle disposizioni relative alla PESC", la questione della validità della decisione controversa è perti-

³⁸ Sulla funzione di collegamento tra PESC e TFUE che spetta all'art. 215 si veda anche la sentenza della Corte del 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:2012:472, punto 59.

nente nell'ambito della causa. Tutto ciò però entro i limiti di impugnabilità delle decisioni PESC da parte delle persone fisiche e giuridiche. In altre parole, come la Corte precisa più avanti, il controllo di validità non si estende a tutte le disposizioni della decisione controversa che non introducono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche, bensì sono misure di portata generale, in relazione alle quali la Corte non è competente (punti 98 e 99).

4. Tutto quanto appena detto ci conduce a riflettere sulla portata della giurisdizione della Corte relativamente agli atti PESC quale risulta dall'art. 275 TFUE. Si è già detto, relativamente al par. 1 della disposizione in esame, dell'interpretazione data dalla Corte all'applicazione dell'art. 40 TUE ai rapporti tra decisione PESC e regolamento *ex art. 215* relativamente al contenuto e alle diverse funzioni dei due atti. È necessario ora prendere in esame ancora la sentenza *Rosneft*, dove la Corte per la prima volta afferma la propria competenza a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale di validità relativo a una decisione PESC che introduce misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche³⁹. In effetti, l'art. 275, par. 2, TFUE afferma espressamente che la Corte può pronunciarsi sui ricorsi "proposti secondo le condizioni di cui all'art. 263, quarto comma, del presente Trattato" in materia di controllo di legittimità delle decisioni PESC che introducono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche. Una lettura eccessivamente letterale di questa disposizione mi ha portato in passato a lamentare, come una inaccettabile limitazione, l'esclusione delle vie del rinvio pregiudiziale e dell'eccezione di invalidità come strumenti di controllo di validità di questo tipo di atti, e ad esprimere il timore che i giudici nazionali potessero essere indotti a sviluppare *standard* nazionali di interpretazione e applicazione degli atti PESC, mettendo così in pericolo l'uniformità del diritto dell'Unione in questo delicato settore⁴⁰. La Corte ha opportunamente adottato invece una lettura sistematica della disposizione, che ha inserito nel quadro più ampio del compito di garante della *rule of law* che le è assegnato dall'art. 19 TUE e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE. Di fronte alle obiezioni del Consiglio, che sosteneva precisamente l'irricevibilità di un rinvio pregiudiziale sulla base della lettera dell'art. 275, n. 2, la Corte ribatte con forza ricordando che i Trattati prevedono un sistema completo di controllo di legittimità degli atti, composto dagli articoli 263, 277 e 267 TFUE, cioè ricorso diretto, eccezione di illegittimità e rinvio pregiudiziale di invalidità, volti a coprire la generalità dei casi in cui può porsi una questione che investa la validità di un atto UE. La Corte aggiunge che "sebbene, certamente, l'art. 47 della Carta non possa creare una competenza per la Corte qualora i Trattati la escludano, il principio della tutela giurisdizionale effettiva implica tuttavia che l'esclusione della competenza della Corte in materia di PESC vada interpretata restrittivamente" (punto 74). Dunque, il principio generale e fondamentale dell'ordinamento europeo secondo il quale alla Corte spetta assicurare a tutti i soggetti dell'ordinamento stesso una tutela giurisdizionale effettiva comporta

³⁹ Per un primo commento, si veda G. BUTLER, *A Question of Jurisdiction: Art. 267 TFEU Preliminary References of a CFSP Nature*, in *European Papers*, 2017, p. 201 ss.

⁴⁰ A. MIGNOLLI, *Art. 275 TFUE*, cit., p. 2001.

la necessità di una interpretazione restrittiva di ogni eccezione a tale principio⁴¹. Ma c'è di più. La Corte risponde alla domanda del giudice del rinvio – il quale chiedeva se, in assenza di competenza della Corte, fosse suo compito statuire autonomamente sulla validità della decisione PESC – estendendo agli atti PESC che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche la portata della nota giurisprudenza *Foto-Frost*⁴²: “la necessaria coerenza del sistema di tutela giurisdizionale richiede, secondo giurisprudenza costante, che il potere di dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni dell'Unione, sollevata dinanzi a un giudice nazionale, sia riservata alla Corte nell'ambito dell'art. 267 TFUE (...). La stessa conclusione si impone per quanto riguarda decisioni in materia di PESC in merito alle quali i Trattati conferiscono alla Corte una competenza di controllo della legittimità” (punto 78). Da questa sentenza risulta dunque una completa equiparazione degli atti PESC che prevedono misure restrittive nei confronti di soggetti individuali a tutti gli altri atti UE per i quali la Corte dispone di pieno potere di controllo giurisdizionale, consentendo di riferirlo a tutti gli atti UE in grado di incidere sulle posizioni giuridiche dei singoli. In precedenti sentenze, la Corte aveva già interpretato le deroghe alla propria giurisdizione in senso restrittivo. Nella sentenza *H c. Consiglio*⁴³, la Corte aveva ritenuto, sulla base dei principi di uguaglianza e dello Stato di diritto, che non si può ritenere che la deroga alla giurisdizione di cui agli articoli 24 TUE e 275 TFUE potesse spingersi fino ad escludere la competenza del giudice UE rispetto ad atti PESC di gestione del personale distaccato da uno Stato membro presso una missione UE⁴⁴. Anche in questo caso, un atto PESC, che ai sensi delle disposizioni dei Trattati sopra citate sarebbe escluso dalla giurisdizione, vi rientra sulla base del principio superiore della tutela dei diritti dei singoli.

In un'altra sentenza, la via per affermare la sussistenza della giurisdizione è ancora diversa. Nel caso *Elitaliana*⁴⁵, la Corte ha affermato la propria competenza a sindacare provvedimenti PESC relativi all'aggiudicazione di un appalto pubblico e rientranti quindi nell'ambito di applicazione delle disposizioni del regolamento finanziario dell'Unione.

Tutte queste pronunce vanno nella medesima direzione: erodere quanto più possibile i margini della deroga alla piena giurisdizione della Corte nell'ambito dell'ordinamento UE. Il disegno della Corte sotto questo profilo appare chiaro. Essa applica l'art. 40 non tanto come un marcatore di confine, quanto piuttosto come un criterio di scelta della base giuridica e di distribuzione delle competenze, che si fonde e si sovrappone ai criteri consolidati in tale materia da giurisprudenza decennale. Quanto alle clausole di deroga della giurisdizione, esse sono soggette a un'interpretazione restrittiva che ne esclude (facendoli rientrare nella piena giurisdi-

⁴¹ L'Avvocato generale aggiunge che nel potere della Corte di sindacare la legittimità degli atti PESC entro i limiti di quanto disposto dall'art. 275 rientra anche la funzione interpretativa, alla luce di consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui non è possibile sindacare la validità di un atto senza interpretarlo (conclusioni, punti 73 e 74).

⁴² Sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, punto 18.

⁴³ Sentenza del 19 luglio 2016, causa C-455/14 P, *H. c. Consiglio, Commissione e Missione di polizia dell'Unione europea (EUPM) in Bosnia-Erzegovina*, EU:C:2016:569.

⁴⁴ Nel caso di specie, si trattava di un magistrato italiano, distaccato presso la missione di polizia UE in Bosnia- Erzegovina.

⁴⁵ Sentenza del 12 novembre 2015, causa C-439/13 P, *Elitaliana SpA c. Eulex Kosovo*, EU:C:2015:753.

zione) tutti gli atti e i mezzi di azione che siano volti a tutelare i diritti dei singoli – a giudicare dal caso *H*, ma anche dal caso *Elitaliana*, anche al di fuori dell'ipotesi delle misure restrittive individuali, le uniche espressamente previste dall'art. 275 – e a preservare l'integrità e il rispetto del diritto UE.

5. A questo punto del ragionamento occorre interrogarsi su una questione che, alla luce delle considerazioni precedenti, assume un rilievo fondamentale: quali sono le sanzioni che prevedono misure nei confronti di persone fisiche e giuridiche? La questione è particolarmente importante in tutti i casi, come quello oggetto della sentenza *Rosneft*, ma anche la giurisprudenza relativa alle sanzioni contro l'Iran, in cui bersaglio delle sanzioni sia uno Stato terzo a causa della sua politica, e non un individuo in quanto tale, come è tipicamente il caso delle misure antiterrorismo.

La prassi delle misure sanzionatorie individuali si è sviluppata, come detto, a livello ONU per contrastare il fenomeno del terrorismo internazionale, dunque per colpire soggetti per loro natura non statali, come i terroristi. Solo successivamente la prassi internazionale ha utilizzato lo strumento delle misure restrittive dirette contro persone fisiche e giuridiche anche nel quadro delle sanzioni contro Stati. In quest'ultimo caso, si tratta dunque di sanzioni rivolte contro uno Stato terzo e non mirate a soggetti individuali responsabili o sospettati di attività terroristiche. Il coinvolgimento di persone fisiche e giuridiche avviene nel quadro di misure "mirate", nel senso in precedenza specificato, volte a colpire soggetti a vario titolo collegati al governo oggetto delle sanzioni. Principalmente si tratta di personalità dello stesso governo a livello istituzionale, ma anche di organi da esso controllati o di soggetti privati colpevoli di aver violato il regime sanzionatorio o che, per la loro attività, possano sostenere nella propria politica lo Stato colpito.

Se si analizzano le misure in parola sotto questo profilo, occorre affrontare due diverse questioni: in primo luogo distinguere le misure individuali da quelle di carattere generale rivolte verso lo Stato terzo; in secondo luogo, verificare la motivazione dell'inserimento delle persone nelle liste e comprendere se esso sia giustificato o meno nell'ambito del regime sanzionatorio. Tali operazioni richiedono alla Corte di svolgere un'opera interpretativa che, a differenza di quanto accade con le misure antiterrorismo, deve necessariamente investire l'intera decisione PESC, non potendo limitarsi alla parte che riguarda l'adozione delle sanzioni individuali⁴⁶. Questo perché il regime sanzionatorio nei confronti di uno Stato terzo è un sistema organico di misure in cui convivono misure di carattere generale e individuale. D'altra parte, la difficoltà di scindere le due parti dell'atto – misure

⁴⁶ Evidentemente una distinzione di questo tipo non si applica al regolamento *ex art.* 215 che, essendo un atto dell'Unione a tutti gli effetti, è integralmente soggetto al controllo giurisdizionale della Corte. Non ci sarebbe stato bisogno di precisarlo, ma dal momento che la questione è stata sollevata dal Consiglio, la Corte ha liquidato la questione ricordando che "la competenza della Corte non ha alcun limite per quanto riguarda un regolamento, adottato in base all'art. 215 TFUE", in quanto tali regolamenti "costituiscono atti dell'Unione, adottati in base al Trattato FUE, riguardo ai quali i giudici dell'Unione, conformemente alle competenze loro attribuite dai Trattati, devono garantire un controllo in linea di principio completo" (sentenza *Rosneft*, punti 106 e 107). Si veda oltre, nel testo, come però l'espressione *in linea di principio* nasconda un sensibile passo indietro della Corte nel sindacato delle motivazioni che sono alla base dell'inserimento di persone nelle liste dei *target* di misure restrittive individuali nel quadro dei regimi sanzionatori contro Stati terzi.

generali e individuali – emerge anche dalla scelta della base giuridica degli atti di esecuzione. Infatti, mentre le misure antiterrorismo sono adottate di regola sulla base dell’art. 215, par. 2, TFUE⁴⁷, ciò non avviene per le misure contro Stati terzi, che fanno riferimento all’art. 215 senza specificare il paragrafo, il che induce a ritenere che entrambi i paragrafi siano rilevanti. Tale opera interpretativa emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte relativa alle misure in parola, dove essa è chiamata a identificare le disposizioni degli atti sottoposti alla sua attenzione che possono formare oggetto di sindacato giurisdizionale. Nella sentenza *Rosneft*, più volte citata, la Corte procede senz’altro a interpretare la decisione controversa, per concludere che gli articoli 4 e 4 *bis* di questa prevedono “misure il cui campo di applicazione è determinato mediante il riferimento a criteri oggettivi, in particolare a categorie di progetti di prospezione e produzione petrolifera. Per contro, siffatte misure non sono dirette a persone fisiche o giuridiche identificate, ma si applicano a tutti gli operatori coinvolti nella vendita, nella fornitura, nel trasferimento o nell’espportazione di attrezzature (...)” (punto 97). Se ne conclude che tali misure “non costituiscono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche ai sensi dell’art. 275, secondo comma, TFUE, bensì misure di portata generale” (punto 98), e di conseguenza la Corte afferma la propria incompetenza a verificarne la validità. Diverso è il discorso per le misure della stessa decisione che vietano l’esecuzione di determinate operazioni finanziarie per alcune entità espressamente nominate nel suo allegato III, tra le quali figura la ricorrente nel procedimento principale. Solo per queste ultime l’art. 275 attribuisce alla Corte la competenza giurisdizionale.

La seconda questione pone un problema di carattere più generale. In sostanza, ci si chiede se ed entro quali limiti si possano colpire con misure sanzionatorie soggetti privati che non commettano alcunché di illecito, ma che semplicemente con la loro attività in qualche modo sostengano l’economia dello Stato colpito⁴⁸. La *ratio* di queste misure è quella di cercare di danneggiare il meno possibile la popolazione civile, mirando a soggetti che abbiano un ruolo importante nell’economia del Paese. A tale riguardo, non bisogna dimenticare l’obiettivo perseguito dalle sanzioni, che non è repressivo, di carattere penale, ma preventivo nel caso soprattutto delle misure antiterrorismo e, per quanto riguarda le sanzioni contro Stati terzi, volto a indurre lo Stato sanzionato a modificare la propria politica che ha dato luogo alle sanzioni⁴⁹. La questione si è posta varie volte. Significativi sono i diversi approcci della Corte nel caso *Rosneft* e nel precedente caso *National Iranian Oil Company (NIOC)*, uno

⁴⁷ Un ulteriore capitolo della discussione, che esula dai temi delle presenti riflessioni, riguarda la scarsa utilizzazione dell’art. 76 TFUE, che prevede la possibilità di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria, e senza previa adozione di una decisione PESC, misure restrittive nel quadro della lotta al terrorismo, senza la necessità di passare attraverso una decisione PESC. Sul punto si veda P. VAN ELSUWEGE, *The Adoption of ‘Targeted Sanctions’ and the Potential for Interinstitutional Litigation after Lisbon*, in *Journal of Contemporary European Research*, 2011, p. 488 ss., e la letteratura ivi richiamata.

⁴⁸ Diverso è il discorso, evidentemente, per le persone che ricoprono alte cariche nel governo dello Stato, in quanto si può legittimamente ritenere che queste siano responsabili delle scelte politiche del Paese che la comunità internazionale intende sanzionare.

⁴⁹ In questo senso, si vedano le osservazioni di C. ECKES, *op. cit.*, p. 885 ss., relativamente al problema, collegato con questo approccio preventivo e volto a un cambiamento di politica, dell’indeterminatezza della durata delle sanzioni e dell’allargamento del numero delle persone colpite, con evidenti conseguenze sui diritti di queste.

dei numerosi casi relativi alle sanzioni contro l'Iran. Le misure adottate contro la Russia a causa della sua politica nei confronti dell'Ucraina costituiscono restrizioni in materia di viaggi e congelamento di capitali e, successivamente, anche misure restrittive nel settore dell'accesso al mercato dei capitali, della difesa, dei beni a duplice uso e delle tecnologie sensibili, in particolare nel settore energetico⁵⁰. La decisione controversa nel caso *Rosneft*, 2014/512, ha introdotto a tal fine restrizioni di mercato per alcuni operatori russi del settore petrolifero, tra cui la ricorrente, nominati nell'allegato III della decisione (come modificata dalla decisione 2014/872/PESC del Consiglio, del 4 dicembre 2014) e nell'allegato VI del regolamento 833/2014, come modificato dal regolamento (UE) n. 1290/2014, adottato in pari data dal Consiglio. Le misure dunque non colpivano la società ricorrente in quanto responsabile di comportamenti illeciti, ma per la rilevanza della sua attività economica, e nell'intento di indebolire economicamente lo Stato russo. Il tema era già stato sollevato in precedenza nel caso *NIOC*⁵¹, dove la Corte aveva evidenziato che le misure adottate contro lo Stato iraniano legittimamente investivano la ricorrente, in quanto essa aveva contribuito, con la sua attività, a favorire la politica di proliferazione nucleare dell'Iran. Secondo la Corte, il Consiglio gode, nell'ambito della PESC, di un ampio margine di discrezionalità. Inoltre, nell'interpretazione degli atti che prevedono misure restrittive, si deve tener conto anche del contesto storico e politico in cui si iscrivono. In sostanza, ciò consente di adottare misure restrittive contro individui basate su criteri di designazione dei bersagli estremamente ampi, come quello che la ricorrente contestava nel caso *NIOC*, in base al quale potevano essere colpiti da sanzioni tutti quei soggetti che “sostengono il governo iraniano consentendogli di esercitare attività nucleari sensibili in termini di proliferazione o di sviluppare sistemi di lancio di armi nucleari, in particolare le persone ed entità che danno il loro sostegno finanziario, logistico o materiale al governo dell'Iran”⁵². Quindi, sono legittime misure rivolte verso persone ed entità le cui attività, anche se prive di qualsiasi legame diretto o indiretto con la proliferazione nucleare, sono tuttavia idonee a favorirne lo sviluppo, fornendo al governo iraniano risorse o facilitazioni, di tipo materiale, finanziario o logistico, che gli permettano di proseguire le attività di proliferazione (sentenza *NIOC*, punto 80). Nel caso *Rosneft*, al contrario, la ricorrente non è sanzionata per i suoi comportamenti volti a favorire la politica aggressiva dello Stato, ma solo per il ruolo e l'importanza economica della ricorrente stessa e del settore petrolifero e del gas naturale nell'economia russa. Qui la Corte sembra del tutto abdicare a qualsiasi parvenza di controllo sulle motivazioni dell'inserimento della ricorrente nella lista delle entità bersaglio di sanzioni. Infatti, se nel caso *NIOC* un qualche criterio per l'inserimento, sia pure molto ampio, esisteva, nel caso *Rosneft* la Corte premette che “l'adeguatezza della motivazione deve essere

⁵⁰ Nella crisi ucraina l'UE ha adottato diversi tipi di misure restrittive. Oltre a quelle contro la Russia coinvolte nel caso *Rosneft*, esse riguardano di persone appartenenti al Governo ucraino e responsabili di violazioni dei diritti umani in Ucraina, o indiziati di reati relativi alla sottrazione di fondi pubblici dello Stato ucraino. Tra i destinatari figura anche l'ex Primo ministro dell'Ucraina Mikola Yanovych Azarov, che ha impugnato la decisione e il regolamento. La sentenza del Tribunale è del 7 luglio 2017, causa T-215/15 (EU:T:2017:479).

⁵¹ Sentenza del 1° marzo 2016, causa C-440/14 P, EU:C:2016:128.

⁵² Art. 20, par. 1, decisione 2010/413/PESC del Consiglio, del 26 luglio 2010, concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran. Sentenza *NIOC*, punto 79.

valutata alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia di cui trattasi”; di conseguenza, “un atto che arreca pregiudizio è sufficientemente motivato quando è stato emanato in un contesto noto all’interessato” (sentenza *Rosneft*, punto 122). Il “contesto noto all’interessato” è costituito dal clima politico dovuto alle azioni della Federazione russa destabilizzanti la situazione politica e territoriale in Ucraina e dagli obiettivi degli atti, “aumentare i costi delle azioni intraprese dalla Federazione russa per compromettere l’integrità territoriale, la sovranità e l’indipendenza dell’Ucraina” (sentenza *Rosneft*, punto 123). Dalle citazioni riportate si ricava che la Corte ha del tutto rinunciato a sindacare le motivazioni che sono alla base dell’inserimento di persone ed entità nelle liste dei *target* nel quadro di regimi sanzionatori contro Stati terzi⁵³. Per le sanzioni antiterrorismo un approccio simile era stato prospettato dall’Avvocato generale Bot nel caso *Kadi II*. Nelle sue conclusioni egli sosteneva che il criterio di un “controllo in linea di principio completo” della validità di atti introduttivi di sanzioni individuali sarebbe stato adeguatamente soddisfatto anche se la Corte non avesse sindacato le motivazioni e le prove dell’inserimento di persone nelle liste, ma solo la correttezza formale della procedura seguita⁵⁴. Tale approccio, proposto peraltro nel contesto della lotta antiterrorismo effettuata sulla base di liste predisposte dal Comitato delle sanzioni ONU, fu all’epoca respinto dalla Corte di giustizia, la quale affermò che “[l]’effettività del controllo giurisdizionale garantito dall’art. 47 della Carta postula (...) che, nello svolgere il controllo della legittimità dei motivi su cui si basa la decisione di inserire o mantenere il nominativo di una determinata persona nell’elenco di cui all’allegato I del regolamento n. 881/2002, il giudice dell’Unione si assicuri che tale decisione, la quale riveste una portata individuale per detta persona, si fondi su una *base di fatto sufficientemente solida*. Ciò comporta una verifica dei fatti addotti nell’esposizione dei motivi sottesa a tale decisione, cosicché *il controllo giurisdizionale non si limiti alla valutazione dell’astratta verosimiglianza dei motivi addotti, ma consista invece nell’accertare se questi motivi (...) siano fondati*”⁵⁵. Di conseguenza “[a] tal fine spetta al giudice dell’Unione procedere a tale esame, chiedendo, se necessario, all’autorità competente dell’Unione di produrre informazioni o elementi probatori, riservati o meno, pertinenti per un siffatto esame” (punto 120) e “[u]n siffatto controllo giurisdizionale risulta indispensabile per garantire il giusto equilibrio tra la preservazione della pace e della sicurezza internazionali e la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali della persona interessata” (punto 131). Nella stessa direzione, per sanzioni questa volta autonome dell’UE (si tratta del regime sanzionatorio contro l’Iran, la cui versione europea prevede misure individuali verso persone individuate dal Consiglio di sicurezza e altre aggiunte autonomamente dal Consiglio UE), va anche la sentenza *Kala Naft*, dove però la Corte, facendo leva sul carattere preventivo e non repressivo delle misure, ammette che non è necessario un comportamento *effettivamente repressibile*, essendo necessario il mero rischio che l’entità in questione adotti un simile comportamento in futuro (punto 84)⁵⁶.

⁵³ Sulla questione dei criteri di *listing* per le misure sanzionatorie individuali si veda ancora C. ECKES, *op. cit.*, p. 891.

⁵⁴ Conclusioni del 19 marzo 2013, cause riunite C-584, 593 e 595/10 P, EU:C:2013:176, punto 53 ss.

⁵⁵ Sentenza del 18 luglio 2013, *Kadi II*, EU:C:2013:518, punto 119. Il corsivo è aggiunto.

⁵⁶ Sentenza *Kala Naft*, punto 64 ss.

Appare evidente, anche da questa incompleta rassegna, come l'approccio della Corte al controllo giurisdizionale sulla validità delle misure restrittive individuali cambi in modo sostanziale dal pretendere di poter esercitare un controllo completo ed effettivo sulle motivazioni che hanno indotto le autorità competenti (Consiglio di sicurezza o istituzioni europee) ad inserire le persone colpite nelle liste, approccio questo che è tipico delle misure antiterrorismo⁵⁷, a un approccio assai più blando, che è quello adottato per le misure individuali inserite nel quadro di regimi sanzionatori verso Stati terzi, relativamente alle quali è sufficiente che la persona o l'entità possa⁵⁸, con la propria attività, sostenere la politica dello Stato (caso *NIOC*), ovvero presenti il rischio di futuri comportamenti riprovevoli (caso *Kala Naft*), fino al caso *Rosneft*, nel quale, come si è visto, il mero contesto storico e gli obiettivi generali del regime sanzionatorio sono stati giudicati sufficienti per l'adozione di misure restrittive nei confronti della ricorrente.

6. Quello che si ricava dalle riflessioni che precedono è che, nel quadro della giurisprudenza della Corte sulla base dell'art. 275 TFUE, emergono due tendenze opposte. Da una parte, come si è visto, essa tende ad allargare quanto più possibile la sua competenza sugli atti PESC⁵⁹, attraverso l'estensione della sua giurisdizione a tutti gli atti PESC, anche diversi dalle misure restrittive individuali, che producano effetti nei confronti dei singoli o sul sistema giuridico UE, attraverso l'applicazione di tutti i mezzi di ricorso giurisdizionale previsti dal sistema UE, attraverso l'esercizio della funzione interpretativa sull'intero atto PESC sottoposto alla sua attenzione, attraverso l'estensione anche agli atti PESC del suo potere esclusivo di sindacato giurisdizionale (entro i limiti della competenza *ex art. 275*), infine, attraverso la riaffermazione del suo potere di controllo completo, senza limitazioni *ratione materiae*, sui regolamenti *ex art. 215 TFUE*. Sotto questo profilo, ne viene fuori una Corte dotata di competenze molto estese sugli atti PESC, che è potenzialmente in grado di tutelare i diritti dei singoli ogniquale questi siano interessati da misure derivanti dal diritto UE.

Dall'altra parte, però, sul piano sostanziale, emerge un crescente atteggiamento di *self-restraint* nei confronti delle scelte di politica estera delle istituzioni, soprattutto nel quadro dei regimi sanzionatori contro Stati terzi. Un tale approccio risente certamente della diversa natura delle misure individuali adottate nel quadro di regimi contro Stati terzi rispetto alle misure antiterrorismo: infatti, come si è detto, tali misure si propongono di introdurre sanzioni mirate, che danneggino l'economia del Paese colpito, ma senza creare eccessivi disagi alla popolazione; in più, si tratta

⁵⁷ E per le quali la Corte ha chiesto un accesso il più ampio possibile alle informazioni, anche riservate, che sono alla base dell'inserimento nelle liste.

⁵⁸ Non risulta invece, dalla lettura delle sentenze, che un diverso approccio alla questione dei diritti fondamentali possa derivare dalla natura di persona fisica o giuridica dei soggetti interessati, nel senso che le "entità" godano di diritti individuali in qualche misura affievoliti rispetto alle persone fisiche. Sugli aspetti problematici della questione, e sulla tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ad attribuire alle persone giuridiche un'ampia titolarità di diritti, si veda P.H. VAN KEMPEN, *Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Juristic Entities under the IC-CPR, ECHR, ACHR and AfChHPR*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2010, su www.ejcl.org.

⁵⁹ Sul punto, VAN ELSUWEGE, *op. cit.*; C. HILLION, R.A. WESSELS, *The Good, the Bad and the Ugly: Three Levels of Judicial Control over the CFSP*, 2017, reperibile *online*, dove il Buono è la Corte di giustizia, il Cattivo è una corte esterna internazionale, come la Corte EDU, e il Brutto sono le corti degli Stati membri, alle quali spetta, nonostante le aperture che si sono descritte, pur sempre la possibilità di sindacare, ed eventualmente, *horribile dictu*, annullare, gli atti PESC che esulano dalle competenze della Corte di giustizia.

di misure dotate di una forte valenza politica, frutto spesso di difficili valutazioni e scelte di politica internazionale. I soggetti colpiti, da parte loro, sempre più di frequente non sono colpevoli di null'altro che di svolgere un'attività economicamente o strategicamente rilevante per lo Stato oggetto delle sanzioni. In una simile situazione, è estremamente difficile trovare un bilanciamento tra l'obiettivo perseguito dalle misure e i diritti delle persone che ne costituiscono il bersaglio, e tali difficoltà si ripercuotono inevitabilmente sull'efficacia del controllo giurisdizionale da parte dei giudici europei, costretti a barcamenarsi tra i principi imprescindibili dell'ordinamento e l'opportunità di sostenere anche al livello giurisdizionale le scelte di politica estera dell'Unione. Paradossalmente, dalla prassi giurisprudenziale qui analizzata si comprendono le ragioni profonde della volontà degli Stati membri di restringere quanto più possibile la giurisdizione della Corte sugli atti PESC: si arriva a un punto in cui le scelte di politica estera si intrecciano così strettamente con le posizioni individuali che diventa arduo garantire in modo efficace i diritti dei singoli. In questa situazione la Corte è schiacciata tra il desiderio di affermare la propria competenza e la riluttanza a smontare tutte le azioni di politica estera dell'Unione. Insomma, a mio avviso con la sentenza *Rosneft* e le precedenti pronunce relative a misure restrittive adottate nel quadro di regimi sanzionatori contro Stati terzi, la Corte opera una valutazione tutta politica, lasciando in piedi misure che, probabilmente, sotto il profilo giuridico sarebbero illegittime, in quanto prive di qualsiasi fondamento quanto alla posizione del singolo colpito, e giustificandole solo sulla base del contesto in cui sono state adottate, che è un dato esclusivamente storico e politico, e sul quale sono basate le scelte, anch'esse politiche, delle istituzioni UE. In questo senso, mi pare di poter dire che con queste ultime pronunce la Corte abbia tradito l'impegno assunto con *Kadi* di mantenere sempre ben fermo il principio del rispetto dei diritti dei singoli nel sistema dell'Unione.

Abstract

Court of Justice and Restrictive Measures against Individuals between Expansion of Jurisdiction and Self-restraint

Through the analysis of the recent case-law of the Court of Justice concerning restrictive measures against individuals, the article argues that the new legal framework of the Lisbon Treaty has changed the Court's approach to the judicial review of CFSP acts, whose boundaries with TFEU competencies are fading. At the same time, the Court has expanded its jurisdiction beyond the limits of Article 275 TFEU, reaching all CFSP acts that can produce legal effects on individuals, while also extending the scope of Article 275 TFEU to preliminary rulings. Conversely, though, problems arise in the judicial review of measures addressing natural and legal persons in the framework of third State sanctions, where it is hard to find grounds for the sanctions besides the political choice to target the third State's policy. Here the Court adopts an attitude of self-restraint, in that it tends to uphold the political decisions without deeply scrutinizing the reasons for sanctioning the targeted individuals, thus giving up the commitment made with *Kadi* to follow the beacon of fundamental rights in the judicial review of CFSP acts.

Elisabetta Bergamini*

Avvocati e disciplina della professione nel diritto dell'Unione europea: il caso italiano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di avvocati: i casi relativi all'ordinamento italiano. – 3. L'evoluzione normativa dell'Unione europea in tema di professione di avvocato: la direttiva 77/249. – 4. Il riconoscimento dei diplomi e qualifiche professionali. – 5. La direttiva 2006/123. – 6. La “direttiva stabilimento”: ambito di applicazione e avvocati assimilati. – 7. Lo studio collettivo. Possibili limiti all'esercizio dell'attività. – 8. Professione di avvocato nell'Unione europea e ordinamento italiano: le criticità esistenti. – 9. La direttiva 98/5 ed i suoi effetti sulla circolazione dei professionisti nell'ordinamento italiano. – 10. Il piano nazionale italiano sulla riforma delle professioni e gli avvocati. – 11. Restrizioni ancora esistenti all'esercizio della professione forense in Italia e loro compatibilità con il diritto dell'Unione europea: fra mito e realtà. – 12. Considerazioni conclusive.

1. A sessant'anni dal Trattati istitutivi della Comunità economica europea e a quarant'anni dalla direttiva 77/249¹ sulla libera circolazione dei servizi per gli avvocati è il giusto momento per fare il punto della situazione e in particolare per chiedersi quanto ha inciso in questi decenni il diritto UE sulla disciplina della professione di avvocato in Europa ed in Italia, in particolare, e quanto ancora resta da fare per adeguarsi all'evoluzione in materia.

Senza voler anticipare i risultati di merito che andremo a raggiungere nelle conclusioni del presente scritto, la risposta ai quesiti è certamente chiara a chiunque abbia avuto occasione di approfondire le regole UE in tema di mercato interno e concorrenza. Infatti la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia e l'evoluzione normativa susseguitasi nel tempo rendono evidente che molti risultati sono stati raggiunti negli ultimi quarant'anni, a partire appunto dalla direttiva 77/249, per poi passare attraverso la direttiva 98/5², e attraverso le varie direttive sul riconoscimento delle qualifiche professionali (da ultimo direttiva 2005/36³ come modificata dalla

* Associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Udine.

¹ Direttiva 77/249/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati.

² Direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica.

³ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

direttiva 2013/55)⁴ e la direttiva servizi (2006/123)⁵, senza tralasciare il dibattito circa il ruolo delle regole di concorrenza sulla professione forense. Ciò non toglie che, come evidenziato dalla comunicazione della Commissione europea del 10 gennaio 2017, contenente una guida per gli Stati membri sulle esigenze di riforma nella regolamentazione dei servizi professionali⁶, ancora oggi permangono situazioni di difficile equilibrio fra regolamentazione della professione di avvocato finalizzata alla protezione di obiettivi di interesse generale e necessità che tali regole siano proporzionate e meno restrittive possibile, per mitigare l'impatto economico delle stesse.

L'obiettivo del presente studio è pertanto quello di prendere spunto dall'evoluzione intervenuta sotto i diversi profili, giurisprudenziale e normativo, al fine di sottolineare quanto ciò abbia inciso sulle scelte legislative e di autoregolamentazione interne, avendo cura di soffermarsi in particolare sugli aspetti ancora oggi in discussione. Si vuole, insomma, verificare se esista veramente una figura di avvocato europeo che possa positivamente incidere sugli ordinamenti nazionali e divenire anche un modello; se il diritto comunitario/UE abbia armonizzato in modo sufficiente le legislazioni nazionali o se invece, come sembra, il processo di una vera e propria "integrazione forense" abbia soltanto compiuto i primi, pur significativi, passi. Norme e tradizioni nazionali continuerebbero ad esercitare un ruolo prevalente per tutti gli spazi non disciplinati, o disciplinati solo in parte, dal diritto comunitario/UE, quali l'accesso alla professione, l'organizzazione e la regolamentazione della stessa.

2. Se già all'interno della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di libere professioni le sentenze dedicate alla professione di avvocato rappresentano certamente l'insieme più numeroso, è interessante ricordare come l'ordinamento nazionale che si è contraddistinto per aver dato luogo al maggior numero di procedimenti (rinvii pregiudiziali, o ricorsi di infrazione) sia proprio quello italiano, senza tralasciare il riferimento a pronunce che, pur traendo spunto da altre situazioni nazionali o incidendo in generale sul diritto UE in materia, hanno esercitato una notevole influenza sulla regolamentazione della professione forense in Italia.

Volendo cercare di focalizzare l'attenzione solo su quelle di maggior rilievo per il nostro ordinamento,⁷ le tappe di tale percorso e il contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia alla progressiva liberalizzazione possono così riassumersi:

a) Una prima serie di pronunce, che prendevano spunto da situazioni normative di altri Stati membri, ma il cui effetto sull'ordinamento italiano è stato innegabile, è quella intervenuta nella fase antecedente all'adozione di direttive specifiche o

⁴ Direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012.

⁵ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

⁶ In tale comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 10 gennaio 2017, COM(2016)820 def., e nell'annesso documento di lavoro SWD(2016)436 fin., la Commissione sottolinea come la regolamentazione dei servizi professionali sia una prerogativa degli Stati membri che mira a garantire la tutela di obiettivi di interesse generale, ma riconoscendone il significativo impatto economico rimarca la necessità che gli Stati membri assicurino il rispetto del principio di proporzionalità tale da renderla il meno restrittiva possibile.

⁷ Per approfondimenti più in generale sul ruolo della giurisprudenza sul punto si rinvia a B. NASCIMBENE, *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, 2010 p. 38 ss., e alla copiosa dottrina ivi citata sulla professione di avvocato in generale e a commento delle singole pronunce richiamate nel prosieguo.

comunque in settori da queste non ancora, al tempo, coperti. Si pensi innanzitutto alle storiche pronunce *Reyners*⁸ e *Van Binsbergen*⁹ (entrambe del 1974), nelle quali la Corte, ritenendo che la professione di avvocato non rientrasse fra quelle che partecipano ai pubblici poteri, sanciva l'efficacia diretta degli articoli in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, con conseguente eliminazione delle barriere discriminatorie fondate sulla cittadinanza e sulla residenza, barriere che lo stesso ordinamento italiano prevedeva fossero applicate all'esercizio della professione forense e che sono state abolite in Italia solo in un secondo momento¹⁰.

b) La Corte ha poi iniziato i suoi interventi con specifico riferimento all'ordinamento italiano mediante la sentenza *Gebhard*¹¹, nella quale si precisava, fra l'altro, che il carattere temporaneo della prestazione non esclude, *sic et simpliciter*, la possibilità per il prestatore di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura se questa è necessaria al compimento della prestazione in oggetto. Sempre sull'ordinamento italiano la Corte si è pronunciata circa la posizione del praticante legale nel caso *Morgenbesser*¹², nel quale si è esclusa la possibilità di applicare la direttiva 89/48¹³ (e a maggior ragione la direttiva 98/5) a soggetti il cui procedimento di formazione per conseguire il titolo di avvocato è ancora *in itinere*, pur potendo questi usufruire del principio di non discriminazione e della libera circolazione in quanto soggetti che svolgono un'attività economica. A questi devono pertanto applicarsi i principi stabiliti nella sentenza *Vlassopoulou* circa la valutazione delle conoscenze comunque acquisite nel Paese ospitante.

Se queste pronunce erano tutte intervenute in situazioni non coperte da direttive specifiche e sotto profili puntuali, una forte presa di posizione sulla regolamentazione della professione forense in Italia è intervenuta con la sentenza di infrazione, *Commissione c. Italia*, nella quale la Corte ha contestato la violazione delle norme del Trattato in materia di stabilimento e libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 TCE, ora 49 e 56 TFUE) e della direttiva 89/48 sul riconoscimento dei diplomi, vietando o imponendo obblighi per l'avvocato incompatibili con dette norme¹⁴, lacune e violazioni alle quali lo Stato italiano ha posto rimedio solo successivamente¹⁵.

c) Dopo questa prima fase l'interesse della Corte sembra spostarsi dalle esigenze della libera circolazione a quelle del rispetto delle norme in materia di concorrenza. Le sentenze *Arduino* e *Wouters e a.*¹⁶ hanno, infatti, affrontato per la prima volta gli specifici problemi delle tariffe e delle associazioni professionali fra avvocati con particolare attenzione ai profili della concorrenza, ritenendo le rispettive norme nazio-

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974, causa 2/74.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974, causa 33/74.

¹⁰ Sempre in tale fase si colloca anche la sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou* con la quale si è favorito il riconoscimento di titoli professionali acquisiti all'estero.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995, causa C-55/94.

¹² Sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2003, causa C-313/01.

¹³ Direttiva 89/48/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2002, causa C-145/99.

¹⁵ Precisamente con la legge comunitaria 2002 (l. 3 febbraio 2003, n. 14, art. 18) per quanto riguarda il diritto di disporre di infrastrutture e tramite il d.m. 28 maggio 2003, n. 191 per la regolamentazione della prova attitudinale.

¹⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002, cause C-35/99 e C-309/99.

nali (italiane e olandesi) compatibili col diritto comunitario della concorrenza¹⁷. Il tema delle tariffe professionali forensi italiane è stato poi oggetto di approfondimenti con la sentenza *Cipolla e Macrino*¹⁸ nella quale le tariffe sono considerate una restrizione alla libera prestazione dei servizi, lasciandosi al giudice nazionale la possibilità di dichiarare tali restrizioni giustificate, nel caso in cui perseguano l'obiettivo della protezione del consumatore e della corretta amministrazione della giustizia.

È interessante sottolineare come, pur in assenza di obblighi derivanti in tal senso dal quadro giurisprudenziale sopra esaminato, il legislatore italiano sia tempestivamente intervenuto con l'intento di liberalizzare il mercato dei servizi professionali, *in primis* con il c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248), che abrogava le disposizioni che prevedevano tariffe obbligatorie fisse o minime, divieti di pubblicità informativa, e divieti assoluti di società multidisciplinari¹⁹.

d) Da ultimo, la Corte ha focalizzato la sua attenzione sul tema degli obblighi deontologici e dell'accesso alla professione. Se per questo ultimo tema si rinvia agli approfondimenti che verranno fatti oltre, vale la pena ricordare le sentenze *Ordre des barreaux francophones et germanophone*²⁰ e *Akzo* in tema di rilevanza o meno dell'obbligo al segreto professionale²¹. La Corte non ha invece ritenuto sussistere alcun contrasto con le norme UE (in tema di concorrenza, né con la direttiva 98/5) delle norme nazionali sull'esercizio della professione forense da parte di dipendenti pubblici *part-time*, che impongono la cancellazione dall'albo per quei dipendenti pubblici italiani che non abbiano optato per la cessazione del rapporto di impiego²².

3. Quanto alla materia della prestazione di servizi, la direttiva 77/249 è intervenuta regolando in maniera dettagliata tale modalità di esercizio della professione, con

¹⁷ Le tariffe, secondo la Corte, erano soltanto proposte da parte dell'organismo italiano, Consiglio nazionale forense, in cui sono rappresentati tutti gli ordini degli avvocati, e decise dal Ministro della Giustizia; il divieto di collaborazione integrato tra avvocati e revisori dei conti previsto dalle norme olandesi, pur provocando effetti restrittivi sulla concorrenza, è giustificato dalla necessità di assumere il corretto e "buon esercizio della professione di avvocato"; l'ordine olandese degli avvocati NOVA, non è un'impresa o un gruppo di imprese che detengano una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 TCE (ora art. 102 TFUE).

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94 e 202/04.

¹⁹ In tema di tariffe la Corte è poi intervenuta nuovamente per dichiarare insussistente l'infrazione alla libera circolazione data dal mantenimento del limite degli onorari massimi inderogabili, dichiarando la norma proporzionata allo scopo e irrilevante la circostanza che altri Stati applichino regole meno severe o economicamente più vantaggiose per i prestatori di servizi. Cfr. sentenza del 29 marzo 2011, causa C-565/08, *Commissione c. Italia*.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, causa C-305/05, nella quale si afferma che gli obblighi a carico degli avvocati, di informazione e collaborazione con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio, non violano il diritto ad un equo processo garantito dall'art. 6 CEDU e, quindi, le regole sul segreto professionale

²¹ Sentenza del Tribunale di I grado del 17 settembre 2007, cause riunite T-125 e 253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd*, e successiva sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2010, causa C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd*. La pronuncia affronta il tema della riservatezza delle comunicazioni fra avvocati e clienti o *legal professional privilege* con particolare riferimento ai giuristi d'impresa (*in-house lawyers*), ritenendo inapplicabili a questi ultimi i "privilegi" previsti per gli avvocati, e nello specifico il segreto professionale, e ciò a prescindere dalle regole deontologiche alle quali è sottoposto tale giurista nel suo ordinamento di appartenenza.

²² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010, causa C-225/09, *Jakubowska*. Per approfondimenti, anche sugli interventi delle corti italiane, cfr. A. MARI, *La vicenda degli avvocati/dipendenti pubblici part-time: tre corti a confronto nello "spazio giuridico europeo"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, pp. 735-757.

la previsione di un obbligo di rispettare i principi deontologici di entrambi i Paesi coinvolti e un obbligo di agire di concerto con un avvocato del Paese ospitante per l'esercizio dell'attività di rappresentanza e difesa in giudizio²³. Pur risalente nel tempo, questa direttiva continua ancora oggi a costituire il fondamento di tutte le attività transfrontaliere e occasionali svolte dagli avvocati abilitati all'interno dell'UE. Vale qui la pena sottolineare solo il recente intervento interpretativo della Corte di giustizia con la sentenza *Piringer*²⁴, riferito all'art. 1, par. 1 della direttiva nel punto in cui prevede che gli Stati membri possano "riservare a determinate categorie di avvocati la compilazione di atti autentici che abilitano all'amministrazione dei beni di persone defunte o che riguardano la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari". In risposta ad un rinvio pregiudiziale austriaco nel quale si chiedeva se tale previsione della direttiva potesse applicarsi ad una normativa di uno Stato membro che riserva ai notai l'autenticazione delle firme apposte sui documenti necessari per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, la Corte ha ritenuto che, alla luce della genesi della direttiva stessa, l'art. 1 par. 1 sia stato introdotto per tener conto della normativa dei Paesi di *common law* che prevede la competenza dei soli *solicitors* (e non dei *barristers*) per tali tipologie di atti, e che pertanto la norma sia finalizzata ad evitare che altre categorie di avvocati possano prestare detto servizio nel Regno Unito e in Irlanda, non potendo invece trovare applicazione per altre categorie professionali come i notai. La normativa austriaca, che riserva tali attività a giudici e notai, non è stata ritenuta contrastante neanche con l'art. 56 TFUE in quanto, pur costituendo una restrizione alla libera prestazione dei servizi per gli avvocati di Paesi che consentano agli stessi tale attività immobiliare, è non discriminatoria, in quanto indistintamente applicabile agli avvocati austriaci e stranieri, e giustificata per motivi imperativi di interesse generali quali la buona amministrazione della giustizia e nello specifico "il buon funzionamento del sistema del libro fondiario" e il principio di "legalità e certezza del diritto quanto agli atti stipulati tra privati"²⁵.

4. Le crescenti difficoltà derivanti dal sistema delle direttive di settore orientarono il legislatore comunitario verso un approccio generale di tipo orizzontale, concretizzatosi nella direttiva 89/48 relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che attestano formazioni professionali di durata minima di tre anni ("direttiva diplomi")²⁶, sistema integrato e modificato dalla direttiva 2005/36²⁷, a sua volta da ultimo modificata dalla direttiva 2013/55. Essa non si applica alle professioni già contemplate da una direttiva specifica sul riconoscimento dei diplomi, non sussistono invece problemi di compatibilità con la direttiva

²³ Sul punto cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003, causa C-289/02, *AMOK*, sulle conseguenze sotto il profilo del pagamento delle spese legali in caso di soccombenza.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2017, causa C-342/15. Nel caso di specie un avvocato della Repubblica Ceca aveva provveduto ad autenticare la firma (di una cittadina austriaca, ivi residente) su una domanda di iscrizione al libro fondiario per trasferimento di una proprietà immobiliare in Austria.

²⁵ Vedi punto 65 della sentenza *Piringer*: La Corte ha altresì verificato che l'atto contenente la menzione di autenticazione di una firma effettuata da un avvocato ceco non ha, sulla base del suo ordinamento nazionale, valore di atto autentico e pertanto la sua equiparazione ad una autentica notarile effettuata in Austria attribuirebbe al documento un valore e forza probatoria diversa da quella attribuita nel Paese di origine.

²⁶ La direttiva è stata attuata nel nostro ordinamento con d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 115.

²⁷ Nel nostro ordinamento alla direttiva è stata data attuazione con d.lgs. 6 novembre 2007, n. 206.

98/5, siccome confermato dalla Corte da ultimo nel caso *Ebert*²⁸. Il sistema di riconoscimento prevede che lo Stato ospitante non può rifiutare, per mancanza di qualifiche, l'accesso ad una professione regolamentata al cittadino di uno Stato membro che sia abilitato all'esercizio di tale professione con titoli, rilasciati da un'autorità competente di uno Stato membro, da cui risulti che ha seguito con successo un ciclo di studi post-secondari di durata minima di tre anni. Il riconoscimento non è automatico, essendo previsti meccanismi correttivi (prova attitudinale, in genere, per l'accesso alla professione forense) nel caso in cui esistano rilevanti differenze tra la durata o il contenuto della formazione conseguita nello Stato di provenienza e quella richiesta per accedere alla professione nel Paese ospitante.

Con la direttiva 2005/36 si riconosce un ruolo maggiore agli ordini professionali, ai quali è conferito il potere di stabilire i “criteri delle qualifiche professionali che attestano un livello di competenza adeguato all'esercizio di una certa professione” (c.d. piattaforme comuni) e comunicarli alla Commissione, la quale potrà comunicarli agli Stati membri ed adottare decisioni al riguardo, al fine di agevolare il riconoscimento dei diplomi²⁹, mentre le modifiche introdotte dalla direttiva 2013/55, per quanto di interesse, hanno previsto un processo di trasparenza mediante il quale ogni Stato sarà tenuto ad esaminare la propria normativa in tema di professioni per verificare che sia non discriminatoria, proporzionata e giustificata per motivi imperativi di interesse generale³⁰.

5. In tema di svolgimento della professione di avvocato merita un breve cenno anche la direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno³¹, la quale non pregiudica l'applicazione della direttiva sulle qualifiche professionali e delle direttive 77/249 e 98/5, ma affronta alcuni aspetti delle regole professionali nella parte dedicata alla qualità del servizio che è di applicazione generale.

In particolare, le disposizioni più rilevanti relative ai servizi professionali riguardano i seguenti profili:

a) In primo luogo, le assicurazioni e garanzie in caso di responsabilità professionale (art. 23). Gli Stati membri possono stabilire norme affinché i prestatori i cui servizi presentano un rischio per la sicurezza finanziaria del destinatario sottoscrivano un'assicurazione di responsabilità professionale. Sul punto vale la pena ricordare che l'Italia ha deciso di avvalersi di tale possibilità per la professione di avvocato, come vedremo oltre.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 2011, causa C-359/09, ove si afferma: “Le direttive 89/48 e 98/5 si completano instaurando, per gli avvocati degli Stati membri, due modalità d'accesso alla professione d'avvocato in uno Stato membro ospitante con il titolo professionale di quest'ultimo” (punto 35).

²⁹ Nella stessa ottica di riconoscimento di un ruolo significativo agli ordini professionali si inserisce anche la direttiva 2002/8/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, sull'assistenza gratuita transfrontaliera, la cui attuazione in Italia (con la 31 ottobre 2003, n. 306, legge comunitaria 2003, e il successivo d.lgs del 27 maggio 2005, n. 116) attribuisce *ex art. 12* al Consiglio dell'Ordine degli avvocati il ruolo di autorità competente a decidere sull'istanza ai sensi della direttiva.

³⁰ Sul piano nazionale italiano presentato in attuazione di tale obbligo cfr. *infra*, par. 10.

³¹ Nel nostro Paese l'attuazione è avvenuta, con il d.lgs n. 59/2010. L'art. 9 prevede una clausola di specialità, in virtù della quale le direttive che riguardano la professione forense (“servizi” e “stabilimento”) rappresentano *lex specialis* rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. Sull'impatto della direttiva sulle professioni cfr. B. NASCIBENE, *Servizi, professioni, interessi generali e regole di concorrenza*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario – Antitrust between EC law and National law*, Milano, 2007, p. 141.

b) In secondo luogo, l'uso delle comunicazioni commerciali da parte delle professioni regolamentate (art. 24). Tutte le comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate, precedentemente proibite, devono essere ammesse. Limiti a tali comunicazioni possono essere mantenuti se non sono discriminatori, ovvero se sono giustificati da motivi imperativi di interesse generale, e proporzionati: in particolare quando riguardano "l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione nonché il segreto professionale". Anche in questa ipotesi l'Italia ha proceduto ad adeguarsi già da tempo come risulta dalle nuove regole deontologiche per la professione forense.

c) Infine, le attività multidisciplinari (art. 25). Le restrizioni all'esercizio congiunto di attività professionali sono ammissibili "nella misura in cui ciò sia giustificato per garantire il rispetto di norme di deontologia" e se necessarie per assicurare l'indipendenza professionale. Sotto questo profilo la previsione, che si colloca in linea con le affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza *Wouters*, è stata attuata in Italia con i provvedimenti che analizzeremo più avanti.

6. In base alla direttiva 98/5 l'avvocato che intende stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello in cui ha acquisito la propria qualifica professionale può (senza necessità di superare la prova attitudinale di cui alla direttiva qualifiche) esercitare la professione in uno Stato membro diverso da quello in cui ha acquisito la qualifica professionale, usando il proprio titolo professionale di origine ("avvocato stabilito")³², oppure, dopo tre anni di attività, effettiva e regolare nello Stato ospitante ed avente come oggetto il diritto di detto Stato e il diritto UE, usando il titolo professionale dello Stato ospitante. Nasce così la figura dell'avvocato "integrato" ovvero "assimilato" a quello nazionale, figura che, come vedremo, non ha mancato di sollevare molti dubbi interpretativi.

L'avvocato stabilito ha l'obbligo di iscriversi presso l'autorità competente nazionale, designata dagli Stati membri al fine di legittimare il controllo sul rispetto delle regole professionali e deontologiche da parte dell'avvocato che deve peraltro rispettare anche quelle del proprio Paese d'origine ("doppia deontologia").

Una chiara distinzione fra avvocato stabilito e integrato è nell'uso del titolo professionale: il primo deve usare quello d'origine, nella lingua (o lingue) di quel Paese, garantendo la corretta informazione del consumatore ed evitando la possibile confusione con il titolo professionale dello Stato ospitante (art. 4, par. 1); il secondo invece esercita con "il titolo professionale corrispondente alla professione di avvocato" nello Stato ospitante, potendo aggiungere il titolo d'origine. La direttiva riconosce una presunzione di conoscenza del diritto nazionale a favore dell'avvocato che abbia esercitato per tre anni l'attività professionale occupandosi del diritto dello Stato ospitante, e di quello comunitario (il diritto comunitario è "compreso" in quello nazionale, pur restandone distinto, come distinto è sia il diritto internazionale, sia quello dello Stato d'origine che possono essere oggetto dell'attività professionale)³³.

³² Si tenga presente che per la rappresentanza e difesa in giudizio può essere previsto per l'avvocato stabilito sia l'obbligo di esercitare di concerto con un avvocato che esercita con il titolo dello Stato ospitante, sia l'obbligo di ricorrere ad avvocati specializzati (affidando il mandato in via esclusiva ai predetti, senza necessità dunque di "concerto") in caso di "accesso alle Corti supreme".

³³ Un periodo di pratica professionale riguardante il diritto dello Stato ospitante inferiore ai tre anni può essere compensato da una valutazione concernente i titoli, nonché attraverso un colloquio con l'autorità nazionale competente avente come scopo la verifica della regolarità, ed effettività, dell'attività esercitata (colloquio che però non può divenire equivalente alla prova attitudinale prevista dalla direttiva).

7. L'esercizio in comune della professione è una forma di esercizio della professione forense sempre più diffusa. Pur prendendo atto della diversa regolamentazione propria degli Stati membri, che vogliono in particolare garantire l'indipendenza della professione malgrado la forma collettiva dello studio o la partecipazione ad esso di persone che non sono avvocati, è necessario (14° 'considerando'), evitare che tale esercizio "costituisca un pretesto per opporre ostacoli o intralci allo stabilimento nello Stato membro ospitante degli avvocati che vi partecipano".

Una volta ammesso che tale esercizio sia consentito nel Paese membro, agli avvocati comunitari è consentito svolgere l'attività in forma collettiva con varie modalità³⁴. Posto che l'avvocato deve informare l'autorità nazionale di appartenere a uno studio collettivo e deve fornire tutte le informazioni utili sullo stesso, lo Stato membro è comunque legittimato a porre vari limiti a tale esercizio. In particolare l'apertura di una filiale o di un'agenzia può essere vietata se le norme fondamentali che regolano lo studio collettivo del Paese d'origine sono incompatibili con quelle nazionali. L'ipotesi si verifica quando la legislazione nazionale non consente l'esercizio della professione nell'ambito di uno studio in cui operano persone estranee alla professione, quando cioè persone non aventi la qualifica di avvocato posseggono, in tutto o in parte, il capitale dello studio, oppure danno la denominazione allo studio stesso o comunque esercitano, di fatto o di diritto, il potere decisionale nello studio.

Con riferimento all'attuazione in Italia è interessante soffermarsi sul fatto che la direttiva in sé non rendeva obbligatoria per gli Stati membri l'introduzione di regole in tema di società fra avvocati, non sussistendo in realtà una piena e completa libertà di stabilimento delle persone giuridiche alla luce delle differenze ancora oggi esistenti negli ordinamenti giuridici nazionali (si pensi alle differenze in tema di responsabilità individuale dell'avvocato, di protezione del privilegio professionale e, più in generale, alle diverse regole deontologiche), che hanno portato a consentire in vari Stati la proibizione di società multidisciplinari e di società professionali che vedano la partecipazione di soci solo di capitale³⁵.

Nonostante le aperture lasciate dalla direttiva l'Italia, in sede di attuazione della stessa, tramite l'art. 19 della legge comunitaria 1999 e il d.lgs. 4 aprile 2001 n. 96, ha fornito una regolamentazione delle società fra avvocati (applicabile anche ai professionisti italiani), cogliendo l'occasione di rimediare alla lacuna legislativa esistente, a seguito dell'abrogazione del divieto di società fra professionisti e stante l'impossibilità (al tempo) di raggiungere una maggioranza in Parlamento per votare una riforma strutturale sul punto³⁶. È evidente che in questo modo il legislatore ha

va qualifiche). Per alcuni profili concernenti il riconoscimento di titoli, qualifiche, periodi di pratica si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 10 dicembre 2009, causa C-345/08, *Pe la*, e del 22 dicembre 2010, causa C-118/09, *Koller*, nonché, con riguardo a professione diversa (ingegnere), la sentenza del 29 gennaio 2009, causa C-311/06, *Cavallera*.

³⁴ La direttiva prevede che gli avvocati possano: *a*) se appartenenti ad uno stesso studio collettivo nel Paese d'origine, esercitare nella succursale o nell'agenzia di tale studio nel Paese ospitante; *b*) se appartenenti allo stesso studio o comunque provenienti dallo stesso Paese d'origine, accedere ad una forma d'esercizio in comune della professione nel Paese ospitante; *c*) se provenienti da Stati membri diversi esercitare tale attività secondo le norme stabilite dal diritto del Paese ospitante, anche congiuntamente ad avvocati "locali".

³⁵ Per un quadro comparativo circa le previsioni esistenti nei vari Stati membri si rinvia a B. NASCIMBENE, *La professione forense*, cit.

³⁶ La normativa italiana prevedeva originariamente il divieto di società tra professionisti (art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815). Tale divieto era stato abrogato dall'art. 24, l. 7 agosto 1997, n. 206. Con

colto l'occasione data dalle norme di diritto UE per introdurre delle modifiche all'ordinamento della professione di avvocato, andando anche oltre a quanto prescritto dalla direttiva stessa e ciò ben prima che si riuscisse a introdurre una regolamentazione generale delle società tra professionisti, avvenuta solo a seguito dell'adozione della legge 183/2011³⁷ e più recentemente con la legge sulla concorrenza adottata nel 2017³⁸, grazie alla quale si consente in Italia l'esercizio dell'attività di avvocato in forma di società di capitali o cooperativa, purché la maggioranza dei soci e dei membri dell'organo di gestione siano avvocati iscritti all'Albo. D'altronde la volontà del nostro legislatore di liberalizzare il settore delle società professionali andando oltre le richieste dell'Unione europea si rilevava già, come abbiamo visto, dall'adozione del d.l. 223/2006 (decreto Bersani) che prevedeva la possibilità di costituire società multidisciplinari senza limiti e ciò quindi andando anche oltre le previsioni della sentenza *Wouters* e forzando in qualche modo quella che era la tradizione giuridica italiana.

8. Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale e normativa sopra citata, ancora oggi permangono in Italia restrizioni e barriere all'esercizio della professione forense: basti pensare alle riserve di attività e alle restrizioni sull'esercizio in forma societaria e ciò nonostante (o forse proprio a causa di) l'elevato numero di avvocati abilitati all'esercizio della professione in Italia³⁹. È quindi interessante valutare in maniera approfondita alcuni dei problemi sorti in Italia nell'attuazione del quadro giuridico dell'Unione europea e quelli che sono i residui limiti e requisiti per l'accesso e l'esercizio della professione, al fine di verificare se possano essere giustificati alla luce della necessità di rispettare obiettivi di interesse generale e il principio di proporzionalità (dovendo essere qualificate come le meno restrittive possibili per raggiungere detti obiettivi).

Per fare ciò si dovrà tenere presente il nuovo approccio della Commissione europea nell'applicazione del c.d. "test di proporzionalità" per verificare se le restrizioni sono applicate in maniera compatibile con le sottostanti esigenze di tutela dell'interesse pubblico generale (si pensi alla tutela degli utenti/consumatori, alla buona amministrazione della giustizia, alla sicurezza delle relazioni commerciali) evitando ogni e qualunque applicazione di automatismi nella valutazione delle richieste provenienti da cittadini UE.

l'attuazione della direttiva, è stata introdotta nel ordinamento italiano la forma giuridica delle STP (società tra professionisti) applicabile, in quella fase, solo alla professione di avvocato. Per un commento v. R. DANOVÌ, S. BASTIANON, G. COLAVITTI, *La libertà di stabilimento e la società tra avvocati: d. lgs. 2 febbraio 2001 n. 96*, Milano, 2001; S. M. CARBONE, *Strutture associative di attività professionale e limiti alla libera prestazione dei relativi servizi con riguardo ai servizi resi dagli avvocati*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, p. 136 ss.

³⁷ La l. 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. legge di stabilità 2012) ha supplito a detta carenza generale prevedendo all'art. 10 una riforma degli ordini professionali che contemplava nello specifico, la possibilità di costituire "società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile", il tutto sulla base dei principi dettagliati nel regolamento del Ministero della Giustizia adottato con decreto 8 febbraio 2013 n. 34 "Regolamento in materia di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico, ai sensi dell'articolo 10, comma 10, della legge 12 novembre 2011, n. 183".

³⁸ Il d.d.l. sulla concorrenza è stato approvato con legge 4 agosto 2017, n. 124.

³⁹ Ad agosto 2012 erano 247.040 gli avvocati iscritti al ruolo in Italia (dati contenuti nel Piano di azione inviato dal Governo italiano alla Commissione europea ai sensi dell'art. 59 della *fiche*). Al 1° gennaio 2017 (dati statistici elaborati da Digilex, reperibili su www.digilex.it) sarebbero diventati 312.663.

9. Se molti aspetti relativi alla compatibilità con il diritto UE della regolamentazione della professione di avvocato all'interno degli Stati membri sono già stati chiariti da tempo, anche grazie agli interventi interpretativi della Corte di giustizia, permangono ancora oggi alcuni problemi e criticità, in particolare alla luce degli effetti derivanti dall'applicazione della direttiva 98/5, criticità che hanno assunto una posizione di particolare rilievo nell'ordinamento italiano, anche a causa delle peculiarità del nostro mercato dei servizi forensi, caratterizzato da un numero, come abbiamo detto, estremamente elevato di professionisti. Si tratta in particolare della questione relativa all'applicazione della direttiva ai casi di cittadini nazionali che abbiano esercitato la libera circolazione acquisendo il titolo di avvocato all'estero.

L'attuazione di questa direttiva ha infatti generato sin da subito delle difficoltà in quanto sentita come in contrasto con la tradizione giuridica nazionale e apparentemente contrastante con la competenza dello Stato ad occuparsi dell'accesso alla professione, difficoltà che d'altronde avevano portato ad una immediata impugnazione per annullamento, rigettata dalla Corte di giustizia⁴⁰. Le ragioni giustificative erano date dall'opportunità per gli Stati membri di mantenere la propria competenza e controllo sull'accesso alla professione forense per proteggere gli utenti finali da coloro che non siano sufficientemente competenti e qualificati per lo svolgimento della professione (protezione necessaria alla luce delle asimmetrie informative esistenti, che non consentono al consumatore di valutare autonomamente la qualità del servizio offerto). La Corte ha ritenuto che l'art. 4 della direttiva offrisse una forma di protezione sufficiente garantendo il consumatore e la buona amministrazione della giustizia nel prevedere l'uso del titolo professionale di origine, sicché il consumatore risulta "informato del fatto che il professionista cui affida la difesa dei propri interessi non ha ottenuto la qualifica nello Stato membro ospitante e che la formazione iniziale di questo potrebbe non comprendere il diritto nazionale del detto Stato"⁴¹.

In relazione all'esperienza italiana nell'applicazione di tale direttiva è ormai noto che uno dei maggiori problemi sorti è quello derivante dall'applicazione in Italia a cittadini italiani i quali, stante le complessità del percorso formativo previsto nel nostro Paese, sceglievano di beneficiare della c.d. "via spagnola" approfittando della circostanza che in tale Stato era, al tempo, sufficiente essere in possesso di una laurea in giurisprudenza (ottenuta in Spagna o, riconosciuta da una università spagnola), per iscriversi come *abogado*, potendo conseguentemente rientrare in Italia e iscriversi al registro speciale come avvocati stabiliti alla luce delle previsioni della direttiva 98/5 ed ottenere poi, in base alla stessa, il titolo nazionale⁴².

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2000, causa C-168/98, *Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio*; per un commento v. S. BASTIANON, *Il diritto di stabilimento degli avvocati al vaglio della Corte di giustizia*, in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 605; F. SPITALERI, *Accesso alla professione forense e discriminazione "alla rovescia" nella sentenza Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 179 ss.; P. CABRAL, nota in *Common Market Law Review*, 2002, p. 129 ss. La Corte ha escluso l'esistenza di discriminazioni à rebours, sottolineando altresì che la tutela del consumatore è assicurata anche dall'obbligo dell'avvocato migrante di astenersi dall'accettare incarichi per i quali sappia di non avere la competenza richiesta, mentre l'interesse pubblico di una buona amministrazione della giustizia è garantito, tra l'altro, dalla "doppia deontologia".

⁴¹ Si veda il punto 34 della sentenza.

⁴² Diversa era la questione risolta dalla Corte di giustizia con la sentenza *Koller*, relativa al caso di un cittadino austriaco, che dopo l'iscrizione all'albo degli avvocati di Madrid, come *abogado*, e l'esercizio per tre mesi della professione in Spagna, presentava domanda di ammissione all'esame di idoneità, ovvero esame di Stato, in Austria (ove è richiesto un periodo di pratica professionale per cinque anni), e chiedeva contemporaneamente l'esonero dall'esame in quanto *abogado*. La Corte di giustizia ha sancito l'impossibilità di rifiutare l'accesso alla prova al ricorrente sulla base della mera assenza del tirocinio austriaco.

La situazione era stata ritenuta rappresentare un potenziale abuso del diritto tanto che i Consigli degli Ordini locali, con il sostegno del Consiglio nazionale forense, avevano in più occasioni rifiutato l'iscrizione in ipotesi simili⁴³. La Corte di giustizia, che ha avuto modo di pronunciarsi sul punto nel caso *Torresi*⁴⁴, ha però ritenuto che in sé invocare la direttiva per trarre un beneficio grazie all'applicazione di una legislazione più favorevole non rappresenti un abuso, chiarendo che l'art. 3 della direttiva 98/5 non impone il completamento di un periodo di pratica come avvocato nello Stato di origine e quindi legittimando il rientro in Italia anche immediatamente dopo il conseguimento del titolo estero⁴⁵. Se quindi non sembra esservi più margine per rifiutare l'iscrizione alla sezione speciale degli avvocati stabiliti di cittadini italiani che abbiano usato a proprio vantaggio le diversità esistenti nell'accesso alla professione legale nei diversi Stati membri, resta però aperto il margine di discrezionalità riconosciuto ai consigli locali nel determinare il soddisfacimento dei requisiti per l'assimilazione all'avvocato nazionale ai sensi dell'art. 10 della direttiva⁴⁶, il tutto come anche riconosciuto dalla Corte di cassazione⁴⁷. È inoltre evidente come il principio in esame debba trovare applicazione solo ai casi nei quali il titolo straniero sia stato effettivamente e correttamente conseguito sulla base della normativa dello Stato nel quale il conseguimento avviene. Alla luce di una recente nota del Ministero della Giustizia⁴⁸ sembrerebbe possibile (*rectius* dovuto) procedere alla cancellazione, da parte dei consigli degli Ordini locali, delle iscrizioni di *abogados* che non abbiano rispettato, nel conseguimento dell'iscrizione ai Colegios de abogados spagnoli, i dettami della normativa di tale Stato la quale prevede, dal 31 ottobre 2011, che coloro che richiedono l'omologazione di un titolo straniero in Spagna debbano frequentare un master specifico accreditato e superare l'esame di Stato per potersi iscrivere all'ordine degli avvocati spagnolo. Se è certamente vero

⁴³ Ciò anche alla luce della circostanza che il 92% degli avvocati iscritti in tale registro erano cittadini italiani che avevano ottenuto il titolo di avvocato in altri Stati membri, e non, come si potrebbe pensare, cittadini stranieri che volevano esercitare la loro professione in Italia (dati del CNF, Ufficio studi, dossier n. 1-2014, *Avvocati stabiliti e abuso del diritto dell'Unione europea*).

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2014, cause riunite C-58 e 59/13.

⁴⁵ Punto 51. Per un commento si veda G. DI FEDERICO, *Joined Cases 58 and 59/13, C-58/13 and C-59/13 Angelo Alberto Torresi and Pierfrancesco Torresi v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2014*, in *European Public Law*, 2015, pp. 481-505; A. IERMANO, *Il favor della Corte di giustizia dell'Unione europea per gli abogados italiani: note a margine della sentenza Torresi del 17 luglio 2014*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, pp. 135-155; R. MASTROIANNI, A. ARENA, *Free Movement of Lawyers and the Torresi Judgment: A Bridge too Far?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 373-388.

⁴⁶ Per questa opinione e per commenti ulteriori al caso si veda in particolare G. DI FEDERICO, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁷ Sentenza della Corte di cassazione, SS.UU., del 22 dicembre 2011, n. 28340.

⁴⁸ Il problema delle domande di riconoscimento in Italia da cittadini italiani che avevano seguito tale procedura in maniera, appunto, irregolare, è stato recentemente oggetto di una Nota pervenuta al CNF in data 12 maggio 2017 dalla Direzione generale della Giustizia civile del Ministero della Giustizia – Ufficio II, Ordini professionali – Reparto internazionale, nella quale, a seguito di verifica effettuata tramite l'IMI (*Internal Market Information System*) si dava atto di 332 decreti di rigetto di domande di riconoscimento di tali titoli ai sensi della direttiva 2005/36. In tale documento si evidenziava altresì come fosse necessario da parte dei Consigli dell'Ordine verificare se tali soggetti si fossero iscritti anche come avvocati stabiliti, ai sensi della direttiva 98/5 (o se siano divenuti avvocati integrati) e prendere i conseguenti provvedimenti. In realtà il problema è la mancata verifica del rispetto di tali requisiti per parte dei Colegios de abogados spagnoli, che avrebbero dovuto verificare la regolarità al momento dell'iscrizione, circostanza che pare non sempre essere avvenuta.

che l'iscrizione in Spagna da parte di chi abbia ottenuto la sola omologa del titolo accademico, con domanda presentata successivamente a tale data, è irregolare e deve essere annullata dal Consejo de la abogacía española, permangono dubbi, a parere di chi scrive, sulla possibilità, per parte delle autorità italiane, di procedere alla cancellazione a valle delle iscrizioni verificando così in autonomia il rispetto delle prescrizioni di cui alla legge straniera, senza attendere il provvedimento straniero di cancellazione dal Colegio de abogados spagnolo, che avrebbero dovuto verificare la regolarità dell'iscrizione a monte⁴⁹.

Diverso è l'atteggiamento legittimo che le autorità di uno Stato possono avere nei confronti di titoli conseguiti all'estero e rilasciati da parte di autorità non autorizzate dalla normativa nazionale e quindi non competenti ai sensi art. 3, direttiva 98/5. È questo il caso, ad esempio, dei titoli rilasciati da parte della c.d. "struttura Bota", che pur avendo lo stesso acronimo dell'Ordine degli avvocati ufficiale, è in realtà una struttura privata sita in Romania che rilascia titoli non legittimanti all'esercizio della professione neanche sulla base dello stesso diritto rumeno⁵⁰, ordinamento che prevede in realtà un serio e rigoroso procedimento di selezione per l'accesso alla professione di avvocato⁵¹. A seguito della verifica effettuata tramite l'IMI da parte del Governo italiano è emerso che l'unico soggetto abilitato al rilascio del titolo di avvocato in Romania è l'Unionea Nationala Barourilor din Romania (UNBR) e pertanto i titoli rilasciati da altro ente, quale appunto la "struttura Bota"⁵², non consentono l'iscrizione in Italia ai sensi della direttiva 98/5, come confermato da varie decisioni del CNF e dalla Cassazione⁵³. In questo caso risulta quindi pienamente

⁴⁹ Diverso è invece il caso delle cancellazioni disposte in esito alla comunicazione al CNF da parte del Ilustre Colegio de abogados de Madrid (delibera del 7 dicembre 2016, di cui alla comunicazione del CNF dell'8 febbraio 2017, n. 2-C-2017) che ha disposto la cancellazione di quasi trecento *abogados* aventi cittadinanza italiana in quanto morosi nel pagamento delle quote di iscrizione e ha segnalato tale cancellazione al competente Ordine italiano (oltre che all'organo disciplinare locale), in quanto l'iscrizione come avvocato stabilito è subordinata all'iscrizione alla competente autorità dello Stato di conseguimento del titolo. In questo caso infatti la cancellazione italiana consegue al provvedimento di cancellazione spagnolo e pertanto deve ritenersi pienamente rispettosa della direttiva 98/5.

⁵⁰ La struttura è nota come Bota dal nome del fondatore (Pompiliu Bota), che ha istituito una associazione privata "alternativa" all'Ordine nazionale forense rumeno, sostenendo di fronte alla Corte di Strasburgo che l'obbligo di essere iscritti all'Ordine forense per esercitare la professione di avvocato fosse una violazione dell'art. 11 CEDU (libertà di associazione). La Corte EDU ha sancito con ordinanza l'irricevibilità del ricorso (n. 24057/2003) ritenendo che fra gli obiettivi dell'associazione fondata da Bota vi fosse la creazione di Ordini forensi, in violazione delle norme di legge rumene (l. 51/1995, che vieta l'istituzione di Ordini forensi e l'esercizio della professione di avvocato al di fuori del controllo dell'UNBR, unico organo ufficiale deputato al controllo sulla professione legale per legge) e che pertanto l'ingerenza pubblica sul punto fosse ammissibile, anche perché l'UNBR non rappresenta un'associazione ai sensi art. 11 CEDU, in quanto gli ordini professionali sono da ritenersi istituzioni di diritto pubblico finalizzate a garantire la tutela di interessi generali.

⁵¹ Sull'effettivo *iter* per l'accesso alla professione forense in Romania si rinvia B. NASCIBENE, *La professione forense*, cit. L'esame previsto dalla "struttura Bota" è, invece, stando alle pubblicità di tali servizi offerte da siti pensati per l'accesso alla professione di avvocato da parte di cittadini italiani, un esame "a crocette".

⁵² Nel caso di specie l'altro ente, avente la medesima sigla, aveva sede sempre a Bucarest, ma a diverso indirizzo, e utilizzava un simbolo grafico facilmente confondibile con quello ufficiale.

⁵³ Sentenze del 24 dicembre 2015, cause n. 196 a 201. In senso conforme cfr. anche le successive sentenze della Cassazione del 14 luglio 2016, n. 196 a 198, e le ordinanze della Cassazione, SS.UU., del 21 luglio 2016, n. 15043, dell'8 luglio 2016, n. 15041, del 13 giugno 2016, n. 12087 (che ha confermato la sentenza CNF n. 4/2016), del 4 aprile 2016, n. 6463 e n. 6468. La giurisprudenza citata è reperibile *online* sul sito del CNF (www.codicedeontologico-cnf.it); ivi anche la circolare del CNF n.

legittimo il rifiuto di iscrizione nella sezione speciale degli avvocati stabiliti, non potendo trovare applicazione la direttiva 98/5.

10. Il nuovo approccio alle professioni derivante dalla direttiva servizi, congiuntamente all'evoluzione sul tema del riconoscimento delle qualifiche professionali avvenuto con la direttiva 2013/55, ha avuto influenze pratiche e concrete sull'esercizio della professione forense in Italia, sfociate nell'approvazione il 31 gennaio 2014 da parte del CNF del nuovo codice deontologico⁵⁴, che riconosce la necessità della formazione professionale continua e dell'assicurazione professionale obbligatoria garantendo conseguentemente al CNF il ruolo di guardiano della qualità dei servizi legali offerti dai suoi membri.

Al tempo stesso, il nuovo articolo 59 della direttiva 2005/36, introdotto dalla direttiva 2013/55, ha previsto un esercizio di trasparenza, in base al quale gli Stati sono tenuti ogni due anni a presentare una relazione alla Commissione europea nella quale dare atto dei rispettivi sistemi nazionali di regolamentazione delle professioni, nonché dei requisiti che sono stati eliminati o resi meno rigidi, e ciò tenendo anche conto delle preoccupazioni espresse dal Consiglio europeo nelle sue conclusioni del 24 e 25 ottobre 2013⁵⁵.

L'Italia ha presentato il proprio primo piano nazionale⁵⁶: si tratta di un documento particolarmente esteso e completo⁵⁷ nel quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche europee, effettuava una valutazione del quadro giuridico esistente per le diverse professioni regolamentate (avvocati inclusi) al fine di verificare il rispetto del diritto UE e in particolare dei principi di non discriminazione, proporzionalità e necessità di tutela delle esigenze imperative di interesse generale.

Nello specifico, quanto alla professione di avvocato, l'Italia ha dichiarato di rispettare il diritto UE, anche grazie al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1⁵⁸ sull'abolizione delle tariffe professionali con la contestuale introduzione dell'obbligo di preventivo, e alla l. 247/2012, che ha innovato sia il periodo di pratica forense (ridotto a diciotto mesi di cui sei possono essere compiuti prima della laurea, verso la conclusione del percorso universitario), sia l'esame di Stato. Inoltre il Governo italiano ha sottolineato come sia stato introdotto un obbligo di formazione professionale continua per tutti gli iscritti all'ordine dando particolare rilievo al d.P.R. 137/2012 sulla riforma degli ordini professionali, che ha esteso la possibilità di fare uso della pubblicità

1/2016. Sempre nel senso di ritenere legittima, se non addirittura dovuta, la cancellazione dall'Albo degli avvocati "Bota" si veda anche la comunicazione del CNF n. 8-C-2017, con l'allegata nota del Ministero della Giustizia di data 16 maggio 2017, e la recente sentenza della Cassazione, SS.UU., del 3 agosto 2017 n. 19403.

⁵⁴ Nuovo codice deontologico attuativo della l. 247/2012 approvato il 31 dicembre 2012.

⁵⁵ Si veda in particola il punto 21 dove il Consiglio europeo sottolinea l'importanza della valutazione reciproca delle professioni regolamentate, precisando la necessità di identificare le residue barriere all'accesso, valutare gli effetti cumulativi delle restrizioni imposte ad ogni singola professione e suggerire i necessari rimedi.

⁵⁶ I testi completi dei Piani di azione nazionali elaborati nell'ambito della procedura di mutua valutazione delle professioni regolamentate, sono reperibili *online* su ec.europa.eu.

⁵⁷ Il piano italiano consta di ben 173 pagine. Dei 22 documenti ad oggi (gennaio 2018) resi pubblici sul sito della Commissione europea (presumibilmente in quanto gli unici pervenuti) solo la Polonia, la Repubblica Ceca e la Bulgaria superano le 100 pagine; quelli della maggior parte degli altri Paesi sono abbastanza sintetici e stanno entro le 30 pagine.

⁵⁸ Convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

informativa⁵⁹ e ha reso obbligatoria l'assicurazione per la responsabilità professionale. Il Governo segnalava anche l'introduzione delle riforme previste nel testo del d.d.l. concorrenza, alcune delle quali successivamente abbandonate⁶⁰.

La Commissione europea non sembra però, come vedremo, aver condiviso l'atteggiamento ottimista del Governo italiano.

11. La strategia sul mercato interno, adottata dalla Commissione europea il 28 ottobre 2015, nel confermare la tendenza già emersa nelle conclusioni del Consiglio del marzo 2012 e ottobre 2013 e nella raccomandazione del Parlamento europeo del giugno 2012, ha richiesto agli Stati membri di ridurre il numero di professioni regolamentate e di rimuovere le barriere all'ingresso sproporzionate e non strettamente necessarie. In particolare la Commissione, nella sua comunicazione relativa alle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali⁶¹, ha ritenuto che i servizi professionali siano ancora soggetti a restrizioni suddivisibili nei seguenti gruppi:

1. restrizioni basate su un approccio regolamentare: ad esempio la previsione di attività riservate (in esclusiva o condivise fra più professioni);
2. requisiti relativi alle qualifiche: durata del periodo di formazione, previsione di un esame di Stato obbligatorio e di obblighi di aggiornamento professionale continuo o simili;
3. altri requisiti d'ingresso: si pensi all'obbligo d'iscrizione ad un ordine professionale o a limitazioni numeriche;
4. requisiti per l'esercizio della professione: ad esempio le restrizioni alle forme societarie ammesse e le incompatibilità fra professioni diverse o fra attività diverse.

Se alcuni requisiti sono ormai stati da tempo aboliti, come abbiamo visto, dobbiamo ricordare che molti altri, come la formazione professionale continua, l'obbligo di iscrizione all'Albo, requisiti aggiuntivi (ad es., di esperienza professionale) per poter svolgere l'attività di rappresentanza e difesa in giudizio davanti ad organi giurisdizionali superiori, l'obbligo di adeguata assicurazione professionale, l'obbligo di avere la fedina penale immacolata e di impegnarsi a rispettare le regole di condotta e di diritto, continuano a sussistere nell'ordinamento italiano. D'altronde si tratta di restrizioni che la Commissione e la Corte hanno considerato finalizzate alla tutela di un superiore interesse pubblico e tendenzialmente rispettose del principio di propor-

⁵⁹ Il regolamento recante riforma degli ordini professionali ha ammesso la pubblicità informativa con ogni mezzo (pubblicità che può avere ad oggetto l'attività della professione, le specializzazioni, i titoli posseduti e rilevanti per la professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni). Il codice deontologico forense prevede alcune restrizioni alla pubblicità, ma finalizzate alla tutela del consumatore rispetto ad informazioni false o fuorvianti e quindi necessarie per colmare le asimmetrie informative e proporzionate rispetto all'obiettivo, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto (sentenze del 5 aprile 2011, causa C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable c. Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*, e del 13 marzo 2008, causa C-446/05, *Doulamis*).

⁶⁰ Lo Stato italiano sottolineava in particolare l'attribuzione agli avvocati di un limitato potere di autentica per determinate tipologie di atti di trasferimento immobiliare, norma successivamente espunta dal d.d.l.

⁶¹ Comunicazione COM(2016)820 fin. Per una spiegazione più dettagliata dei criteri di cui sopra si rinvia alla p. 9 della comunicazione e all'allegato metodologico (documento di lavoro dei servizi della Commissione, SWD(2016)436 fin., sez. V).

zionalità, purché mirate a garantire un'alta qualificazione professionale, indipendenza ed integrità, e quindi, in ultimo, poste a tutela dell'utente finale dei servizi legali.

Il risultato dell'analisi svolta dalla Commissione può lasciare sorpresi, in particolare nel punto in cui si afferma che, per le professioni in generale, l'Italia ha un livello di restrizioni elevato, ma che ciò non si verifica per la professione forense, in controtendenza quindi con l'approccio italiano alle professioni e anche con l'approccio di tutti gli Stati membri verso la professione di avvocato che è risultata (salvo che per l'Italia) fra quelle oggetto del maggior numero di restrizioni⁶². Nonostante tale premessa, la Commissione ritiene che l'Italia presenti ancora barriere e ostacoli alla corretta applicazione del diritto UE sull'esercizio della professione, sulle quali vale la pena soffermarsi:

a) qualificazione accademica e tirocinio obbligatorio

Tutti gli Stati membri prevedono la necessità di un periodo di formazione a livello universitario e di un periodo di tirocinio, pur presentando notevoli differenze circa la durata combinata degli stessi (che hanno una durata complessiva variabile dai tre anni dell'Irlanda agli otto anni della Slovenia). La situazione italiana sembra quindi rientrare perfettamente nella media e potrebbe conseguentemente apparire non eccessivamente restrittiva. Vale però la pena rilevare che la Commissione ritiene che l'Italia sia ancora carente nel rispetto dei principi espressi dalla Corte nella sentenza *Morgenbesser*, in quanto la formazione e l'esperienza conseguite all'estero non vengono “debitamente prese in considerazione al momento di autorizzare l'accesso al tirocinio di avvocato”. Questa valutazione, che la Commissione fa accomunando l'Italia alla Grecia, non sembra condivisibile in quanto non suffragata da dati precisi e, presumibilmente, basata sul basso numero di soggetti provenienti dai altri Stati membri che intendano iscriversi come praticanti in Italia. Tale circostanza appare però dovuta non tanto ad una mancata considerazione della formazione pregressa da parte degli ordini professionali, quanto alla difficoltà nell'accesso alla professione in Italia, situazione che rende l'Italia un Paese di “emigrazione” piuttosto che di “immigrazione” di praticanti avvocati, tutti elementi che la Commissione non sembra tenere in alcuna considerazione. I due problemi (del flusso di laureati italiani verso altri Paesi che prevedono un percorso formativo meno selettivo e del mancato flusso di stranieri verso il tirocinio e l'esame di Stato italiano) sono strettamente correlati, ma non dovrebbero portare il nostro Paese ad una violazione dei principi della sentenza *Morgenbesser*, in quanto la non attrattività del nostro ordinamento è collegata al funzionamento del nostro sistema di accesso alla professione, sistema che è e resta di competenza di ogni singolo Stato e che quindi non può essere soggetto a valutazioni di conformità al diritto dell'Unione europea, quanto meno finché non porta a discriminazioni basate sulla nazionalità.

b) regole sulle incompatibilità e restrizioni all'esercizio in forme associate multidisciplinari

La Commissione ha ritenuto che questo tipo di restrizioni, imposte, seppure con alcune difformità, in tutti gli Stati membri, siano da considerarsi come restri-

⁶² Il documento di lavoro dei servizi della Commissione a p. 85 dichiara: “the level of restrictiveness is higher in Italy compared to the EU weighted average for all professions analysed with the exception of the lawyer profession where it is less restrictive. Amongst the professions analysed, restrictiveness is highest for lawyers”.

zioni accettabili alla luce dello scopo delle stesse, in particolare quando correlate all'attività di rappresentanza in giudizio⁶³. Anche la normativa italiana continua a prevedere incompatibilità fra la professione di avvocato e l'esercizio di alcune altre attività, finalizzate in larga parte a garantire l'indipendenza e integrità della professione. Sul punto l'unico dubbio sollevato dalla Commissione in relazione all'ordinamento italiano è relativo all'incompatibilità fra la professione di avvocato e quella di consulente in proprietà industriale, che risulterebbe ingiustificata, in quanto le due professioni hanno norme deontologiche simili e condividono alcune attività.

Quanto alle forme per l'esercizio associato della professione ed in particolare ai limiti alle società multidisciplinari la Commissione non menziona problemi specifici riferiti alla normativa italiana, che appare in linea con le previsioni degli altri Stati membri. Ciò non significa che le attuali previsioni, come sopra delineate, non possano essere ulteriormente migliorate: la Commissione non manca di raccomandare a tutti gli Stati membri di valutare attentamente in futuro "i requisiti relativi alla forma giuridica e alla partecipazione azionaria, le norme in materia di incompatibilità e le restrizioni multidisciplinari, in particolare tenendo conto della proporzionalità di tali restrizioni rispetto ai principi fondamentali, per esempio l'indipendenza della professione, e alle corrispondenti disposizioni in materia di vigilanza". Particolare attenzione dovrà essere dedicata all'effetto cumulativo di tali requisiti nei casi in cui si sia in presenza di ampie riserve di attività (si pensi al caso in cui la consulenza giuridica fosse fatta rientrare tra le attività riservate)⁶⁴. D'altronde, come sopra accennato, l'Italia ha già modificato recentemente la propria normativa, con la legge sulla concorrenza approvata nell'agosto 2017, inserendo nuove regole più permissive sulla partecipazione alle società di avvocati di soggetti terzi, non professionisti.

c) effettività dell'attività professionale

In base al decreto del Ministero della Giustizia del febbraio 2016⁶⁵, i vari ordini locali forensi devono verificare che i propri iscritti svolgano la professione in maniera continuativa, regolare e prevalente. Per agevolare tale riscontro gli avvocati dovranno soddisfare questi requisiti: possesso di una partita IVA, presenza di un ufficio dedicato o, quanto meno, di una utenza telefonica dedicata, attivazione di un indirizzo di posta elettronica certificata, sottoscrizione di una polizza assicurativa per la responsabilità professionale, soddisfacimento dell'obbligo di formazione professionale continua, trattazione di almeno cinque pratiche all'anno, anche se la pratica è stata passata da un altro professionista. La misura è stata introdotta per cancellare dagli ordini di appartenenza tutti i soggetti di fatto inattivi, assicurando all'utente finale che gli avvocati iscritti siano soggetti pienamente qualificati per svolgere la professione essendo in possesso di quei requisiti minimi necessari dati,

⁶³ Si pensi alla proibizione di svolgere attività di commercio o di assumere il ruolo di lavoratori dipendenti, salvo per attività specifiche (quali, in genere, l'insegnamento o la ricerca).

⁶⁴ In Italia, nonostante alcune opinioni dottrinali in senso contrario (si veda R. DANOVI, *Le libere professioni e l'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante*, in R. DANOVI, *La giustizia in parcheggio*, Milano, 1996, p. 231; S.M. CARBONE, *op. cit.*, p. 136 ss.), la giurisprudenza consolidata ha ritenuto che l'attività di consulenza non sia attività riservata agli avvocati. Sul punto si veda, a conferma, la pronuncia della Cassazione dell'8 agosto 1997, n. 7359. In tema cfr. A. BERLINGUER, *Professione forense, impresa e concorrenza – tendenze e itinerari nella circolazione di un modello*, Milano, 2003, p. 93 ss. In merito al parere legale in qualità di attività non esclusiva, ed agli effetti dello stesso sulla legittimità della richiesta di una tariffa anche in tale caso, si veda la citata sentenza *Cipolla e Macrino*.

⁶⁵ Decreto del Ministero della Giustizia 25 febbraio 2016, n. 47.

anche, dalla pratica. Nonostante l'obiettivo astrattamente meritevole di tutela la Commissione, preso atto del numero eccessivo di avvocati presenti in Italia rispetto alla richiesta di servizi legali, ha comunque espresso dubbi circa la giustificazione e proporzionalità della misura, esprimendo il timore che l'effetto sia solo quello di ostacolare la concorrenza fra professionisti sul mercato. Sarà quindi opportuno, in sede di applicazione di tale previsione, giustificare adeguatamente da parte dei Consigli dell'Ordine i provvedimenti (eccezionali) di cancellazione dei propri iscritti per non rischiare di incorrere in violazioni del principio di proporzionalità.

12. Come già affermato nella raccomandazione del Consiglio del 2016 sul programma di riforme nazionali dell'Italia⁶⁶, il nostro sistema economico presenta ancora varie debolezze e i progressi nella promozione della concorrenza nel mercato dei servizi sono tuttora limitati. Si deve però sottolineare che le principali criticità relative alla professione di avvocato in Italia, rispetto all'ordinamento UE, riguardano la necessità che siano mantenute solo le restrizioni all'accesso e all'esercizio della professione pienamente giustificate e proporzionate agli obiettivi.

È quindi particolarmente rilevante tenere in considerazione la proposta di direttiva sulla proporzionalità, presentata a gennaio 2017 dalla Commissione e che dovrebbe trovare applicazione alle professioni regolamentate ai sensi della direttiva 2005/36⁶⁷. In questo nuovo testo la Commissione prende in considerazione tutti i "requisiti previsti dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri che limitano l'accesso a una professione regolamentata o il suo esercizio, o a una delle sue modalità di esercizio, compreso l'uso di titoli professionali e incluse le attività professionali autorizzate in virtù di tale titolo" (art. 2), fornendo un elenco estremamente dettagliato e preciso dei motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare misure legislative, regolamentari o amministrative che restringano l'accesso o l'esercizio di una professione (art. 5)⁶⁸. Nel momento in cui questa direttiva fosse approvata ed entrasse in vigore l'Italia si troverebbe a dover valutare, al momento dell'introduzione di ogni ulteriore modifica, la compatibilità della nostra regolamentazione della professione di avvocato con il *test* di proporzionalità, in particolare a causa dell'obbligo di valutare l'effetto cumulativo delle restrizioni all'accesso e

⁶⁶ Raccomandazione del Consiglio, del 12 luglio 2016, sul programma di riforme nazionali dell'Italia che fornisce il parere del Consiglio sul programma di stabilità 2016 dell'Italia COM(2017)511 fin. Il Consiglio, anche alla luce dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge annuale sulla concorrenza 2015 (non ancora approvata al tempo) e dell'attenuazione delle disposizioni riguardo alle professioni legali, ha ritenuto che le professioni regolamentate godano ancora di eccessivo protezionismo e siano ancora soggette "a una disciplina eccessivamente minuziosa", raccomandando pertanto interventi per aumentare la concorrenza.

⁶⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2017, relativa a un test della proporzionalità prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni, COM(2016)822 fin. Alcuni emendamenti sono stati proposti dal Consiglio con il documento del 29 maggio 2017, 2016/0404 (COD) nel quale, tra l'altro, esso ha ritenuto di sottolineare come spetti a ciascuno Stato determinare il livello di protezione degli obiettivi di interesse generale che intende raggiungere e come il progresso tecnologico e scientifico non sia necessariamente sufficiente a colmare le asimmetrie informative fra utente e professionista.

⁶⁸ Sono da ritenersi motivi imperativi di interesse generale, tra gli altri, la tutela dei consumatori e dei destinatari di servizi, la salvaguardia della buona amministrazione della giustizia, la lotta contro la frode e la prevenzione dell'evasione e dell'elusione fiscali. La Commissione specifica anche (par. 3): "I motivi di natura meramente economica aventi essenzialmente uno scopo o effetti protezionistici o le ragioni puramente amministrative non costituiscono motivi imperativi di interesse generale tali da giustificare una restrizione all'accesso alle professioni regolamentate o al loro esercizio".

all'esercizio come indicato nella lista contenuta all'art. 6 della proposta, lista che ricalca l'elenco delle restrizioni di cui alla comunicazione sopra analizzata⁶⁹. Il problema comunque non riguarderebbe solo il nostro Paese, tanto che gli Stati membri che si sono già espressi su tale direttiva lo hanno fatto in maniera fortemente critica, ritenendola in violazione del principio di sussidiarietà o, quanto meno, di proporzionalità, in particolare a causa dell'eccessivo dettaglio con il quale la Commissione sembra voler interferire nella possibilità in capo agli ordinamenti nazionali di regolare autonomamente lo svolgimento delle attività professionali, spingendosi al punto di obbligare gli Stati ad un rigido *test* di proporzionalità antecedente all'adozione di qualunque nuova regolamentazione professionale⁷⁰.

Come visto nel corso di questo approfondimento, la professione di avvocato è una di quelle oggetto di maggiori restrizioni sotto il profilo delle riserve di attività e della tutela del titolo professionale, perciò questo nuovo approccio, che ritroviamo anche nella già citata comunicazione della Commissione sulle raccomandazioni di riforma per la regolamentazione dei servizi professionali, sarà rilevante sia per l'Italia sia per tutti gli Stati membri che sono stati espressamente richiesti da parte della Commissione di valutare e limitare tale tipologia di restrizioni, in particolare in tutte quelle circostanze nelle quali la professione di avvocato è oggetto di specifiche riserve di attività a livello nazionale.

Abstract

Lawyers and Professional Regulations in European Union Law: The Case of Italy

The legal profession in European Union Member States has been subject to many changes due to the evolution of EU Law. Starting from Directives 77/249 and 98/5, but with a reference also to the case-law and to the relevant framework on professional qualification recognition (Directive 89/48 and subsequent changes) and free movement of services (Directive 2006/123), the article focuses on the changes to the profession of "avvocato" in Italy and on the evolution still required in order to comply with the new requests from the European Commission.

⁶⁹ La lista include, ad es.: le attività riservate, in contemporanea con il titolo professionale protetto; i requisiti relativi allo sviluppo professionale continuo; le norme relative all'organizzazione della professione, alla deontologia e alla supervisione; gli obblighi di affiliazione a un ordine; i requisiti circa una forma giuridica specifica o in materia di assetto proprietario o di gestione di una società; le restrizioni territoriali; i requisiti che limitano l'esercizio di una professione regolamentata svolta congiuntamente o in associazione, nonché le norme di incompatibilità; i requisiti in materia di copertura assicurativa della responsabilità professionale.

⁷⁰ Il Parlamento austriaco ha replicato in data 15 marzo 2017, ritenendo che la proposta sia incompatibile col principio di proporzionalità e abbia contenuti tali da rappresentare una interferenza sproporzionata nel settore delle professioni regolamentate, in contrasto con la flessibilità nella valutazione *ex post* delle restrizioni prevista dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Dello stesso avviso circa la violazione del principio di proporzionalità sono il Parlamento francese (che si è espresso con la risoluzione europea contenente parere motivato contrario, ma per le sole professioni nel settore della sanità e del turismo) e quello tedesco, che si è spinto a chiedere, addirittura, il ritiro della proposta per violazione del principio di sussidiarietà. A ciò ha replicato la Commissione con varie comunicazioni del luglio 2017 (documenti reperibili *online* su www.ipex.eu).

Amedeo Arena*

Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il primato sulle norme costituzionali nazionali: origini e sviluppi oltre l’esperienza europea. – 3. I presupposti applicativi del principio del primato: la validità degli atti dell’Unione e l’assenza di deroghe (espresse e tacite) alle norme sovranazionali. – 4. I limiti “interni” all’obbligo di disapplicazione primaria: la certezza del diritto, la tutela dell’ambiente ed il principio di legalità in materia penale. – 5. *Segue*: i limiti “interni” all’obbligo di disapplicazione secondaria: il principio della *res iudicata* e la pregiudizialità costituzionale. – 6. I limiti “esterni” al principio del primato e la loro “internalizzazione” da parte del diritto dell’Unione. – 7. Conclusioni.

1. Una questione che impegna da anni la dottrina e la giurisprudenza è quella del c.d. carattere “assoluto” del primato del diritto UE sul diritto degli Stati membri. Tale tema di studio, individuato da alcuni già agli albori del processo d’integrazione comunitaria¹, ha assunto centralità nel dibattito a partire dalla sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*², in cui la Corte di giustizia ha affermato che l’eventuale incompatibilità con “i principi di una costituzione nazionale”, non pregiudica “la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato”³.

Nonostante in tale occasione i giudici comunitari si fossero premurati di evidenziare l’esistenza di limiti “interni” al principio del primato (vale a dire la “tutela dei diritti fondamentali” informata alle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati

* Associato di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Napoli “Federico II”.

** Questo contributo rielabora e sviluppa la lezione “Primacy: three (not so) unshakable certainties about a foundational principle of EU Law” tenuta l’8 novembre 2017 presso la Columbia University Law School. L’A. desidera ringraziare la Prof.ssa Anu Bradford (Columbia University) ed il revisore anonimo della presente *Rivista* per i suggerimenti e gli spunti di riflessione. Eventuali errori o omissioni rimangono di esclusiva responsabilità dell’A.

¹ Cfr. G. STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiano e delle Comunità europee*, Milano, 1958, p. 40 ss.; R. MONACO, *Diritto comunitario e diritto statale interno*, in *Rivista di diritto europeo*, 1962, p. 16 ss.; F. DURANTE, *Sul giudizio di legittimità costituzionale delle norme comunitarie europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1968, pp. 485-504.

² Causa 11/70.

³ *Ivi*, punto 3.

membri”)⁴, nel dibattito dottrinale è prevalsa l’opinione secondo la quale la Corte di giustizia avesse proclamato una “*absolute supremacy rule*” del diritto comunitario sulle costituzioni nazionali⁵. La percepita inadeguatezza di siffatti limiti “interni” ad assicurare la tutela di determinati valori-cardine degli ordinamenti giuridici degli Stati membri ha indotto diverse giurisdizioni nazionali – corti costituzionali italiana⁶ e tedesca⁷ in testa – ad apporre ulteriori limiti “esterni” al principio del primato, onde temperarne il carattere “assoluto” nei rispettivi ordinamenti⁸.

Scopo del presente contributo è verificare, allo stato attuale di sviluppo del diritto UE, la validità dell’assunto secondo il quale il principio del primato avrebbe un carattere “assoluto”. A tale riguardo, occorre rilevare che l’espressione “primato assoluto”, pur frequentissima in letteratura⁹, non sembra avere un significato univoco: per alcuni, indica la caratteristica del diritto UE, che lo distingue dal diritto derivante da altri trattati internazionali, consistente nell’idoneità a prevalere “su tutto il diritto nazionale, compreso quello di rango costituzionale”¹⁰; per altri, attiene al carattere “incondizionato” del principio di *primauté*, ossia alla circostanza che “le

⁴ *Ibidem*.

⁵ Così M. ZULEEG, *Fundamental Rights and the Law of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1971, p. 447. Cfr. altresì G. BEBR, *How Supreme Is Community Law in the National Courts?*, in *Common Market Law Review*, 1974, che parla di una “absolute, unconditional supremacy of the Community law over constitutional provisions”; F. MODUGNO, *È illegittimo l’art. 189 del Trattato di Roma nell’interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 924, che paventa un “primato ‘assoluto’ del diritto comunitario” derivante dall’assimilazione di quest’ultimo ad un diritto “supercostituzionale”.

⁶ Cfr. la sentenza del 18 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, punto 9 della parte in diritto, in cui si afferma che le limitazioni di sovranità concesse a favore della Comunità non possono “comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana”. Tale limite “esterno” era già stato delineato nella precedente sentenza 16 dicembre 1965, n. 98, *Acciaierie San Michele*, punto 2, in cui si legge che gli “effetti interni” del diritto comunitario “vanno determinati senza pregiudizio (...) dei diritti involabili dell’uomo”.

⁷ Cfr. la sentenza del 29 maggio 1974, BvL 52/71.

⁸ Cfr., in particolare, A. VALENTI, *Comunità europee e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto europeo*, 1972, pp. 83-94; P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2416; R. MONACO, *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro italiano*, 1974, I, c. 315 ss.; G. PANICO, *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza della C. Cost. n. 183 del 1973*, in *Rivista di diritto europeo*, 1974, p. 201 ss.

⁹ Si vedano, fra gli altri, A. CALIGURI, *Modelli costituzionali a confronto: la specificità della tutela dei diritti fondamentali nel processo di adattamento al diritto dell’Unione europea*, in A. CALIGURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, pp. 51-74; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, pp. 1417-1453; M. CLAES, *The Primacy of EU Law in European and National Law*, in D. CHALMERS, A. ARNULL (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 185 ss.; M. STARITA, *L’identità costituzionale degli Stati membri dell’Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, p. 15 ss.

¹⁰ Così M. CARTABIA, “*Unita nella diversità*”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2005, p. 585 ss. Nella medesima direzione, v. inoltre G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell’applicazione dei giudici nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 733, che identifica il primato assoluto con il principio “applicabile (...) anche in caso di contrasto con norme costituzionali”; O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa a Est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Milano, 2010, p. 161, il quale parla di “primato assoluto del diritto dell’Unione su tutto il diritto interno, anche costituzionale”.

fonti sovranazionali risultano sempre e comunque in posizione di primato” rispetto a quelle interne, senza alcuna eccezione di sorta¹¹.

A tal fine, da un lato, si indagherà se l’idoneità a prevalere sulle costituzioni nazionali costituisca effettivamente una prerogativa esclusiva del diritto UE rispetto agli altri trattati internazionali; dall’altro, si valuterà se lo stesso diritto UE davvero non ponga alcun limite “interno” al principio del primato. A questo riguardo, occorrerà preliminarmente esaminare alcune dinamiche interordinamentali che intervengono “a monte” del contrasto fra la norma UE e la norma nazionale, atteggiandosi quindi a “presupposti applicativi” del principio del primato: è il caso dell’accertamento della validità della norma UE e della ricognizione di eventuali deroghe che consentano la coesistenza di tale norma con norme nazionali di diverso tenore. Quindi, si verificherà se, “a valle” di tali antinomie, lo stesso diritto UE ammetta o meno eccezioni al principale obbligo derivante dal principio del primato, vale a dire quello di provvedere all’immediata disapplicazione della norma nazionale confliggente e delle eventuali altre norme o prassi nazionali che impediscano di porre rimedio ad una situazione incompatibile con il diritto UE. Infine, ci si interrogherà sull’eventuale rilevanza, dal punto di vista del diritto UE, dei limiti “esterni” che le giurisdizioni di alcuni Stati membri hanno apposto all’applicazione del principio del primato nei rispettivi ordinamenti.

2. La prevalenza, nei rapporti tra le parti di un trattato, degli obblighi pattizi sulle norme interne, anche di rango costituzionale, costituisce un noto principio di diritto internazionale, corollario del brocardo *pacta sunt servanda*¹². Più comunemente espresso in termini di “irrelevanza del diritto interno quale giustificazione per il mancato rispetto degli obblighi convenzionali”¹³, il principio in parola è stato esplicitamente enunciato dalla Corte permanente di giustizia con riferimento alle norme costituzionali interne nel parere consultivo sul *Trattamento dei cittadini polacchi nel territorio di Danzica*¹⁴.

¹¹ Così A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. XLIV.

¹² Cfr. COMMISSIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Draft Declaration on Rights and Duties of States with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, art. 14: “Every State has the duty to conduct its relations with other States in accordance (...) with the principle that the sovereignty of each State is subject to the supremacy of international law” (corsivo aggiunto). In dottrina, v. F. MORGENSTERN, *Judicial Practice and the Supremacy of International Law*, in *British Year Book of International Law*, 1951, p. 42 ss.; J.-P. JACQUÉ, *La Cour de justice de l’Union européenne et la théorie des «contre limites»*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, pp. 3-4.

¹³ Cfr. COMMISSIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Draft Declaration on Rights and Duties*, art. 13: “Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties (...) and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty” (corsivo aggiunto). In dottrina v. *ex multis* T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, 2005, p. 360; L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, in S. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, III ed., pp. 279-281; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit International public*, Paris, 2009, VIII ed., p. 303 ss.; J. CRAWFORD, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, London, 2012, VIII ed., p. 51; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, X ed., p. 400; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, pp. 1932-1933. Sulle origini di tale principio v. A. ARENA, *Vincoli europei di bilancio e (contro)limiti costituzionali nella prospettiva del diritto internazionale dei trattati*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2014, pp. 142-150.

¹⁴ Parere consultivo del 4 febbraio 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, p. 24: “uno Stato non può invocare nei

Una delle più limpide illustrazioni della *ratio* di tale principio e della sua necessaria estensione a tutte le norme interne, comprese quelle di rango costituzionale, si rinviene nel discorso pronunciato innanzi al Consiglio della Società delle Nazioni dal conte Apponyi, rappresentante del Governo ungherese, nell'ambito della vertenza relativa alle *Espropriazioni del governo romeno sui beni immobili dei cittadini ungheresi* (1923)¹⁵: “Il principio fondamentale che deve essere alla base di tutte le nostre determinazioni, il principio il cui disconoscimento comporterebbe l'anarchia nelle relazioni internazionali, è la prevalenza del diritto convenzionale sul diritto nazionale. Tale prevalenza deriva dalla stessa natura delle cose. Perché si concluderebbero i trattati, perché si prenderebbero gli impegni internazionali, se fosse consentito a chi ha assunto tali obblighi di sottrarsi ad essi in virtù di un atto legislativo, esecutivo, costituzionale o di qualsiasi altra natura che promana dalla propria autonoma potestà?”.

Ad ulteriore conferma del carattere pacifico del principio dell'irrelevanza del diritto interno basti ricordare che, quando lo stesso è stato codificato, su iniziativa della delegazione pachistana¹⁶, all'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969)¹⁷, soltanto due Stati hanno apposto riserve volte ad affermare la prevalenza delle proprie costituzioni sugli obblighi pattizi¹⁸, mentre diversi altri firmatari della Convenzione hanno obiettato che tali riserve mettevano in discussione un principio “ben consolidato” e “universalmente accettato” di diritto internazionale¹⁹.

La sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, peraltro, non si è limitata a ribadire tale principio *nei rapporti fra le parti* del Trattato di Roma, ma ha sancito la prevalenza del diritto comunitario *anche nei rapporti interni* agli Stati membri (c.d. primato “interno”)²⁰.

confronti di un altro Stato la propria costituzione per sottrarsi agli obblighi su di esso gravanti in base al diritto internazionale o ai trattati vigenti”.

¹⁵ *Expropriation par le Gouvernement roumain des biens immobiliers des optants hongrois*, in *Journal Officiel de la Société des Nations*, 1923, p. 887.

¹⁶ L'emendamento A/CONF.39/C.1/L.181, presentato dalla delegazione pachistana come integrazione dell'art. 23 relativo al principio *pacta sunt servanda*, fu successivamente trasfuso in un'apposita disposizione del progetto (art. 23bis, poi art. 27) v. in particolare, CONFERENCE ON THE LAW OF TREATIES, First Session, p. 152; Second Session, pp. 53-54.

¹⁷ Conclusa il 23 maggio 1969 e resa esecutiva in Italia con legge 12 febbraio 1974, n. 112, recante una traduzione non ufficiale in lingua italiana. L'art. 27 dispone: “Una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato”. Cfr. altresì gli articoli 3 e 32 del *Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per gli illeciti internazionali*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, parte 2.

¹⁸ Il riferimento è alla riserva apposta dal Guatemala, secondo la quale l'art. 27 della Convenzione di Vienna “is understood to refer to the provisions of the secondary legislation of Guatemala and not to those of its Political Constitution, which take precedence over any law or treaty”, nonché alla riserva del Costa Rica, in base alla quale la medesima disposizione deve intendersi “as referring to secondary law and not to the provisions of the Political Constitution”. Cfr. treaties.un.org.

¹⁹ In tal senso, v. la comunicazione della Germania del 21 settembre 1998 e quella del Belgio del 30 settembre 1998. Cfr. inoltre la comunicazione del Regno Unito del 13 ottobre 1998: “The Government of the UK (...) object to the reservation entered by the Republic of Guatemala in respect of Article 27, and wish to observe that the customary international law rule set out in that Article *applies to constitutional as well as to other internal laws*” (corsivo aggiunto).

²⁰ Così B. DE WITTE, *Retour à “Costa”*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, p. 427.

Gli obblighi pattizi assumono solitamente un rango inferiore rispetto alle norme costituzionali negli ordinamenti nazionali²¹ e ciò in quanto i trattati internazionali, di norma, non disciplinano le proprie modalità di attuazione all’interno degli ordinamenti delle parti²², lasciando a queste ultime la determinazione del rango delle norme pattizie nella gerarchia interna delle fonti²³. La Corte di giustizia, invece, aderendo alla tesi della Commissione²⁴, ha affermato che gli effetti del diritto comunitario nei singoli Stati membri costituivano una questione attinente all’interpretazione dei trattati istitutivi²⁵.

A ben vedere, peraltro, tale statuizione non rappresenta una cesura con il diritto internazionale, ma un suo “sviluppo creativo”²⁶ nell’ambito di un ordinamento giuridico “di nuovo genere nel campo del diritto internazionale” che avvince tanto gli Stati membri quanto i loro cittadini²⁷. Difatti, l’autonomia negoziale che il diritto internazionale riconosce alle parti di un trattato permette senz’altro a queste ultime di accordarsi *anche* in ordine agli effetti che le norme di tale trattato produrranno nei rispettivi ordinamenti²⁸, prevedendo, ad esempio, l’efficacia diretta delle norme pattizie nei giudizi dinanzi ai giudici nazionali²⁹ o la loro prevalenza sulle norme interne in caso di conflitto³⁰.

²¹ Cfr. E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, pp. 458-460.

²² Sul punto D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Milano, 2016, pp. 103-105; K. SCHMALENBACH, *Article 27*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Heidelberg, 2012, p. 461, punti 21 e 25.

²³ Così M. CLAES, *op. cit.*, p. 181; B. DE WITTE, *op. cit.*, pp. 428-433.

²⁴ Cfr. M. GAUDET, *Nota del 23 ottobre 1962 relativa alle osservazioni della Commissione nell’ambito della causa Van Gend & Loos*, JUR/CEE/2636/68, p. 5, ove si afferma che la determinazione degli effetti del Trattato di Roma negli ordinamenti nazionali non può essere rimessa ai singoli giudici degli Stati membri, ma deve essere dedotta dal Trattato stesso, che solo la Corte di giustizia è competente ad interpretare in maniera uniforme.

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*; 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*. In dottrina si vedano in particolare i contributi di B. NASCIBENE, P. GORI e B. VANOLI GABARDI in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant’anni dopo*, Milano, 2015.

²⁶ L’espressione è di B. DE WITTE, *EU Law: Is It International Law?*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, 2014, p. 187.

²⁷ Sentenza *Van Gend & Loos*, p. 23. In dottrina v., per tutti, U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza “Van Gend en Loos” dopo cinquant’anni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2013, pp. 225-237. Sia inoltre consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA, *Curia non facit saltus: origini ed evoluzione del principio del primato prima della sentenza Costa c. ENEL*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 949 ss.

²⁸ Così B. DE WITTE, *The European Union as an International Legal Experiment*, in G. DE BÚRCA, J. WEILER (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011, pp. 48-49.

²⁹ Cfr. il parere consultivo della Corte permanente di giustizia internazionale del 3 marzo 1928, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, pp. 17-18: “the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting parties, may be the adoption of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts”.

³⁰ Per un esempio recente, si veda l’art. 3, par. 2, del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento, e sulla *governance* nell’Unione economica e monetaria, del 2 marzo 2012: “Le regole enunciate al paragrafo 1 producono effetti nel diritto nazionale delle parti contraenti (...) tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio”.

Per quanto risulti improbabile che i redattori del Trattato di Roma avessero previsto la primazia del diritto comunitario sulle costituzioni degli Stati membri³¹, è innegabile che essi abbiano affidato alla Corte di giustizia il compito di interpretare tale diritto nell'ambito di controversie pendenti innanzi ai giudici nazionali³². Seppure la Corte di giustizia si fosse servita di tale strumento per enunciare un principio estraneo alla volontà storica delle parti del Trattato di Roma, resta il fatto che gli Stati membri non hanno preso le distanze da tale giurisprudenza in occasione delle successive revisioni dei Trattati istitutivi³³ ed hanno finanche acconsentito alla menzione del principio del primato nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona³⁴. Non pare pertanto azzardato ipotizzare che tale acquiescenza da parte degli Stati membri³⁵ abbia permesso alla "prassi successiva" delle istituzioni dell'Unione³⁶ – e, in particolare, alla giurisprudenza della Corte di giustizia – di definire l'“accordo delle parti”³⁷ dei Trattati europei in ordine agli effetti del diritto dell'Unione nei rispettivi ordinamenti³⁸.

Una volta riconosciuto il primato “interno” del diritto un'organizzazione internazionale, la prevalenza delle norme di tale organizzazione sulle costituzioni dei rispettivi Stati membri sembra costituire un'evoluzione fisiologica dei processi d'integrazione a vocazione sovranazionale. A tale riguardo, appare d'interesse la prospettiva di alcune organizzazioni regionali che si ispirano all'esperienza europea: ad esempio, la Corte centroamericana di giustizia, nella celebre sentenza *Coto Ugarte*, ha affermato che il diritto del Sistema d'integrazione centroamericano (SICA) gode di un primato “di carattere assoluto”, che si esplica anche nei confronti delle costituzioni degli Stati membri di tale organizzazione³⁹; del pari, la Corte di

³¹ Sul punto, v. M. RASMUSSEN, *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution*, in M. MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, London, 2010, pp. 81-83.

³² Cfr. M. GAUDET, *op. cit.*, p. 15, ove si sottolinea l'opportunità di convincere i giudici nazionali che la competenza pregiudiziale espressamente attribuita alla Corte di giustizia esprime la volontà dei redattori del Trattato di Roma di sostituire i giudici comunitari alle autorità interne nella determinazione degli effetti del Trattato negli ordinamenti interni. Tale argomentazione è stata pienamente accolta nella sentenza *Van Gend & Loos*, p. 23, ove si legge che la competenza pregiudiziale attribuita alla Corte di giustizia “costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter esser fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici”.

³³ In tal senso, M. CLAES, *op. cit.*, p. 200, nota 79, che evidenzia come il Trattato di Amsterdam abbia espressamente escluso l'effetto diretto delle decisioni quadro, ma non abbia menzionato la questione del primato.

³⁴ Sia consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA, *The Twin Doctrines of Primacy and Pre-emption*, in R. SCHÜTZ, T. TRIDIMAS (eds.), *The Oxford Principles of European Union Law*, I, Oxford, 2018, pp. 310-311.

³⁵ Sulla rilevanza ai fini ermeneutici dell'acquiescenza delle parti di un trattato ad una data interpretazione dello stesso, cfr. O. DÖRR, *Article 31*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *op. cit.*, pp. 559-560, punti 87-88.

³⁶ Cfr. il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia dell'8 luglio 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, punto 19, ove si afferma che la prassi successiva degli organi delle organizzazioni internazionali è un elemento che “may deserve special attention” ai fini dell'interpretazione dei rispettivi trattati istitutivi.

³⁷ L'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna prevede che, ai fini dell'interpretazione dei trattati si tiene conto, oltre che del contesto, “di qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo”.

³⁸ Sul punto, v. *amplius* A. ARENA, *The Twin Doctrines*, cit., pp. 310-311.

³⁹ Corte centroamericana di giustizia, 5 marzo 1998, punto 1. In dottrina v. R. VIRZO, *L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla giurisprudenza della corte*

giustizia dell’Unione economica e monetaria dell’Africa occidentale (UEMOA), nel parere 1/2003, ha statuito che la *supremacy clause* contenuta nell’art. 6 del Trattato UEMOA⁴⁰ comporta la prevalenza del diritto di tale organizzazione regionale anche sulle norme costituzionali dei rispettivi Stati membri⁴¹.

In definitiva, affermare che il diritto UE gode di un primato “assoluto” in quanto prevale sulle norme costituzionali dei propri Stati membri si rivela, almeno in parte, un truismo, nella misura in cui qualsiasi giurisdizione internazionale attribuirebbe prevalenza alle norme di un trattato sulle norme interne, anche di rango costituzionale, delle rispettive parti contraenti⁴². Certamente meno scontato è il primato “interno” sulle norme costituzionali, ma l’esperienza di alcune organizzazioni a carattere regionale sembra suggerire che tale specificità del diritto UE si stia gradualmente affermando come uno dei tratti comuni ai processi d’integrazione con autentiche aspirazioni sovranazionali⁴³.

3. Volgendo ora lo sguardo alla seconda accezione del carattere “assoluto” del principio del primato del diritto UE, vale a dire l’assenza di qualsiasi limite o eccezione, occorre preliminarmente accennare ad alcune questioni che si pongono “a monte”, dal punto di vista logico-giuridico, rispetto all’applicazione di tale principio.

In primo luogo, perché il principio del primato possa venire in rilievo per la soluzione di un conflitto tra una norma nazionale ed una norma UE, occorre che quest’ultima sia *valida* secondo il diritto UE⁴⁴. Se la norma UE è, ad esempio, fondata su una base giuridica errata, sproporzionata, contraria ai diritti fondamentali o lesiva dell’identità nazionale degli Stati membri⁴⁵, sarà espunta dall’ordinamento

centroamericana di giustizia, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2001, p. 569 ss.; I. INGRAVALLO, *La Corte centroamericana de Justicia*, in P. PENNETTA (a cura di), *L’evoluzione dei sistemi giurisdizionali e influenze comunitarie*, Bari, 2010, p. 192 ss.; A. TATHAM, *Judicial Variations on the Theme of Regional Integration: Diffusing the EU Model of Judicial Governance*, STALS Research Papers, n. 6, 2015, p. 14 ss. Cfr. però P. LOGROSCINO, *Aspirazioni integrazionistiche in America Centrale e Corte centroamericana di giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2015, p. 33, nota 197, il quale rileva che, a dispetto delle statuizioni della Corte centroamericana di giustizia, i giudici supremi degli Stati membri di tale organizzazione ritengono il diritto comunitario centroamericano subordinato alle rispettive costituzioni nazionali.

⁴⁰ Trattato di Dakar del 10 gennaio 1994, modificato dal Trattato di Dakar del 29 gennaio 2003, reperibile su www.uemoa.int. Per un’interessante disamina dei punti di contatto tra la giurisprudenza in materia di primato della Corte UEMOA e quella della Corte di giustizia si veda D. AMOROSO, *L’influenza dei precedenti della Corte di Giustizia Europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Economica e Monetaria dell’Ovest-Africano (UEMOA)*, in PENNETTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 205-207.

⁴¹ Corte di giustizia UEMOA, parere n. 1/2003, 18 marzo 2003, p. 73. Si vedano però le considerazioni critiche di E. CHEVALIER, *La déclinaison du principe de primauté dans les ordres communautaires: l’exemple de l’UEMOA*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 349 ss., secondo la quale la Corte UEMOA, nel porre a fondamento del primato “assoluto” del diritto di tale organizzazione anche l’art. 116 della Costituzione della Repubblica di Mali, avrebbe scelto una base giuridica piuttosto fragile per l’affermazione di un principio di tale portata.

⁴² J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, pp. 3-4; B. DE WITTE, *Retour à Costa*, pp. 425-426.

⁴³ B. DE WITTE, *The European Union*, *cit.*, p. 49: “Given appropriate circumstances, primacy within the domestic legal orders may be inscribed in other international treaties as well”.

⁴⁴ Così anche M. CLAES, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁵ Sul punto, v. per tutti U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d’integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 72 ss.; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *op. cit.*, pp. 1450-1451; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary*

sovranazionale e non potrà dare luogo ad alcuna antinomia con la norma nazionale, rendendo perciò superflua l'applicazione del principio del primato.

Il sindacato di legittimità sugli atti UE, affidato in via esclusiva alla Corte di giustizia⁴⁶, talvolta non costituisce lo strumento ottimale per la protezione degli valori e degli interessi dei singoli Stati membri. In particolare, la tutela dei diritti fondamentali assicurata dal Giudice UE non rappresenta necessariamente una “garanzia analoga” a quella prevista dai giudici nazionali⁴⁷ nella misura in cui la prima si estrinseca “entro l’ambito della struttura e delle finalità” del diritto UE⁴⁸, le cui esigenze di unità ed effettività possono precludere l’applicazione di standard nazionali di protezione più elevati rispetto a quelli fissati dal legislatore europeo⁴⁹.

Peraltro, sentenze come *Digital Rights Ireland*⁵⁰ suggeriscono che talvolta le preoccupazioni degli Stati membri trovano riscontro nelle sale d’udienza del Kirchberg⁵¹: la Corte di giustizia ha infatti dichiarato invalida la direttiva 2006/24 sulla conservazione dei dati, in quanto suscettibile di incidere in misura sproporzionata sulla protezione della vita privata e sulla tutela dei dati personali, ponendosi in un angolo visuale non troppo dissimile da quello assunto, qualche anno prima, dalle Corti costituzionali romana e tedesca nel valutare la compatibilità delle misure nazionali di recepimento di tale direttiva con il diritto alla riservatezza garantito dalle rispettive carte costituzionali⁵².

In secondo luogo, la *risoluzione* dei conflitti normativi postula la loro previa *ricognizione*, il che pertiene al principio della *preemption* piuttosto che a quello del primato⁵³. Rimandando ad altra sede per una disamina più ampia⁵⁴, basti osservare che la

Functions of the Identity Clause, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 299 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 74 ss.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, causa 314/85, punto 20: “le giurisdizioni nazionali non sono competenti a dichiarare l’invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie”.

⁴⁷ Sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3.

⁴⁸ *Ibidem*. A. BERNARDI, *op. cit.*, p. XVI parla al riguardo di criterio della *better law*. In dottrina v. altresì G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, 579 e bibliografia ivi riportata; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1991, p. 626, con ulteriori riferimenti bibliografici; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, 553 ss.; P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell’Unione europea*, in F. GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1997, 260 ss.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 55 ss.

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell’8 aprile 2014, cause riunite C-293 e 594/12.

⁵¹ Cfr. però la sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio (conservazione dei dati)*, in cui i giudici europei hanno respinto le censure relative alla base giuridica impiegata per l’adozione della direttiva 2006/24.

⁵² Cfr. Corte costituzionale romana, sentenza n. 1258 del 9 ottobre 2009; Corte costituzionale federale tedesca, sentenza 2 marzo 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 586/08, 1 BvR 263/08.

⁵³ In tal senso, M. WAELBROECK, *The Emergent Doctrine of Community Pre-emption: Consent and Redlegation*, in T. SANDALOW, E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Oxford, 1982, p. 551: “The problem of pre-emption consists in determining whether there exists a conflict between a national measure and a rule of Community law. The problem of primacy concerns the manner in which such conflict, if it is found to exist, will be resolved”.

⁵⁴ Sia consentito il rinvio a A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2013; A. ARENA, *Exercise of EU Competences and Pre-emption of Member States’ Powers in*

nozione di “antinomia” tra norma UE e diritto nazionale può essere intesa in modo più o meno ampio (dalla preclusione di campo alla preclusione diretta)⁵⁵ e che spesso è lo stesso diritto UE a prevedere “deroghe espresse” che consentono di escludere la sussistenza di un conflitto tra la norma nazionale e la norma sovranazionale in questione.

Vengono in linea di conto, in particolare, due categorie di deroghe espresse, note come “esclusioni” e “giustificazioni”. Le “esclusioni” sottraggono una determinata fattispecie all’ambito applicativo della norma UE, permettendo alle norme nazionali di dettarne la disciplina. Ad esempio, l’art. 45, n. 4, TFUE, sottrae al principio della libera circolazione dei lavoratori “gli impieghi nelle pubblica amministrazione”, consentendo agli Stati membri di riservare ai propri cittadini l’accesso alle forze armate, in polizia, in magistratura, in diplomazia, ecc.⁵⁶ Le “giustificazioni”, invece, consentono agli Stati membri di introdurre o mantenere previsioni in contrasto con una data norma europea, in nome di interessi ritenuti meritevoli di tutela dall’ordinamento UE. L’art. 106, n. 2, TFUE, ad esempio, consente agli Stati membri di derogare a qualsiasi norma dei Trattati, in particolare quelle in materia di concorrenza, nella misura in cui la loro applicazione alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale osti all’adempimento della “specificata missione loro affidata”.

Alcune deroghe espresse contenute nei Trattati sembrano prefigurare un primato “invertito” sul diritto UE delle norme contenute in altri trattati internazionali conclusi dagli Stati membri⁵⁷. Per quanto riguarda gli accordi conclusi *tra gli Stati membri* (c.d. accordi *inter se*), viene in linea di conto l’art. 350 TFUE, che consente ai Paesi del Benelux “di mantenere in vigore, in deroga alle norme dell’Unione, le norme vigenti nell’ambito della loro unione regionale, nella misura in cui detta unione regionale precorre l’attuazione del mercato interno”⁵⁸. Quanto poi agli accordi stipulati *con Stati terzi*, l’art. 347 TFUE “consente a uno Stato membro, in presenza di determinate circostanze eccezionali, di derogare persino a norme comunitarie fondamentali” per far fronte agli impegni assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale⁵⁹. Inoltre, l’art. 351 TFUE comporta la

the Internal and the External Sphere: Towards ‘Grand Unification’?, in *Yearbook of European Law*, 2016, pp. 28-105.

⁵⁵ Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2005, cause riunite C-281 e 282/03, *Cindu Chemicals*, punto 44: “Le disposizioni di questa direttiva hanno un carattere esauriente e il mantenimento o l’adozione da parte degli Stati membri di misure diverse da quelle previste dalla detta direttiva sono incompatibili con l’obiettivo di quest’ultima”.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, Libera circolazione dei lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l’azione della Commissione in materia d’applicazione dell’articolo 48, paragrafo 4, del trattato CEE (in *GUCE C 72* del 18 marzo 1988).

⁵⁷ Cfr. l’art. 30, par. 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede: “Quanto un trattato specifica che esso è subordinato a un trattato anteriore o posteriore o che non deve essere considerato come incompatibile con quest’altro trattato, le disposizioni di quest’ultimo prevalgono”.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, causa C-230/15, *Brite Strike Technologies*, punto 57.

⁵⁹ Ordinanza della Corte di giustizia del 29 giugno 1994, causa C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (misure contro la Macedonia)*, punto 68. Cfr. però la sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, punti 303-304, in cui si afferma che tale disposizione non consente di derogare ai principi di libertà, di democrazia e di rispetto dei diritti dell’uomo. L’art. 347 TFUE consente, inoltre, l’adozione di misure unilaterali per far fronte a “gravi agitazioni interne” ovvero a situazioni di “guerra o di grave tensione internazionale”.

“subordinazione”⁶⁰ del diritto UE ai trattati conclusi con Stati terzi anteriormente al 1° gennaio 1958 ovvero alla data di adesione all’Unione dello Stato membro contraente⁶¹. Tale clausola di deferenza è di ampia portata: con la sola eccezione dei “principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell’ordinamento giuridico comunitario”⁶², tutte le norme di diritto UE, sia primario⁶³ che derivato⁶⁴, devono lasciare spazio agli accordi con Stati terzi⁶⁵, agli atti di organizzazioni internazionali che comprendono Stati terzi⁶⁶, nonché alla normativa degli Stati membri adottata in attuazione di tali impegni internazionali⁶⁷. Le norme di diritto UE incompatibili con le fonti tutelate dall’art. 351 TFUE devono ritenersi prive d’effetto⁶⁸: gli Stati membri sono autorizzati a “disapplicare” tali norme⁶⁹ e non possono essere ritenuti inadempienti per la loro inosservanza⁷⁰.

Anche in questo caso, la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza esclusiva a interpretare le deroghe espresse ed è stata spesso accusata, a torto o a ragione, di farlo in maniera eccessivamente restrittiva. Per quanto attiene alle deroghe operanti sul piano esterno, ad esempio, il Giudice UE ha chiarito che l’art. 351 TFUE fa salvi soltanto *gli obblighi* derivanti a carico degli Stati membri da precedenti accordi internazionali con Stati terzi, non già *i diritti* previsti da tali fonti, ai quali gli Stati membri hanno implicitamente rinunciato aderendo all’UE⁷¹. Volgendo lo sguardo alle deroghe vigenti nella sfera interna, la Corte di giustizia ha affermato che l’esclusione relativa alle attività che partecipano all’esercizio dei pubblici poteri “va limitata alle attività che, di per sé considerate, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all’esercizio dei pubblici poteri”⁷². Del pari, secondo costante giurisprudenza, “la nozione di ordine pubblico, in quanto giustificazione di

⁶⁰ In dottrina, v. per tutti R. MASTROIANNI, *Commento all’art. 351 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione Europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2541 ss.

⁶¹ La *ratio* di tale previsione, in linea con il principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt* codificato all’art. 30, par. 4, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, è garantire che il diritto dell’Unione “non pregiudichi né il rispetto dovuto ai diritti degli Stati terzi derivanti da una convenzione precedentemente stipulata con uno Stato membro, né l’osservanza degli obblighi derivanti da tale convenzione per detto Stato membro” (sentenza della Corte di giustizia dell’11 marzo 1986, causa 121/85, *Conegate*, punto 25).

⁶² Sentenza *Kadi*, punti 303-304.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *Centro-Com*, punto 59.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 1° febbraio 2005, causa C-203/03, *Commissione c. Austria* (convenzione *OIL n. 45*), punto 60.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011, causa C-264/09, *Commissione c. Slovacchia* (*Accordo bilaterale sulla tutela degli investimenti*), punto 51.

⁶⁶ Sentenza *Centro-Com*, punto 59.

⁶⁷ Sentenza *Commissione c. Austria*, punto 58.

⁶⁸ Sentenza *Centro-Com*, punto 57.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2000, causa C-84/98, *Commissione c. Portogallo* (*trasporti marittimi*), punto 59, ove si afferma che la clausola in esame “consente a uno Stato membro di disapplicare una norma comunitaria al fine di rispettare i diritti dei Paesi terzi derivanti da una convenzione antecedente e di osservare i propri corrispondenti obblighi”.

⁷⁰ Sentenza *Commissione c. Austria*, punto 64.

⁷¹ Sentenza *Centro-Com*, punto 60: “quando una convenzione internazionale consente a uno Stato membro di adottare un provvedimento che appare contrario al diritto comunitario, senza tuttavia obbligarlo in tal senso, lo Stato membro deve astenersi dall’adottarlo”.

⁷² Sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2011, causa C-62/08, *Commissione c. Grecia* (*notai*), punto 45.

una deroga ad una libertà fondamentale, deve essere intesa in senso restrittivo”, con la conseguenza che “la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell’Unione europea” e deve essere circoscritta alle sole ipotesi “di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività”⁷³.

Peraltro, non è affatto arduo rinvenire pronunce in cui la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto in capo agli Stati membri un “ampio potere discrezionale” nell’applicazione delle deroghe previste dal diritto UE⁷⁴ ed ha acconsentito al mantenimento di norme nazionali in nome di specifiche esigenze dello Stato membro in questione⁷⁵. Nella sentenza *Omega*, ad esempio, i giudici europei hanno ritenuto che la misura nazionale controversa, che vietava lo sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi, poteva ritenersi giustificata in ragione di motivi di ordine pubblico nella misura in cui non andava oltre quanto necessario per conseguire il “livello di tutela della dignità umana che la Costituzione nazionale ha inteso assicurare sul territorio della Repubblica federale di Germania”⁷⁶. Più di recente, nella sentenza *Bogendorff*⁷⁷, relativa ad una decisione amministrativa tedesca che negava il riconoscimento di un nome recante elementi nobiliari acquisito da un cittadino tedesco e britannico, la Corte di giustizia non solo ha ribadito che le autorità nazionali dispongono di “un certo potere discrezionale” nell’applicazione della deroga relativa all’ordine pubblico⁷⁸, ma ha affidato direttamente al giudice remittente il compito di effettuare il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco e di valutare la proporzionalità della misura controversa a perseguirli⁷⁹.

In terzo luogo, nell’ambito dell’applicazione del principio della *preemption*, l’attività ermeneutica permette talvolta di individuare delle “deroghe implicite” alla norma UE che ne permettono la coesistenza con la norma nazionale. Ad esempio, nella sentenza *TV 10*⁸⁰, la Corte ha affermato che, pur in assenza di un’espressa previsione in tal senso, il principio della libera circolazione dei servizi non precludeva alle autorità olandesi di assoggettare alla disciplina nazionale in materia radiotelevisiva un’emittente che, allo scopo di sottrarsi a tale disciplina, si era stabilita in Lussemburgo, ma trasmetteva programmi rivolti principalmente verso il territorio dei Paesi Bassi⁸¹. In altre parole, i giudici comunitari hanno individuato una deroga implicita al principio di libera circolazione dei servizi per l’ipotesi di “abuso del diritto”, ed hanno così reso possibile la coesistenza con tale principio di una normativa nazionale finalizzata a salvaguardare la libertà di espressione nel settore radiotelevisivo⁸².

Ancora una volta, la Corte di giustizia è sovrana nella ricognizione delle deroghe implicite al diritto UE. Ad esempio, nella sentenza *Ezernieki* i giudici europei

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, punto 86.

⁷⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, punto 93, e del 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, punto 61.

⁷⁵ Così G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: CEDU e diritto comunitario nell’applicazione dei giudici nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 733.

⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen*, punto 39.

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 2016, causa C-438/14.

⁷⁸ *Ivi*, punto 68. Cfr. inoltre la sentenza *Sayn-Wittgenstein*, punto 86.

⁷⁹ Sentenza *Bogendorff*, punto 78 ss.

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994, causa C-23/93.

⁸¹ *Ivi*, punti 20-21.

⁸² *Ivi*, punto 18.

hanno rifiutato di riconoscere la vigenza di un “principio di equità” che impone di derogare ad una norma di diritto UE qualora essa “implichi, per l’interessato, un rigore che il legislatore UE avrebbe manifestamente cercato di evitare se avesse tenuto presente tale ipotesi nel momento di adozione della norma stessa”⁸³. Secondo la Corte, difatti, il concetto di “equità” non consente di derogare al diritto UE “al di fuori dei casi previsti dalla normativa dell’Unione o nell’ipotesi in cui la normativa stessa sia dichiarata invalida”⁸⁴. Di conseguenza, il beneficiario di un aiuto pluriennale è stato obbligato a restituire integralmente l’aiuto già erogato per effetto dell’omessa presentazione di una domanda annuale di pagamento di tale aiuto in relazione all’ultimo anno del periodo di impegno quinquennale.

Eppure, in altre circostanze, l’individuazione di una deroga implicita ha consentito di mantenere in vigore misure nazionali persino in settori disciplinati in maniera esaustiva a livello UE. Ad esempio, sebbene secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale le deroghe all’obbligo di esecuzione di un mandato d’arresto europeo siano tassativamente previste dalla decisione quadro 2002/584/GAI⁸⁵, nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁸⁶ la Corte ha affermato che tale decisione quadro consente all’autorità giudiziaria di uno Stato membro di rinviare e, al limite, anche di rifiutare l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo fino all’ottenimento di informazioni che le consentano di escludere il rischio che la persona interessata sia sottoposta a trattamenti inumani o degradanti nello Stato membro in cui tale mandato è stato emesso⁸⁷. E ciò in quanto la decisione quadro si fonda sui principi di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca⁸⁸, che possono ammettere limitazioni “in circostanze eccezionali”⁸⁹, nonché sul rispetto dei diritti fondamentali⁹⁰, quali il rispetto della dignità umana ed il divieto di trattamenti inumani e degradanti, che rientrano tra i “valori fondamentali dell’Unione e dei suoi Stati membri”⁹¹. Sebbene tale deroga implicita sia estremamente circoscritta e non consenta ai giudici degli Stati membri di invocare la violazione di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali per sottrarsi all’obbligo di consegna⁹², essa potrebbe nondimeno rivelarsi sufficiente a scongiurare il contrasto tra la decisione quadro e la normativa tedesca applicabile nel procedimento principale, che considera illegittimi i procedimenti di assistenza giudiziaria condotti in violazione dei “principi essenziali dell’ordinamento giuridico tedesco” e dei “principi sanciti dall’art. 6 TUE”⁹³.

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 2016, causa C-273/15, punto 56.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Cfr. sentenze della Corte del 28 giugno 2012, causa C-192/12 PPU, *West*, punto 55; del 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*; sentenza *Melloni*, punto 38.

⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, cause riunite C-404 e 659/15 PPU.

⁸⁷ *Ivi*, punto 88 ss.

⁸⁸ Su tali principi v. per tutti B. NASCIBENE, *Riflessioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 520 ss.

⁸⁹ *Ivi*, punto 82. Cfr. inoltre il parere della Corte del 19 dicembre 2014, n. 2/13, *Progetto di accordo per l’adesione dell’UE alla CEDU*, punto 191.

⁹⁰ Sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, punto 83.

⁹¹ *Ivi*, punto 87.

⁹² Così G. ANAGNOSTARAS, *Mutual Confidence Is not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1687, secondo il quale la pronuncia in commento “cannot be interpreted as an exception to the absolute primacy of EU law over the constitutional provisions of fundamental rights”.

⁹³ Sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, punti 79-80.

In quarto luogo, il principio dell’interpretazione conforme spesso permette di individuare una lettura della norma nazionale che non sia incompatibile con il diritto UE, facendo venir meno, ancora una volta, l’antinomia che costituisce il presupposto dell’applicazione del principio del primato⁹⁴. Ad esempio, nella sentenza *Von Colson*, la Corte di giustizia ha affermato che andava privilegiata l’interpretazione del diritto nazionale che consentiva di corrispondere alle vittime di pratiche discriminatorie un risarcimento adeguato al danno subito, in quanto l’altra opzione interpretativa, che prevedeva il riconoscimento di un indennizzo meramente simbolico, non poteva ritenersi conforme alle esigenze di efficace trasposizione della direttiva 76/207⁹⁵. Inoltre, nella sentenza *Melki*, sulla quale si tornerà in seguito, il meccanismo di controllo preventivo di costituzionalità introdotto nell’ordinamento francese sembrava inconciliabile con il funzionamento della procedura di rinvio pregiudiziale⁹⁶, ma la Corte di giustizia ha affermato che una determinata interpretazione delle norme nazionali in questione poteva risultare conforme ai requisiti dell’art. 267 TFUE⁹⁷.

4. Se la norma UE è valida e non è possibile individuare alcuna deroga, espressa o implicita, che ne consenta la coesistenza con la norma nazionale confliggente, troverà applicazione il principio del primato. Ciò comporta l’obbligo per i legislatori nazionali di abrogare o modificare senza indugio la norma nazionale incompatibile. Inoltre, se quest’ultima contrasta con una norma UE dotata di efficacia diretta, i giudici e le amministrazioni nazionali devono procedere immediatamente alla disapplicazione di tale norma (c.d. disapplicazione primaria)⁹⁸.

Ma i giudici nazionali sono *sempre* tenuti a disapplicare le norme nazionali che contrastano con le norme dell’Unione direttamente efficaci? A fornire una risposta negativa è, ancora una volta, la stessa Corte di giustizia, che a partire dalla sentenza *Winner Wetten* ha contemplato la possibilità di una “sospensione provvisoria dell’effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell’Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma”⁹⁹. In tale occasione, peraltro, i giudici europei hanno ritenuto che non sussistessero esigenze imperative di certezza del diritto tali da giustificare il mantenimento in vigore di una disciplina nazionale sulle scommesse sportive incompatibile con le regole sul mercato interno¹⁰⁰. Nondimeno, non sembra potersi escludere che, in circostanze fattuali diverse, i giudici dell’Unione possano acconsentire alla temporanea sospensione dell’obbligo di disapplicazione sulla base di esigenze legate alla tutela della certezza del diritto.

⁹⁴ In dottrina, si vedano in particolare i contributi di E. CANNIZZARO, R. BIN, R. BARATTA e J. ZILLER al volume di A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione Europea: profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli 2014.

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, causa 14/83, punti 23-28.

⁹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, punto 47.

⁹⁷ *Ivi*, punto 48 ss.

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, punto 21. In alcune circostanze, anche le norme UE prive di effetto diretto possono produrre un “effetto di esclusione” delle norme nazionali incompatibili: cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International*, punto 54. Per una disamina del rapporto tra primato ed effetto diretto nella giurisprudenza recente, v. D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2017, p. 249 ss.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell’8 settembre 2010, causa C-409/06, punto 67.

¹⁰⁰ *Ivi*, punti 67-68.

Nella successiva sentenza *Inter-Environnement Wallonie*, i magistrati europei hanno invece autorizzato il giudice remittente a fare temporaneamente salvi gli effetti di un provvedimento nazionale adottato in violazione delle prescrizioni della direttiva 2001/42 sulla valutazione di impatto ambientale, in quanto il vuoto giuridico prodotto dalla disapplicazione di tale provvedimento avrebbe causato maggior pregiudizio alla tutela dell'ambiente, contraddicendo così l'obiettivo essenziale perseguito dal legislatore UE¹⁰¹. Peraltro, il tenore della sentenza lasciava intendere che la sospensione dell'obbligo di disapplicazione fosse legata alla particolarità del provvedimento nazionale in questione, che recava misure di trasposizione della direttiva 91/676 relativa all'inquinamento da nitrati¹⁰², subordinata ad una previa autorizzazione da parte della Corte di giustizia¹⁰³.

Nella recente pronuncia *Association France Nature Environnement*¹⁰⁴, invece, la Corte ha chiarito che la sospensione dell'obbligo di disapplicazione può riguardare “ogni misura che, per quanto adottata in violazione degli obblighi previsti dalla direttiva 2001/42, contribuisca alla corretta trasposizione del diritto dell'Unione nel settore della tutela dell'ambiente”¹⁰⁵. Inoltre, la Corte ha precisato che, sebbene i giudici di ultima istanza debbano “in linea di principio” rivolgersi ad essa per essere autorizzati a disporre tale sospensione, essi sono dispensati da tale obbligo se possono dimostrare che non sussistano ragionevoli dubbi riguardo all'applicazione al caso di specie delle condizioni specificate nella sentenza *Inter-Environnement Wallonie*¹⁰⁶.

Nella sentenza *Association France Nature Environnement*, peraltro, al riconoscimento ai giudici nazionali di un autonomo potere di sospendere temporaneamente l'obbligo di disapplicazione, funzionale a conciliare “il primato del diritto dell'Unione con (...) l'imperativo della tutela dell'ambiente”¹⁰⁷, si accompagna la precisazione che tale “eccezionale facoltà” deve essere esercitata “soltanto caso per caso e non astrattamente o globalmente”¹⁰⁸, in quanto l'applicazione uniforme del diritto UE risulterebbe gravemente pregiudicata “se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione”¹⁰⁹.

Tali *caveat* sembrano invece assenti nella sentenza *Taricco II*¹¹⁰, in cui la Corte di giustizia, (re)interpretando la precedente sentenza *Taricco I*¹¹¹, ha affermato che i giudici nazionali sono esonerati dall'obbligo di disapplicare le disposizioni interne sulla prescrizione – che ostino, in violazione dell'art. 325, par. 1 TFUE, all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave a danno degli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, in contrasto con l'art. 325, par. 2, TFUE, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i reati a danno degli interessi finanziari nazionali – quando tale obbligo risulta incompatibile con i

¹⁰¹ Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 2012, causa C-41/11, punto 63.

¹⁰² *Ivi*, punto 59.

¹⁰³ *Ivi*, punto 58.

¹⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2016, causa C-379/15.

¹⁰⁵ *Ivi*, punto 39.

¹⁰⁶ *Ivi*, punto 53.

¹⁰⁷ *Ivi*, punto 36.

¹⁰⁸ *Ivi*, punto 40.

¹⁰⁹ *Ivi*, punto 33.

¹¹⁰ Sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17.

¹¹¹ Sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14.

principi di determinatezza ed irretroattività, corollari del principio di legalità in materia penale¹¹². In particolare, secondo la Corte, l’obbligo di disapplicazione a carico del giudice nazionale viene meno se conduce a “una situazione di incertezza nell’ordinamento (...) quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile”, incompatibile con il principio di determinatezza¹¹³, ovvero se comporta l’applicazione retroattiva a determinati imputati di un regime di prescrizione “più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”, in spregio del principio di irretroattività¹¹⁴.

In sostanza, nella sentenza *Taricco II* la Corte di giustizia sembra aver deman- dato al giudice nazionale il bilanciamento tra il primato del diritto UE ed il principio di legalità in materia penale, lasciando a tale giudice non solo la facoltà di definire la portata di quest’ultimo sulla base del proprio ordinamento¹¹⁵ (anche in maniera più ampia rispetto alla declinazione di tale principio accolta, ad esempio, nel contesto CEDU)¹¹⁶, ma anche il potere di accertare in piena autonomia la ricorrenza dei pre- supposti della sospensione dell’obbligo di disapplicazione primaria. In altre parole, parrebbe che, sia pure limitatamente ad un settore delicato e non ancora compiuta- mente armonizzato quale quello della disciplina della prescrizione dei reati in materia di IVA, la Corte di giustizia abbia conferito al giudice nazionale proprio quel “potere di attribuire alle norme nazionali il primato” che, poco più di un anno prima, aveva ritenuto inconciliabile con le esigenze di uniforme applicazione del diritto UE¹¹⁷.

In definitiva, sembra potersi concludere che la certezza del diritto, la tutela dell’ambiente ed il principio di legalità in materia penale possano costituire, nelle circostanze specificate dalla Corte, dei valori suscettibili di bilanciamento con il principio del primato del diritto UE e, quindi, dei limiti “interni” all’obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con norme UE dotate di efficacia diretta. Tali eccezioni, senza dubbio, confermano la regola del primato: ma una regola che ammette eccezioni non può, per definizione, ritenersi “assoluta”¹¹⁸.

5. Nella sentenza *Simmenthal*, la Corte di giustizia ha affermato che, in caso di conflitto tra una norma UE dotata di effetto diretto e una norma nazionale, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare non solo la norma interna confliggente (c.d. disap- plicazione primaria), ma anche tutte le altre norme procedurali¹¹⁹ e gli orientamenti giurisprudenziali (anche di corti superiori¹²⁰ o costituzionali)¹²¹ che impediscono, sia

¹¹² Sentenza *Taricco II*, punto 62.

¹¹³ *Ivi*, punto 59.

¹¹⁴ *Ivi*, punto 60.

¹¹⁵ *Ivi*, punti 45 e 58.

¹¹⁶ Cfr. sentenza *Taricco I*, punto 57 e giurisprudenza della Corte EDU *ivi* citata.

¹¹⁷ Sentenza *Association France Nature Environnement*, punto 33.

¹¹⁸ Cfr. U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 502, secondo il quale già nella sentenza *Taricco I* poteva evincersi che “la disapplicazione delle disposizioni italiane non è prescritta in maniera assoluta”.

¹¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, punti 20-21.

¹²⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, punto 30; 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*, punto 39; 8 novembre 2016, causa C-554/14, *Ognyanov*, punti 69-70.

¹²¹ Sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 2009, *Filipiak*, causa C-314/08, punto 84; 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan e a.*, punto 73.

pur temporaneamente, di porre rimedio ad una situazione contrastante con il diritto UE (c.d. disapplicazione secondaria)¹²².

Peraltro, lo stesso ordinamento UE pone dei limiti all'obbligo di disapplicazione secondaria, consentendo agli organi statali di continuare ad applicare, ad esempio, le norme interne relative al principio della *res iudicata*, anche quando esse precludano la correzione di un orientamento giurisprudenziale¹²³ o di una prassi amministrativa¹²⁴ in contrasto con il diritto UE. I giudici europei hanno infatti osservato che, tenuto conto dell'importanza che il principio dell'intangibilità del giudicato assume per garantire la stabilità dei rapporti giuridici e la buona amministrazione della giustizia nell'ordinamento UE e negli ordinamenti nazionali¹²⁵, gli Stati membri devono ritenersi in linea di principio liberi di definire le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata, nel rispetto dei principi di effettività ed equivalenza¹²⁶.

La Corte di giustizia, peraltro, è intervenuta per limitare la portata del principio della *res iudicata* laddove la sua estensione poteva mettere in discussione il principio di effettività¹²⁷: nella sentenza *Olimpiclub*, ad esempio, il Giudice UE ha affermato che l'autorità di cosa giudicata di una pronuncia emessa nei confronti di un dato contribuente e relativa ad una determinata annualità non si estendeva alle decisioni rivolte al medesimo contribuente, ma relative ad altri periodi d'imposta¹²⁸; nella sentenza *Banco Primus*, del pari, la medesima Corte ha statuito che una sentenza definitiva relativa al carattere abusivo di determinate clausole di un contratto non precludeva la possibilità di sindacare, in un successivo giudizio, l'eventuale abusività di altre clausole del medesimo contratto¹²⁹.

Inoltre, il principio della cosa giudicata non sembra costituire un limite all'obbligo di disapplicazione secondaria in materia di aiuti di Stato. Nella celebre sentenza *Lucchini*, la Corte di giustizia ha difatti disposto la disapplicazione dell'art. 2909 c.c. nella misura in cui poteva interferire con la competenza esclusiva della Commissione a dichiarare un determinato aiuto incompatibile con il mercato comune e ostacolarne il recupero¹³⁰. Sebbene nella successiva sentenza *Pizzarotti* i giudici UE abbiano affermato che la sentenza *Lucchini* riguardava "una situazione

¹²² Sentenza *Simmenthal*, punti 22-23.

¹²³ Sentenze della Corte di giustizia del 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, punto 21; 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, punto 48.

¹²⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV*, punto 24, in cui si afferma che "il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito (...) carattere definitivo" a seguito della "scadenza di termini ragionevoli di ricorso" ovvero dell'"esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale".

¹²⁵ *Ivi*, punto 20; sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punto 38.

¹²⁶ Sentenza *Kapferer*, punto 22; sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Olimpiclub*, punto 24. Per quanto riguarda l'applicazione del principio di equivalenza alle regole nazionali in materia di cosa giudicata, si vedano, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom*, punti 49-59; 6 ottobre 2015, causa C-69/14, *Târșia*, punti 32-35.

¹²⁷ In dottrina, v. per tutti E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 659 ss.

¹²⁸ Sentenza *Olimpiclub*, punto 32.

¹²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2017, causa C-421/14, punto 54.

¹³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, punto 63.

del tutto particolare”¹³¹, i medesimi giudici non hanno esitato a disporre la disapplicazione delle regole interne sul giudicato nella successiva sentenza *Klausner*, anch’essa in materia di aiuti di Stato¹³².

Un ulteriore limite all’obbligo di disapplicazione secondaria attiene alle norme nazionali relative al controllo preventivo di costituzionalità delle leggi, nei casi in cui la medesima norma nazionale appaia simultaneamente contraria al diritto UE ed alle norme costituzionali dello Stato membro in questione.¹³³ Nella controversa sentenza *Melki*, difatti, la Corte ha affermato che il carattere prioritario di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale consente al giudice nazionale di non disapplicare immediatamente una norma nazionale che ritenga contraria al diritto UE nelle more di tale scrutinio di costituzionalità, a condizione che tale giudice possa “adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione” e possa “disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi se egli la ritenga contraria al diritto dell’Unione”¹³⁴. Da tale statuizione, ribadita più di recente nella sentenza *A c. B*¹³⁵, sembra potersi dedurre che, in assenza dei presupposti per l’adozione dei provvedimenti cautelari, l’obbligo di disapplicazione gravante sui giudici nazionali resta *temporaneamente sospeso* fino alla conclusione del procedimento incidentale di legittimità costituzionale¹³⁶. Tale lettura, come sottolineato in dottrina, non soltanto appare distonica rispetto all’obbligo di disapplicazione secondaria enunciato nella sentenza *Simmenthal*, ma sembra lasciare sullo sfondo le esigenze di tutela del singolo rispetto a quelle del dialogo tra le Corti¹³⁷.

Da ultimo, con la sentenza n. 269 del 2017¹³⁸, anche la Corte costituzionale italiana sembra essersi adeguata a tale versione “temperata” dell’obbligo di disapplicazione secondaria con riferimento alle norme nazionali suscettibili di confliggere, al contempo, con “le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana” e con le garanzie “codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione”¹³⁹. Posto che, per i giudici di Via della Consulta, la Carta avrebbe un “contenuto di impronta tipicamente costituzionale”, si rivela necessario assoggettarne le eventuali violazioni ad un comune sindacato di costituzionalità affidato al Giudice delle leggi e ciò “anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali” e ne sia garantita “la massima salvaguardia (...) a livello sistemico”¹⁴⁰. Pertanto, laddove una legge o un atto dotato di forza

¹³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*, punto 61.

¹³² Sentenza della Corte di giustizia dell’11 novembre 2015, causa C-505/14, punto 46.

¹³³ Così R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 4097, per il quale la giurisprudenza della Corte di giustizia a tale riguardo si rivelerebbe idonea a “limitar[re] la portata” del principio del primato, “sino a quel momento assoluta con la sola parziale eccezione del giudicato nazionale”.

¹³⁴ Sentenza *Melki*, punto 53.

¹³⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell’11 settembre 2014, causa C-112/13, punto 40.

¹³⁶ Cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia*, cit., pp. 4092-4093, il quale evidenzia che, mentre la procedura francese di controllo di costituzionalità si svolge in tempi piuttosto ridotti, la corrispondente procedura prevista dall’ordinamento austriaco non prevede una scansione temporale altrettanto rigida.

¹³⁷ *Ivi*, pp. 4100-4101.

¹³⁸ Sentenza del 7 novembre 2017, n. 269, *Ceramica Sant’Agostino*.

¹³⁹ *Ivi*, punto 5.2 della parte in diritto.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

analoga sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali UE il giudice nazionale è tenuto, fatto salvo il ricorso, anche successivo, al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, a sollevare una questione di legittimità costituzionale¹⁴¹, e ciò – sembrerebbe – anche quando le disposizioni della Carta asseritamente violate sono dotate di efficacia diretta¹⁴².

Tale pronuncia apre non pochi interrogativi, in quanto si fonda su un criterio “assiologico-sostanziale”¹⁴³ tutt’altro che univoco, *c’est à dire* la valenza “costituzionale” della Carta. Come dovrà regolarsi il giudice comune se il dubbio di compatibilità attiene non già direttamente alle norme della Carta, bensì ai principi generali ivi sottesi, ovvero a diritti fondamentali da essa non contemplati¹⁴⁴? *Quid iuris* se la violazione della Carta è dedotta insieme al contrasto con norme del TFUE sul mercato interno o con norme di diritto derivato, come richiesto dall’art. 51 della Carta ai fini dell’applicabilità di quest’ultima alla condotta degli Stati membri? Come si concilia, inoltre, l’espansione delle prerogative della Corte costituzionale con la perdurante facoltà del giudice *a quo* di disapplicare, se del caso con il conforto della Corte¹⁴⁵, le pronunce emesse all’esito del giudizio di costituzionalità¹⁴⁶?

Quale che sia la risposta a tali quesiti, appare innegabile che la sentenza n. 269 del 2017 si ponga, sia pure in maniera non del tutto convincente, nel solco tracciato dalle pronunce *Melki* e *A c. B.*, ribadendo quindi il carattere “non assoluto” dell’obbligo di disapplicazione secondaria.

6. Come è noto, le giurisdizioni di alcuni Stati membri non hanno ritenuto sufficienti i limiti “interni” al principio del primato, come declinati dalla Corte di giustizia, a tutelare adeguatamente determinati valori nazionali ed hanno perciò apposto

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Cfr. P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell’Unione Europea – Osservatorio Europeo*, dicembre 2017, pp. 17-18.

¹⁴³ L’espressione è di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, n. 3, p. 5 ss.

¹⁴⁴ Sul punto, v. per tutti C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell’accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2016, p. 22 ss.

¹⁴⁵ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, punto 26, in cui si afferma che il giudice nazionale di ultima istanza è tenuto ad operare il rinvio pregiudiziale anche nel caso in cui, nell’ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato in questione abbia già valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce di norme costituzionali aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto UE eventualmente rilevanti in sede pregiudiziale. Cfr. inoltre l’ordinanza n. 3821/18, con cui la Cassazione ha chiesto alla Corte costituzionale di fornire chiarimenti circa la perdurante facoltà del giudice comune di disapplicare le norme interne che abbiano superato il sindacato preventivo di legittimità costituzionale anche sotto il profilo della conformità alla Carta dei diritti fondamentali.

¹⁴⁶ Al riguardo, v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia*, cit., p. 4098 secondo il quale la giurisprudenza *Melki* costituirebbe “una sorta di regalo avvelenato” alle corti costituzionali nazionali. Cfr. inoltre C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea – Osservatorio Europeo*, dicembre 2017, pp. 17-18, secondo la quale la sentenza 269/2017 potrebbe “ingenerare tensioni tra i giudici comuni (specie se di ultima istanza) e la Consulta”.

ulteriori limiti “esterni” all’applicazione del primato nei rispettivi ordinamenti. Da *Frontini*¹⁴⁷ a *M.A.S.* in Italia¹⁴⁸, da *Solange*¹⁴⁹ a *Gauweiler*¹⁵⁰ in Germania, passando per *Holubec*¹⁵¹ in Repubblica Ceca e *Ajos*¹⁵² in Danimarca, il fondamento teorico di tali limiti esterni è sostanzialmente il medesimo: se il primato del diritto UE nell’ordinamento nazionale deriva da un trasferimento di sovranità attuato in virtù di norme (costituzionali) degli Stati membri, i principi fondanti del medesimo ordinamento costituiscono un limite a tale cessione di sovranità e quindi all’applicazione del primato sul piano interno¹⁵³. Posto che tali pronunce sono senz’altro suscettibili di definire il rango delle norme UE *dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, occorre invece chiedersi se le medesime siano idonee ad operare un temperamento del principio del primato *anche dal punto di vista del diritto UE*, così da escludere la prevalenza di quest’ultimo in caso di conflitto con determinati principi-cardine degli ordinamenti degli Stati membri.

Secondo la Corte di giustizia, il primato del diritto UE si fonda, oltre che sul trasferimento di poteri sovrani attuato dagli Stati membri, sulla volontà di questi ultimi quali parti contraenti dei Trattati istitutivi¹⁵⁴. Sennonché, la prassi successiva delle parti nell’applicazione di un trattato può dar vita ad un accordo tra le parti circa l’interpretazione degli obblighi pattizi¹⁵⁵ e, in tal modo, ampliarne o ridurne la portata¹⁵⁶. Si può quindi ipotizzare che un rifiuto costante e prolungato, da parte delle giurisdizioni supreme o costituzionali degli Stati membri, di applicare il diritto UE quando quest’ultimo contrasta con i principi-cardine dei rispettivi ordinamenti possa determinare un temperamento “dall’esterno” della portata del principio del primato anche dal punto di vista dell’ordinamento UE¹⁵⁷?

La risposta a tale quesito sembra negativa, posto che, come opportunamente rilevato in dottrina, è il diritto UE a regolare la prassi degli Stati membri e non

¹⁴⁷ Sentenza *Frontini*.

¹⁴⁸ Ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24, *M.A.S.*

¹⁴⁹ Sentenza del 29 maggio 1974, BvL 52/71.

¹⁵⁰ Sentenze del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13; 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13.

¹⁵¹ Sentenza del 31 gennaio 2012, Pl.Ús 5/12.

¹⁵² Sentenza del 6 dicembre 2016, 15/2014.

¹⁵³ Così M. CLAES, *op. cit.*, p. 194.

¹⁵⁴ Cfr. sentenza *Costa c. ENEL*.

¹⁵⁵ Cfr. il citato art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Sulla rilevanza delle prassi giudiziarie delle parti ai fini della formazione di un accordo fra le parti circa l’interpretazione di un trattato, cfr. O. DÖRR, *op. cit.*, p. 555, punto 78.

¹⁵⁶ Ad esempio, la Corte internazionale di giustizia ha avuto riguardo alla prassi successiva degli Stati aderenti all’OMS per escludere che l’uso delle armi nucleari nell’ambito di un conflitto armato rientrasse nelle competenze di tale organizzazione: v. il parere consultivo dell’8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, punti 55-56.

¹⁵⁷ Per un esempio di tale modifica “decentrata” di norme internazionali diverse da quelle rientranti nell’ordinamento UE, cfr. la sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 238, *S.F.*, punto 3.3 della parte in diritto, in cui si auspica che tale pronuncia possa promuovere un’evoluzione del principio consuetudinario dell’immunità dalla giurisdizione, pervenendo all’esclusione da tale beneficio dei crimini di guerra e contro l’umanità. Cfr. inoltre O. FERRAJOLO, *La sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale e i suoi seguiti: alcune osservazioni a favore di un approccio costruttivo alla teoria dei “contro-limiti”*, dicembre 2016, reperibile *online*, p. 22, secondo la quale la sentenza della Corte di giustizia costituzionale potrebbe configurare “una possibile eccezione all’irrelevanza del diritto interno quale causa di esclusione dell’illiceità della violazione di un obbligo internazionale”.

viceversa¹⁵⁸. La Corte di giustizia ha difatti chiarito che il contenuto dei Trattati istitutivi non può essere modificato “se non mediante una revisione da effettuarsi ai sensi dell’art. [48 TUE]”¹⁵⁹, che “una semplice prassi non può prevalere sulle norme del Trattato”¹⁶⁰, né “derogare a [tali] norme” o creare un “precedente che vincoli le istituzioni dell’[Unione]”¹⁶¹. Infatti, la stessa Corte non si serve del canone della prassi successiva se non per l’interpretazione degli accordi internazionali conclusi dall’UE con soggetti terzi¹⁶².

Pertanto, il rifiuto di applicare il principio del primato da parte dei giudici di uno Stato membro non potrebbe legittimare, in punto di diritto UE, i giudici di altri Stati membri a fare altrettanto, concorrendo così a ridefinire “dall’esterno” la portata del principio del primato. Secondo un consolidato orientamento, difatti, “uno Stato membro non può, in alcun caso (...) invocare l’eventuale disconoscimento del Trattato da parte di un altro Stato membro per giustificare la propria inosservanza”¹⁶³. La situazione non muterebbe se la stessa Guardiana dei Trattati restasse inerte dinanzi alla ribellione dei giudici nazionali al principio del primato, posto che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, “anche qualora la Commissione contravvenga ai suoi doveri (...) ciò non dispensa uno Stato membro dagli obblighi impostigli (...) in applicazione del Trattato”¹⁶⁴.

Sembra, perciò, che, in assenza una revisione dei Trattati istitutivi, gli Stati membri non possano aspirare ad un temperamento “dall’esterno” del principio del primato. A ben vedere, ciò non desta sorpresa neanche dal punto di vista del diritto internazionale: il canone ermeneutico della prassi successiva, al pari delle altre previsioni della Convenzione di Vienna, trova applicazione ai trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali solo in via sussidiaria rispetto alle “norme pertinenti dell’organizzazione”¹⁶⁵. Non stupisce, al riguardo, che i Trattati istitutivi di “un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale”¹⁶⁶, prevedano delle regole specifiche in materia d’interpretazione del diritto UE, che affidano tale compito in via esclusiva alla Corte di giustizia e che non attribuiscono rilevanza ai fini ermeneutici alla prassi successiva degli Stati membri¹⁶⁷.

¹⁵⁸ Così G. NOLTE, *Jurisprudence under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice: Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time*, in G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 301.

¹⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell’8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, punto 58.

¹⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, causa C-327/91, *Francia c. Commissione (cooperazione antitrust)*, punto 36.

¹⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 1988, causa 68/86, *Regno Unito c. Consiglio (ormoni)*, punto 24.

¹⁶² Cfr. G. NOLTE, *op. cit.*, p. 301.

¹⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1984, causa 325/82, *Commissione c. Germania (franchigia bagagli)*, punto 11.

¹⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1966, cause riunite 52 e 55/65, *Germania c. Commissione (ovini)*.

¹⁶⁵ Cfr. art. 5 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

¹⁶⁶ Sentenza *van Gend & Loos*.

¹⁶⁷ Cfr. il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, punto 19, ove si afferma che gli accordi istitutivi di organizzazioni internazionali “are treaties of a particular type” suscettibili di sollevare “specific problems of interpretation” e che la prassi successiva delle organizzazioni stesse è un elemento “which may deserve special attention”.

Peraltro, la circostanza che la giurisprudenza interna agli Stati membri non possa modificare “dall’esterno” il principio del primato del diritto UE non vuol dire che essa non possa influenzare, in maniera più o meno evidente, la Corte di giustizia nella declinazione dei limiti “interni” al medesimo principio. Posto che l’applicazione del principio del primato spetta in ogni caso agli organi degli Stati membri, rispetto ai quali l’UE dispone di limitati strumenti di coazione, sarebbe semplicemente irrealistico ritenere che la Corte di giustizia non tenga in alcun conto tali circostanze¹⁶⁸.

Secondo diversi esponenti della dottrina, difatti, i moniti provenienti dalle giurisdizioni di alcuni Stati membri avrebbero svolto un ruolo essenziale nel far sì che la Corte di giustizia “prendesse sul serio” la tutela dei diritti fondamentali¹⁶⁹. Ad esempio, mentre nelle pronunce pregiudiziali più risalenti la Corte di giustizia si riservava, sulla base delle specifiche circostanze del caso, la facoltà di dichiarare l’invalidità dei regolamenti comunitari solo per l’avvenire, privando le parti del procedimento principale degli effetti di tale declaratoria¹⁷⁰, in tempi più recenti i giudici comunitari sono pervenuti alla soluzione opposta sulla base di motivazioni non dissimili da quelle espresse dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza *Fragd*¹⁷¹, ossia che limitare gli effetti dell’invalidità alle controversie future avrebbe menomato il diritto alla tutela giurisdizionale delle parti del procedimento principale¹⁷².

Tale dinamica di “internalizzazione” dei limiti “esterni” al primato da parte della Corte di giustizia risulta del tutto evidente nelle recenti pronunce in tema di prescrizione dei reati lesivi degli interessi finanziari UE¹⁷³: mentre nella sentenza *Taricco I* il Giudice UE aveva affermato che la disapplicazione *in malam partem* delle norme

¹⁶⁸ Sul punto, A. PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, The Hague, 1997, p. 231, osserva che come il Presidente della Commissione non può inviare le forze armate per far rispettare una sentenza della Corte di giustizia, così come il Presidente Eisenhower fece a Little Rock nel 1959 per assicurare l’osservanza della sentenza *Brown c. Topeka*, che aveva dichiarato incostituzionale la segregazione razziale nelle scuole pubbliche. Cfr., inoltre, M. CAPPELLETTI, D. GOLAY, *The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: its Impact on Integration*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.J.H. WEILER (eds.), *Integration Through Law*, Berlino, 1986, p. 333, secondo i quali, a differenza della Corte suprema USA, la Corte di giustizia non ha altri poteri se non quelli che derivano dal proprio prestigio istituzionale e dalla forza intellettuale e morale delle proprie pronunce.

¹⁶⁹ Si vedano, fra gli altri, J. COPPEL, A. O’NEILL, *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, in *Legal Studies*, 1992, pp. 227-245; A. MENÉNDEZ, *Chartering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 471-490.

¹⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 1980, causa 145/79, *Roquette*, punto 53.

¹⁷¹ Sentenza del 13 aprile 1989, punto 4.2 della parte in diritto.

¹⁷² Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1994, causa C-228/92, *Roquette Frères*, punto 27. In dottrina, cfr. U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità*, cit., p. 499, secondo il quale la Corte di giustizia ha mutato giurisprudenza perché ha “ben inteso” il “monito” della Corte costituzionale contenuto nella sentenza *Fragd*; C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell’Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell’Unione e identità nazionale?*, in A. BERNARDI, C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017, p. 13, secondo la quale il *revirement* della Corte di giustizia è stato motivato dall’esigenza di “evitare il ricorso ai controlli” da parte della Consulta.

¹⁷³ Così M. BASSINI, O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in www.verfassungsblog.de, 5 dicembre 2017, secondo i quali “there is a time for the enforcement of the radical primacy of EU law as in *Melloni* and *Taricco I*, and a time for internalizing the counterlimits, as in the *Taricco II* decision”; P. MORI, *op. cit.*, p. 14, secondo la quale i giudici UE hanno dato “piena considerazione alla contestazione della Corte costituzionale sulla assenza di determinatezza e prevedibilità della legge applicabile e sugli effetti retroattivi della stessa”.

italiane in tema di prescrizione non avrebbe comportato una lesione del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali¹⁷⁴, a seguito della richiesta di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana, in cui quest'ultima ha paventato la possibilità di fare uso dei c.d. controlimiti per tutelare il principio di legalità nella più ampia accezione accolta dall'ordinamento italiano¹⁷⁵, i giudici di Viale Adenauer hanno riconosciuto che la disapplicazione delle norme sulla prescrizione avrebbe potuto comportare l'applicazione retroattiva di un "regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato" in contrasto con il principio di legalità¹⁷⁶, autorizzando il giudice nazionale a non conformarsi all'obbligo di disapplicazione¹⁷⁷.

7. Dalle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti emerge che il principio del primato del diritto UE non può ritenersi "assoluto" per almeno quattro diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, se il carattere "assoluto" di tale principio si identifica con l'ideoneità delle norme UE a prevalere sulle norme costituzionali degli Stati membri, tale attributo ha una ridotta valenza definitoria, in quanto individua una caratteristica che il diritto UE condivide con tutti i trattati internazionali, riconducibile al principio consuetudinario *pacta sunt servanda*. Sebbene la Corte di giustizia abbia per prima esteso l'applicazione di tale principio dai rapporti fra gli Stati membri ai rapporti interni ai rispettivi ordinamenti, tale specificità del diritto UE è stata recepita ed emulata dai giudici di altre organizzazioni regionali che perseguono, sul modello dell'esperienza europea, forme d'integrazione più intensa rispetto al modello intergovernativo.

In secondo luogo, a dispetto della centralità evocata dal carattere "assoluto" del principio del primato, quest'ultimo svolge un ruolo del tutto residuale nella definizione dei rapporti interordinamentali, trovando applicazione come *extrema ratio* nelle situazioni di irrimediabile antinomia tra una norma nazionale ed una norma UE che sia valida secondo l'ordinamento sovranazionale e che, in base al medesimo ordinamento, non ammetta deroghe, espresse o desumibili in via interpretativa, che ne consentano la coesistenza con la predetta norma interna. Sebbene il sindacato di legittimità sugli atti UE e la ricognizione delle deroghe al diritto UE restino appannaggio esclusivo della Corte di giustizia, nel declinare tali "presupposti applicativi" del principio del primato nelle singole fattispecie sottoposte al suo esame, tale Corte si è nel complesso dimostrata ricettiva ai valori giuridici tutelati a livello nazionale, talvolta lasciando – come nelle sentenze *Omega* e *Bogendorff* – ai giudici nazionali l'ultima parola nel bilanciamento tra gli interessi in gioco.

In terzo luogo, se per "assoluto" s'intende un principio che non ammette eccezioni, il primato del diritto UE non può ritenersi tale nella misura in cui non impone incondizionatamente la risoluzione delle antinomie interordinamentali attraverso la disapplicazione della norma nazionale confliggente (c.d. disapplicazione primaria). In particolare, l'ordinamento UE consente la temporanea sospensione dell'obbligo di disapplicazione della norma interna in questione laddove quest'ultima sia funzio-

¹⁷⁴ Punti 54-57.

¹⁷⁵ Ordinanza *M.A.S.*, punto 7 della parte in diritto.

¹⁷⁶ Sentenza *Taricco II*, punti 45 e 58.

¹⁷⁷ *Ivi*, punti 60-61. In dottrina, cfr. L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di Giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 132.

nale alla salvaguardia di altri valori giuridici ritenuti meritevoli di tutela, quali la certezza del diritto, la tutela dell’ambiente ed il principio di legalità in materia penale. Inoltre, sebbene in linea di principio il giudice nazionale sia tenuto a disapplicare, oltre alla norma nazionale confliggente, anche ogni altra norma o prassi interna che possa impedire, anche solo temporaneamente, di porre rimedio ad una situazione incompatibile con il diritto UE (c.d. disapplicazione secondaria), quest’ultimo consente ai giudici degli Stati membri di continuare ad applicare le regole nazionali relative all’autorità di cosa giudicata delle pronunce giurisdizionali ed al controllo preventivo di legittimità costituzionale delle leggi che appaiano simultaneamente in contrasto con le norme costituzionali interne e con il diritto UE. Pertanto, posto che lo stesso ordinamento UE contempla dei limiti “interni” al principio del primato, non si vede come quest’ultimo possa ritenersi “assoluto”.

In quarto luogo, sebbene gli ulteriori limiti “esterni” che le giurisdizioni di alcuni Stati membri hanno inteso apporre all’applicazione del diritto UE nei rispettivi ordinamenti non siano, in quanto tali, suscettibili di condurre ad un temperamento di tale principio nella prospettiva del diritto UE, posto che la prassi successiva degli Stati membri non assume rilievo ai fini dell’interpretazione delle norme UE, i moniti posti dai giudici nazionali possono nondimeno influenzare la Corte di giustizia *nell’interpretazione* dei limiti “interni” al principio del primato, inducendola talvolta ad “internalizzare” alcune delle istanze provenienti dagli Stati membri al fine di evitare l’insorgenza di logoranti conflitti interordinamentali. E ciò in quanto *l’applicazione* del principio del primato, a dispetto del suo preteso carattere “assoluto”, compete ai giudici nazionali, sui quali la Corte di giustizia non dispone di significativi mezzi di coazione.

Nel negare il carattere “assoluto” del principio del primato non si intende affermare che i principi supremi sanciti dalle costituzioni nazionali ricevano in ogni caso un livello di tutela ottimale nel contesto dei rapporti interordinamentali, soprattutto nella misura in cui la Corte di giustizia continua a porsi, in linea con la logica integrazionista, come l’arbitro finale nel sindacato della validità degli atti UE, nella ricognizione delle deroghe alle norme sovranazionali, nella declinazione dei limiti “interni” all’obbligo di disapplicazione e nell’eventuale internalizzazione dei limiti “esterni” apposti dalle giurisdizioni nazionali.

Risulta peraltro evidente che, se il primato del diritto UE non è “assoluto”, gli appelli alla disubbidienza giudiziaria volti a limitare la portata di tale principio risultano privati della propria principale giustificazione. Ad ogni buon conto, tali appelli appaiono difficilmente conciliabili con l’appartenenza ad una “Comunità di diritto” dotata di organi giurisdizionali autonomi¹⁷⁸, in quanto ciò postula la rinuncia, da parte degli Stati membri, al potere di “farsi giustizia da sé”¹⁷⁹, tanto più se si considera che detta Comunità, nel perseguire l’unità, contempla una pluralità di mec-

¹⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts*, punto 23: “la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato”.

¹⁷⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1964, cause riunite 90 e 91/63, *Commissione c. Lussemburgo e Belgio (prodotti lattiero-caseari)*. Sull’origine di tale principio v. W. PHELAN, *The Revolutionary Doctrines of European Law and the Legal Philosophy of Robert Lecourt*, in *The European Journal of International Law*, 2017, p. 948 ss.

canismi per accogliere le diversità¹⁸⁰. In definitiva, parafrasando Flaminio Costa, nessuno Stato membro può pretendere di applicare il diritto UE “soltanto in ciò che è d’utilità” ma “non in ciò che possa costituire disturbo”¹⁸¹, perché la partecipazione al processo d’integrazione europea inevitabilmente sottende il principio *qui habet commoda, ferre debet onera*¹⁸².

Abstract

On the “Absolute” Character of the Primacy of European Union Law

The present contribution focuses on the so-called “absolute” character of the primacy of European Union Law, namely its ability to take precedence, without exceptions, on Member States’ law, including national constitutions.

It is argued that precedence over domestic constitutions is not a feature unique to EU law, but a creative development of a well-established principle of international law that EU law shares with the law of other international organizations seeking closer forms of integration among their members.

This article further posits that primacy is but a last-resort tool to solve potential conflicts between EU and national law, many of which can be ruled out via the review of legality of EU legislation or the application of the doctrine of pre-emption. It is also observed that, in the case of actual conflicts between EU and national rules, EU law itself places a number of “internal” limits on the prevalence of EU rules, as different lines of ECJ case-law allow for a temporary suspension of the duty to set aside incompatible national rules when certain general interest goals are at stake.

Finally, this contribution notes that the ECJ has occasionally resolved to “internalize” the “external” limits that certain domestic courts sought to impose on EU primacy by broadening the scope of the “internal” limits that EU law itself places on that principle.

It is thus concluded that EU primacy cannot be regarded as “absolute” and that calls for domestic judicial defiance to that principle are accordingly ill-founded and, at any rate, irreconcilable with the participation in a “community based on the rule of law”.

¹⁸⁰ In tal senso, M. CLAES, *op. cit.*, p. 211.

¹⁸¹ Verbale dell’udienza pubblica presso la Corte di giustizia del 1° giugno 1964, *Costa c. ENEL*, parte III, pp. 5-6. Cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, p. 57, il quale parla di “una concezione di integrazione à la carte, tesa, effettivamente, solo alla unilaterale affermazione dei principi e dei valori propri dell’ordinamento nazionale”.

¹⁸² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia (premi di macellazione)*, punti 24-25: “Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l’equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità (...) scuote dalle fondamenta l’ordinamento giuridico comunitario”.

Loredana Mura*

La tutela dei rapporti familiari del minore *ex art. 8 CEDU* e la sua attuazione nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. La tutela dei rapporti familiari del minore nel quadro delle problematiche di adeguamento dell'ordinamento italiano alla CEDU. Le differenze con l'adattamento al diritto UE. – 2. *Segue*: il margine di apprezzamento statale e le sue modalità di attuazione nelle fattispecie di tutela della vita familiare del minore *ex art. 8 CEDU*. – 3. Le sentenze della Corte EDU sul diritto del minore di vivere nella propria famiglia d'origine e il limite dell'indegnità genitoriale, dell'abuso e dello stato di abbandono. – 4. *Segue*: il vincolo di interpretazione nazionale conforme alla CEDU e la rigida applicazione degli automatismi legislativi da parte italiana. – 5. Le pronunce della Corte EDU sul diritto del minore di conservare i rapporti con gli ascendenti e ciascuno dei rami parentali e la questione della loro funzionalità rispetto all'interesse del minore. – 6. *Segue*: il trattamento del maggiore *favor minoris* previsto nell'ordinamento italiano e il carattere funzionale, in quanto non pregiudizievole al minore, del diritto dei familiari. – 7. Osservazioni conclusive.

1. L'art. 8 sul "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" occupa sicuramente un posto di rilievo nel sistema normativo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). E ciò non soltanto per il suo oggetto ma, altresì, per la sua portata applicativa che, in virtù dell'attività ermeneutica della Corte EDU, ha visto moltiplicarsi le fattispecie rientranti nel suo dominio normativo e i soggetti che le stesse sono destinate a tutelare. Fra questi, una posizione del tutto significativa e autonoma occupa la tutela dei minori e dei rapporti familiari che sono suscettibili di contribuire alla loro crescita, alla formazione della loro identità e della loro personalità. Nei confronti di queste fattispecie riguardanti la vita familiare del minore la Corte di Strasburgo ha messo a punto forme di tutela che mostrano perfino tratti di esclusività e di priorità rispetto a quelle previste per gli altri diritti umani.

A fronte di questi rilevanti interventi e di queste particolari attenzioni che – come si avrà modo di apprezzare meglio nel corso dell'indagine – il sistema CEDU dedica ai minori, il loro recepimento nella prassi deve tuttavia fare i conti con la volontà e la capacità degli Stati parti della CEDU di adeguarsi ad essi. Con riguardo

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Brescia.

all'Italia, è noto che questo adeguamento è apparso fin dalle sue origini piuttosto problematico e controverso, talché ancora oggi si discute di quali debbano essere le modalità con cui il nostro ordinamento dovrebbe conformarsi al sistema CEDU per non incorrere in una sua violazione. E poiché la CEDU – a differenza dei Trattati UE – al di là dell'art. 46 sulla “Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze”, nulla dispone in relazione a tale aspetto, giocoforza è il nostro ordinamento nazionale a poterne – ancora oggi – stabilire sostanzialmente la disciplina: nel caso dell'Italia, è la nostra Corte costituzionale a giocare, come già successo in passato, un ruolo preponderante e decisivo; ruolo che, peraltro, la Corte ha mostrato di volere svolgere in maniera piuttosto incisiva, nonostante le numerose critiche rivolte al suo operato.

È noto che, in questo contesto, un effetto dirimente abbiano assunto le due c.d. “sentenze gemelle” n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007¹ con cui la Corte costituzionale ha illustrato il regime scelto dal nostro legislatore in tema di adeguamento al sistema CEDU, interpretandolo in senso costituzionalmente orientato e differenziandolo, volutamente, da quello stabilito per l'adattamento al sistema UE. Su queste basi, la Consulta ha affermato innanzitutto che l'art. 117, co. 1, nella nuova formulazione introdotta dalla riforma del 2001, ha colmato la lacuna relativa alla mancata copertura costituzionale per le norme internazionali pattizie che erano escluse tanto dalla previsione dell'art. 10 Cost. (che riguarda il solo diritto internazionale consuetudinario), quanto da quella dell'art. 11 Cost. (che riguarderebbe solo i trattati che prevedono “limitazioni di sovranità nazionale”); con specifico riguardo alle norme della CEDU, ha poi confermato che queste ultime, “nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (...), integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali”². Quanto ai compiti del giudice comune, la Corte costituzionale ha rilevato il dovere di astenersi dal praticare un'interpretazione convenzionalmente

¹ Le due note sentenze sono state commentate ampiamente dalla dottrina: *ex multis* v. G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 136 ss.; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 138; P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 409 ss.; M. LUGATO, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 515 ss.; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Rubrica “Studi” di Consulta OnLine* (in www.giurcost.org).

² Per alcuni commenti sull'art. 117 Cost. v. B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Il Foro italiano*, 2002, IV, c. 229 ss.; B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano 2002; G. SERGES, *Art. 117, 1° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, p. 2215 ss.; R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 1 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, *ivi*, 2009, p. 195 ss. Sulla circostanza che l'art. 117 Cost. rappresentasse un'opportunità per disciplinare il tema fondamentale del rispetto degli obblighi internazionali e comunitari in funzione del riparto di competenze fra Stato centrale e regionale v. *amplius* E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002, p. 13 ss.

orientata che lo porti a forzare la portata applicativa della disposizione nazionale senza avere previamente richiesto un pronunciamento *ad hoc* alla Corte costituzionale: “al giudice comune spetta interpretare la norma interna *in modo conforme* alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”. Qualora il tentativo di dare un'interpretazione conforme del diritto interno al diritto CEDU fallisca, la rimozione della norma interna contrastante non può essere fatta dal giudice comune, ma necessita di una pronuncia costituzionale; e ciò anche laddove la norma CEDU verta su una delle materie di competenza UE³.

La giurisprudenza costituzionale successiva, anche più recente, è venuta ad inserirsi nel solco di questo orientamento: con essa il Giudice delle leggi si è preoccupato sia di confermare il divieto al giudice comune di disapplicare la norma interna contrastante con la CEDU, diversamente da quanto accade per il diritto UE⁴; sia, conseguentemente, di ribadire l'obbligo del giudice comune di rivolgersi alla Corte costituzionale qualora la sua opera ermeneutica non sia sufficiente a conciliare il significato della norma interna con quello della norma CEDU come interpretata a Strasburgo⁵. Essa si è preoccupata, inoltre, di subordinare la violazione dell'art. 117, co. 1, alla circostanza che il diritto CEDU – che si pretende violato dalla normativa nazionale impugnata – abbia carattere “consolidato”⁶, oppure sia interpretato in forma di “sentenze pilota”⁷ o di sentenze-monito⁸; infine, di ribadire la sostanziale libertà di scelta dello Stato “di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte”, salvo “taluni casi eccezionali” in cui la stessa Corte EDU “ha ritenuto utile indicare il tipo di misure da adottare” esclusivamente, però, in quanto l'ordinamento nazionale sia predisposto ad adottarle, ovvero sia già conforme ad esse⁹. È solo in quest'“ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa (...)” che, secondo la Corte italiana, “si spiega

³ Su quest'ultimo punto v. la sentenza della Corte costituzionale dell'11 marzo 2011, n. 80.

⁴ V., in tal senso, la sentenza della Corte costituzionale del 26 maggio 2017, n. 123.

⁵ Così, da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale del 10 gennaio-24 febbraio 2017, n. 43.

⁶ Sentenza n. 43/2017. Sul carattere “consolidato” della giurisprudenza CEDU e sulla giurisprudenza costituzionale relativa a questo concetto v. N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015; P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte Costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDI Blog*, 15 aprile 2015.

⁷ V. al riguardo, le sentenze del 26 marzo 2015, n. 49; del 26 gennaio 2012, n. 15; dell'11 marzo 2011, n. 80. Per la dottrina, in tema di sentenze pilota, v. B. NASCIMBENE, *Violazione ‘strutturale’, violazione ‘grave’ ed esigenze interpretative della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 655 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Violazioni ‘strutturali’ e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 5 ss.; F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del Diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009; M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1231 ss.; D. HAIDER, *The Pilot- Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden, 2013.

⁸ V. sentenza del 21 dicembre 2016, n. 286. Per la dottrina, in argomento v. M. STARITA, *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso “S.A.S. c. Francia”: una ‘sentenza-monito’, ma di che tipo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 101 ss.

⁹ Citazioni tratte dalla sentenza n. 123/2017, cit., spec. par. 10.

il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l'obiettivo di certezza e stabilità del diritto"¹⁰.

A differenza dell'analogo confronto-scontro che aveva interessato il rapporto della nostra Corte costituzionale con la Corte di giustizia – assestatosi, come è noto, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, che (fatta salva la c.d. “teoria dei controlimiti”)¹¹ ha riconosciuto il primato alla maggioranza delle norme comunitarie – quello fra la Corte EDU e la Corte costituzionale italiana, invece, è rimasto sempre piuttosto fluido e incerto. Un problema, questo, che si è cercato di risolvere¹² sostenendo la necessità di estendere alla CEDU il carattere di “specialità” riconosciuto al diritto UE. Rispetto a questa opinione, tuttavia, non è stato dimostrato che l'applicazione alla CEDU del regime di specialità che caratterizza l'adattamento alla UE sia l'unica soluzione praticabile, e nemmeno quella più utile. La prassi prova, al contrario, che soluzioni di adattamento differenti possano rivelarsi più adeguate ad affrontare le particolarità del sistema CEDU e dei diritti che essa protegge, peraltro, senza che sia messo in discussione il rispetto del citato art. 117 Cost.

Sulla scorta di questo approccio, peraltro, la nostra Corte costituzionale, talvolta ha ritenuto di dover utilizzare le occasioni di adattamento alla giurisprudenza CEDU per rimediare “a uno specifico difetto ‘strutturale’ del sistema normativo interno”¹³; talaltra, ha ritenuto di dover utilizzare tali occasioni per avallare interpretazioni della Costituzione di carattere sistematico o evolutivo¹⁴. Tutti casi, questi, nei quali il diritto CEDU viene ad acquistare, di fatto, una posizione di “primazia”¹⁵ che agevola un'interpretazione più progredita ed attuale delle norme del nostro ordinamento e si dimostra in grado, quindi, di soddisfare esigenze di tutela nel frattempo sopravvenute rimediando, fra l'altro, all'inerzia degli organi legislativi nell'adeguamento agli *standard* europei e internazionali in materia di diritti umani.

¹⁰ Le citazioni sono tratte dalla sentenza n. 49/2015.

¹¹ Sul primato comunitario e la teoria dei controlimiti v. *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 23 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010; P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 199 ss.; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, p. 60 ss.

¹² Sull'argomento v. B. CONFORTI, *La “specialità” dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in *Studi in onore di Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, p. 187 ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 305 ss.

¹³ V. la sentenza n. 80/2011.

¹⁴ V. la sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170.

¹⁵ Sull'uso di questa espressione con riguardo alla CEDU v. G. ZICCARDI CAPALDO, *Il diritto globale: il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 392 e *ivi*, nota 61. Vale peraltro ricordare che, nella citata sentenza n. 80/2011, la Corte costituzionale aveva affermato che un “effetto diretto non potrebbe essere, d'altronde, negato alle norme della CEDU” in virtù del fatto che nel “nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea” dette disposizioni CEDU “sarebbero divenute (...) parte integrante del diritto dell'Unione”.

Certo, è vero che il *tasso* normativo-istituzionale del sistema CEDU, (indubbiamente meno intenso e strutturato di quello del sistema UE), da un lato, e *l'eterogeneità*¹⁶ degli ordinamenti degli Stati che sono parti della CEDU (in contrasto con il significativo grado di uniformità e integrazione degli Stati UE), dall'altro, contribuiscono alla sostanziale “prudenza” o “diffidenza” degli Stati nei confronti della CEDU, portandoli (come si è visto, per il nostro Stato) ad introdurre meccanismi suscettibili, perfino, di impedire l'applicazione di tale Convenzione nell'ordinamento nazionale, nonché di conservare ed accrescere un'esclusiva sfera di discrezionalità, il c.d. *margin di apprezzamento*¹⁷, tale da sottrarre la propria specificità interna al potere uniformante della CEDU allorché non sia dato riscontrare uno *standard* normativo comune con gli altri Stati parti.

Anche sotto il profilo ora richiamato, però, occorre evitare i giudizi affrettati e generalizzati: la situazione, in effetti, non è statica, né sempre negativa, e viene largamente a dipendere dalle particolarità del settore dei diritti preso a riferimento e dalle modalità sostanzialmente più consone alla sua tutela.

2. Si è visto al paragrafo precedente che, nonostante il riconoscimento della funzione ermeneutica e nomofilattica attribuita al Giudice di Strasburgo, gli Stati CEDU difendano con forza il loro “margin di discrezionalità” nella regolamentazione delle fattispecie rientranti nel campo applicativo della Convenzione. Esso, non solo rimane ancora oggi un punto fermo nei rapporti intersistemici fra la CEDU e i suoi Stati parti ma, anzi, col tempo è diventato sempre più sofisticato ed è da essi esercitato con apposite modalità di attuazione, ovvero attraverso l'impiego di diverse tecniche, metodi e criteri argomentativi e interpretativi affinché gli indirizzi ermeneutici elaborati a Strasburgo siano, all'occorrenza, vagliati, filtrati ed adattati al peculiare contesto nazionale con cui in concreto vanno coordinati.

Anche il nostro Stato ha inteso riservarsi la possibilità di modulare, *in itinere*, la portata del vincolo derivante dalla Convenzione. In quest'ottica, la Corte costituzionale ha elaborato apposite tecniche interpretative¹⁸ idonee a dare prevalenza appli-

¹⁶ Si tratta di un aspetto ribadito nella dichiarazione dell'*High-level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility'*, adottata a Bruxelles il 27 marzo 2015 sotto l'egida del Consiglio d'Europa.

¹⁷ Sulle origini e gli sviluppi del “margin di apprezzamento” v. R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.; M. O'BOYLE, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 23 ss.; G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Defensibility of the Margin of Appreciation Doctrine in the ECHR: Value-pluralism in the European Integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, p. 1162 ss.; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 703 ss.; N. SHUIBHNE, *Margin of Appreciation: National Values, Fundamental Rights and EC Free Movement Law*, in *European Law Review*, 2009, p. 230 ss.; M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 359 ss.

¹⁸ Su queste tecniche v. M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; M.G. MILITELLO, *L'ordinamento costituzionale europeo in fieri. Tecniche argomentative e attività ermeneutica nell'uso giurisprudenziale della Carta di Nizza*, in B. MONTANARI (a cura di), *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di*

cativa al nostro diritto nazionale rispetto a quello CEDU al fine di salvaguardarne la specificità normativa, quale espressa nei valori più alti della nostra Costituzione. Esse possono essere utilizzate separatamente o congiuntamente fra loro e sono accomunate dalla necessità di adeguarsi – nella materia di cui si tratta – a principi di carattere generale quali, nella specie, il *superiore interesse del fanciullo (best interest of the child)*¹⁹.

Fra le tecniche che – oltre quella classica dell’interpretazione nazionale conforme²⁰ – vanno qui menzionate, figura innanzitutto, quella del c.d. *distinguish* o *distinguishing* attraverso cui si procede, in tutto o in parte, all’abbandono o all’aggiramento del “precedente giurisprudenziale” europeo. Anziché creare un aggancio alla CEDU e alla sua giurisprudenza interpretativa, con questa tecnica si mettono in evidenza le particolarità e le differenze del caso concreto, consentendo all’organo nazionale di discostarsi dai casi precedenti e dalla loro disciplina e, quindi, di sottrarsi alla logica dello *stare decisis* e della “giurisprudenza consolidata” espressa in ambito CEDU²¹.

Un’altra tecnica argomentativa è quella relativa alla “tutela più intensa”. Potrebbe darsi, in effetti, che il grado di intensità della protezione dei diritti umani nell’ordinamento italiano possa essere anche più elevato rispetto a quello accordato dalla CEDU: talché diventerebbe perfino difficile, in questi casi, parlare di una difesa arbitraria della specificità italiana e di un’“incompatibilità” fra i due sistemi normativi²². Ove, comunque, la normativa italiana risultasse più garantista rispetto a quella CEDU, l’operatore giuridico interno non sarebbe tenuto a rispettare la normativa europea attuando un paradossale adeguamento “verso il basso” del nostro ordinamento, essendo vincolato piuttosto ad accordare il trattamento più favorevole, e quindi migliore²³, alla fattispecie concreta. In questo senso, l’allontanamento dalla

regolazione sociale, Torino, 2012; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza*, in www.gruppodipisa.it, 18 settembre 2014, p. 5.

¹⁹ R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in caso di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss.; nonché L. MARI, *L’interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Liber Amicorum Augusto Sinagra*, Roma, 2013, p. 103.

²⁰ Per alcune applicazioni di questa tecnica da parte dei nostri giudici, v. *infra*, par. 4. Sul punto cfr. E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche e ed effetti normativi*, in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al Diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2015, p. 3 ss., secondo cui l’interpretazione conforme “lungi dal costituire una tecnica o un criterio interpretativo, sia invece un effetto normativo in senso proprio: anziché disciplinare direttamente una fattispecie, una norma (...) provvede a ciò attraverso l’interpretazione e l’applicazione di una norma diversa”.

²¹ Sull’applicazione della tecnica in esame da parte delle nostre corti nazionali v. F. GIUFFRÉ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi.it*, p. 9 ss. che, a titolo esemplificativo, indica la sentenza 24 luglio 2009, n. 239 della nostra Corte costituzionale; v. anche *infra*, par. 4, spec. Corte d’appello di Torino sentenza del 21 febbraio 2017. Sul ricorso, invece, allo *stare decisis* da parte dei nostri giudici v. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 195 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Il Corriere giuridico*, 2010, p. 955 ss.

²² Su questa ipotesi v. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea nell’ordinamento italiano*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 10. Per alcuni esempi, in questa sede, v. *infra*, par. 6.

²³ Questa tecnica è presente anche in ambito UE (v. sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*, e causa C-617/10, *Aklagaren c. Akerberg Frans-*

giurisprudenza della Corte EDU, sulla scorta della tecnica interpretativa in esame, risulta adeguatamente giustificato. Del resto è lo stesso art. 53 CEDU ad imporre a quest'ultima di doversi ritrarre rispetto al diritto interno dello Stato aderente²⁴.

Ulteriore tecnica argomentativa utilizzata per realizzare il coordinamento dell'ordinamento nazionale con il diritto CEDU è quella del “bilanciamento degli interessi o dei valori”. Questa, in generale, consente alle corti interne di prendere in considerazione anche diritti nuovi o che, comunque, non trovano riconoscimento nella normativa vigente. Si tratta di uno strumento che consente il necessario e calibrato contemperamento di una pluralità di interessi parimenti meritevoli di tutela e che, perciò, è soggetto al sindacato di proporzionalità e ragionevolezza²⁵. Nella nostra Costituzione non c'è gerarchia di valori e perciò, in astratto, nessun diritto costituzionale gode di una posizione prevalente ed assoluta. Tuttavia, può capitare che nell'ambito di un giudizio si renda necessario il sacrificio di un diritto costituzionale a cui dovrà corrispondere l'applicazione di un altro diritto costituzionale, pena l'irragionevolezza del giudizio stesso. La tecnica del “bilanciamento” è quella che, più di tutte, valorizza e adatta al caso concreto il principio del superiore interesse del minore²⁶. Anzi, si può dire che il sindacato di proporzionalità e ragionevolezza si ispira, in quest'ambito, al diritto al c.d. *child first* o *best interest of the child* o *favor minoris*. In questo senso, gli altri interessi meritevoli di tutela – salvo casi eccezionali – non possono pregiudicarlo, comportarne il sacrificio o un'applicazione deteriore.

Una volta individuate le tecniche interpretative adottate dalla nostra Corte costituzionale, obiettivo delle pagine che seguono sarà quello di testarne l'utilizzo nell'ambito della tutela dei rapporti familiari del minore *ex art. 8 CEDU*. In questo senso, verranno presi in esame sia i rapporti che legano il minore ai membri del

son), dove recentemente ha riacquisito notorietà con il caso *Taricco* (sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a. c. Italia*), sul quale v. i seguenti scritti (tutti consultabili *on-line*): C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017; L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, 10 aprile 2017, *ivi*; D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, 25 febbraio 2017, nonché L. GRADONI, *Il dialogo tra Corti, per finta*, 8 febbraio 2017, entrambi in *SIDI Blog*.

²⁴ Secondo la dottrina (v. G. TESAURO, *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in C. BALDUCI, M.L. SERRANO (a cura di), *Atti del Convegno Nazionale “Nuovi assetti delle fonti del Diritto del lavoro”*, 2011, reperibile *online*; L. FILIPPI, *Il conflitto tra la Corte europea e la Consulta*, in *Archivio penale*, 2015, n. 3) il principio della “miglior tutela” o “tutela più intensa”, di cui si tratta, altro non è che un'applicazione sostanziale del principio di sussidiarietà. Tale principio, seppur pacifico, non è espressamente previsto dal nostro ordinamento costituzionale, mentre è esplicitamente previsto nel diritto UE al citato art. 53 CEDU e all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE.

²⁵ Fra i contributi più recenti sul tema (anche in relazione agli anacronismi e alle rigidità del nostro ordinamento, dovuti all'impiego degli automatismi legislativi) v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 669 ss. Per alcuni esempi applicativi di questa tecnica, v. *infra*, par. 6.

²⁶ Secondo R. BARATTA, *op. cit.*, p. 20 ss., il principio del superiore interesse del minore rappresenta “un diritto soggettivo, contenuto in uno strumento convenzionale a partecipazione quasi universale, *self-executing* e dunque direttamente invocabile e applicabile in giudizio”; inoltre, “l'apprezzamento dell'interesse del minore presuppone una valutazione di tipo casistico, dovendosi tener conto di tutte le circostanze della fattispecie concreta” (*ivi*, p. 21).

suo nucleo familiare d'origine, sia quelli che lo legano ai suoi congiunti (fra cui gli ascendenti) appartenenti a ciascuno dei rami parentali. Per ciascuna delle accennate ipotesi normative riguardanti la vita familiare del minore, si procederà all'analisi delle particolarità con cui essa risulta tutelata da un lato, dalla Corte EDU, dall'altro, dai nostri organi nazionali (specie giurisdizionali). Infine, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive sullo stato del coordinamento fra il sistema CEDU e l'ordinamento italiano, attualmente esistente nel settore dei diritti soggettivi del minore sopra individuati.

3. Il principale diritto che l'art. 8 CEDU riconosce al minore è, sicuramente, quello di vivere nella propria famiglia d'origine (o famiglia naturale, biologica, genetica, ecc.): si tratta, dunque, di un diritto fondamentale del minore che si riferisce tanto ai rapporti familiari di tipo "verticale" (o ascendente) con i genitori biologici, quanto a quelli "orizzontali" (o collaterali) con i fratelli naturali.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo *ex art. 8 CEDU*, la famiglia naturale assume un'importanza centrale basilare e va perciò salvaguardata in ogni modo: pertanto, la sua eventuale condizione di "vulnerabilità" va attentamente valutata e richiede un intervento apposito, con misure adeguate al caso concreto, volte al suo superamento. La giurisprudenza CEDU, anche quella più recente, offre numerosi e significativi esempi di questa linea di tutela consolidata a favore della famiglia naturale e, più specificamente, di quella "vulnerabile" recando l'indicazione delle misure chieste allo Stato interessato in vista della sua tutela. Dall'esame di questa giurisprudenza si deduce, innanzitutto, che il principale presupposto per l'esistenza di una "famiglia naturale" è dato dalla presenza di un "lien de filiation"²⁷ che si sostanzia, nella specie, in un legame biologico fra i suoi membri; e di una relazione affettiva fra i suoi componenti, laddove per l'esistenza di tale requisito si considera sufficiente un "atteggiamento positivo"²⁸ del minore nei confronti del genitore naturale.

Il diritto del minore di vivere con il proprio nucleo familiare originario costituisce un diritto primordiale, insostituibile e inalienabile, che va protetto in ogni modo e in ogni tempo: "pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale"²⁹. Spezzare il legame familiare del minore con la sua famiglia naturale equivale, secondo la Corte EDU, a "couper l'enfant de ses racines"³⁰. Lo Stato ha, quindi, il dovere di adottare le misure positive o negative "nécessaires et adéquates que l'on pouvait raisonnablement exiger" affinché "l'enfant puisse mener une vie familiale normale au sein de sa propre famille"³¹. Compito

²⁷ Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, par. 49.

²⁸ In tal senso, v. a titolo esemplificativo le sentenze della Corte EDU, del 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, par. 45; e del 23 giugno 2016, *Strumia c. Italia*, paragrafi 113, 115, 122.

²⁹ Corte EDU, sentenza del 9 febbraio 2017, *Solarino c. Italia*, par. 37; *ex multis*, v. anche sentenza del 23 marzo 2017, *Endrizzi c. Italia*, par. 46.

³⁰ Così la sentenza *Zhou*, par. 56; e anche la sentenza 16 febbraio 2016, *Soares de Melo c. Portugal*, par. 93. Proprio per la circostanza ora indicata nel testo, il diritto familiare di cui si tratta ha, secondo la stessa Corte EDU, come suo principale corollario il diritto del minore adottato di conoscere l'"identité de ses parents biologiques", al fine "d'établir quelques racines de son histoire" (così sentenza 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, paragrafi 45, 51 e 68).

³¹ Corte EDU, sentenza *Zhou*, par. 49.

fondamentale dello Stato, precisa al riguardo la Corte, è quello “d’aider les personnes en difficulté” assicurando loro una protezione particolare e accresciuta al fine “de les guider dans leurs démarches et de les conseiller”³². Dovrà trattarsi, quindi, di misure tempestive, posto che “dans ce genre d’affaires, le caractère adéquat d’une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre”³³. Non dovrà trattarsi, invece, di misure “automatiche e stereotipate”³⁴; ma, poiché “le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire”, dovrà trattarsi di misure “concrete ed effettive”³⁵, adattate al caso concreto e dirette a preservare efficacemente l’unità della famiglia, prevenendone o evitandone la disgregazione³⁶. Nel caso in cui siano state disposte separazioni temporanee, le misure dell’intervento statale dovranno mirare a “réunir le parent et l’enfant concernés”³⁷.

Secondo la Corte EDU la rottura del rapporto del minore con la sua famiglia non può essere disposta che “dans des circonstances exceptionnelles”³⁸. Si tratta di circostanze, queste, talmente gravi da legittimare lo Stato a rompere (anche temporaneamente, per il tempo del loro accertamento)³⁹ questo legame fondamentale; esse ricorrono, in particolare, allorché i genitori “se sont montrés particulièrement indignes (...), ou lorsqu’elles sont justifiées par une exigence primordiale touchant l’intérêt supérieur de l’enfant”⁴⁰ e, pertanto, siano adottate misure “aux fins de protéger un enfant lorsqu’il est confronté à un danger immédiat”⁴¹. Nella determinazione delle circostanze eccezionali suscettibili di incidere sul “droit de visite” del genitore lo Stato, d’altro canto, dovrà esaminare “avec soin la situation de l’enfant”⁴² senza che l’indagine possa “se baser sur de simples soupçons”⁴³.

La condizione di vulnerabilità di una famiglia perciò, in nessun caso può essere considerata alla stregua di una di quelle citate “circostanze eccezionali” che costituiscono prova dell’inadeguatezza genitoriale nell’accudimento della prole o, peggio, del suo maltrattamento e del suo abbandono e sono tali da giustificare la disgregazione della famiglia con conseguente “décision du tribunal de déclarer les enfants adoptables”⁴⁴. Condizioni di vulnerabilità sono state considerate dalla Corte EDU il precario stato di salute del genitore⁴⁵; la condizione di estraneità ovvero di

³² *Ivi*, par. 59.

³³ *Ivi*, par. 48, ove si precisa, comunque, che né lo svolgersi del tempo, né un cambiamento della situazione di fatto possono giustificare “de manière exceptionnelle une décision concernant la prise en charge de l’enfant” con conseguente rottura dei legami familiari. Ancora più esplicita, in tal senso, la sentenza del 13 gennaio 2009, *Todorova c. Italia*, paragrafi 80-81.

³⁴ V. sentenza *Strumia*, par. 122.

³⁵ Da ultimo, v. la sentenza del 22 giugno 2017, *Barnea e Caldararu c. Italia*, par. 86.

³⁶ Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*, par. 83; e anche la sentenza *S.H.*, par. 53.

³⁷ Corte EDU, sentenza *Strumia*, par. 122; e da ultimo, la sentenza *Barnea e Caldararu*, paragrafi 57, 76, 87.

³⁸ Sentenza *S.H.*, par. 48; v. anche la sentenza *Barnea e Caldararu*, paragrafi 77, 87.

³⁹ Sentenza *S.H.*, par. 40; sentenza *Barnea e Caldararu*, paragrafi 77, 87.

⁴⁰ V. sentenze citate alla nota precedente e giurisprudenza *ivi* richiamata.

⁴¹ Sentenza *Barnea e Caldararu*, par. 64.

⁴² Sentenza *Solarino*, sentenza par. 51.

⁴³ *Ivi*, par. 52.

⁴⁴ Sentenza *Zhou*, par. 53; e, in senso analogo, sentenza *Barnea e Caldararu*, par. 73.

⁴⁵ Sentenze *Zhou*, par. 57; *S.H.*, par. 51; *Barnea e Caldararu*, par. 71 ss.

immigrazione dei suoi membri⁴⁶; la sottoposizione del genitore ad un accertamento giudiziario o a detenzione⁴⁷; una malattia anche psichiatrica dei genitori⁴⁸; i conflitti fra i genitori e la difficile situazione familiare in seguito a separazione o divorzio⁴⁹; condizioni di vita insoddisfacenti o di privazione materiale⁵⁰, la mancanza di un alloggio⁵¹; o ancora una richiesta di aiuto allo Stato nella cura dei propri figli da parte del genitore vulnerabile⁵². A questo proposito, la Corte tiene a sottolineare che l'interesse del minore ad essere accolto in una famiglia capace di prendersi cura di lui in maniera adeguata non giustifica affatto l'allontanamento del minore dalla sua famiglia d'origine: "le fait qu'un enfant puisse être accueilli dans un cadre plus propice à son éducation ne saurait en soi justifier qu'on le soustraie de force aux soins de ses parents biologiques"⁵³. Affinché una tale ingerenza possa ritenersi giustificata "au regard de l'article 8 de la Convention", infatti, secondo la Corte dovrà "se révéler 'nécessaire' en raison d'autres circonstances"⁵⁴.

Dato che l'allontanamento definitivo e irreversibile del minore dalla sua famiglia d'origine può risultare contrario al superiore interesse del minore stesso⁵⁵, la Corte ritiene che "la déclaration d'adoptabilité doit rester l'*extrema ratio*"⁵⁶. Ciò è tanto più vero allorché l'adozione, oltre che "l'éloignement définitif et irréversible" dei minori "de leur mère", determini altresì la rottura dei loro rapporti di fratellanza in seguito al loro collocamento in famiglie adottive differenti: ancora più grave, quindi, secondo la Corte EDU, è l'intervento statale che si renda responsabile dell'"éclatement non seulement de la famille mais encore de la fratrie"⁵⁷. Proprio perché la salvaguardia del nucleo familiare originario resta un valore fondamentale e la sua disgregazione, con l'allontanamento dei figli, resta l'*extrema ratio*, spetta allo Stato – osserva la Corte – ricercare il "juste équilibre (...) entre les intérêts concurrents, en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent"⁵⁸.

⁴⁶ Sentenza *Akinnibosun*, par. 52. Sul diritto dei bambini stranieri, alla stregua di quelli italiani, a vedere salvaguardata l'unità del proprio nucleo familiare, e sulla circostanza che la tutela della vita familiare contempli, in tali casi, anche un limite all'espulsione v. (anche con differenze fra il sistema CEDU e quello UE) R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, Bari, 2012; G. CAGGIANO, *L'integrazione dei migranti fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali*, in G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, 2016, Torino, p. 175 ss.

⁴⁷ Sentenze *Akinnibosun*, par. 83, *Strumia*, par. 66 ss.; *Solarino*, par. 47 ss.

⁴⁸ Sentenza *S.H.*, par. 51.

⁴⁹ Sentenze *Strumia*, par. 121; del 17 novembre 2015, *Bondavalli c. Italia*, par. 82; *Endrizzi*, paragrafi 51, 60.

⁵⁰ Sentenza *Barnea e Caldararu*, par. 73.

⁵¹ Sentenza *Zhou*, par. 59; da ultimo v. sentenza *Barnea e Caldararu*, par. 73.

⁵² Sentenza *S.H.*, par. 51.

⁵³ *Ivi*, par. 55 s. Nello stesso senso, v. anche la sentenza *Akinnibosun*, par. 78.

⁵⁴ Sentenza *Barnea e Caldararu*, par. 84.

⁵⁵ Sentenza *Akinnibosun*, par. 76.

⁵⁶ Sentenza *S.H.*, par. 47.

⁵⁷ *Ivi*, par. 56; così anche la sentenza *Solarino*, par. 49.

⁵⁸ Così la sentenza *S.H.*, par. 39.

Nel senso ora indicato, si registrano alcune sentenze⁵⁹ nelle quali la Corte EDU raccomanda il ricorso a forme di adozione particolare (la c.d. adozione semplice) che non rescindano completamente il legame dell'adottando con la propria famiglia biologica, ma consentano di conservarlo anche in vista di un suo integrale recupero. Sostiene infatti la Corte che “en matière d'adoption (...) il puisse être de l'intérêt du mineur de favoriser l'instauration de liens affectifs stables avec ses parents nourriciers”⁶⁰. Espressamente criticato è stato, perciò, dalla stessa Corte “le refus” opposto dai tribunali italiani “de prononcer une adoption simple”, osservando al riguardo che l’“absence dans la législation italienne de dispositions permettant de procéder à ce type d'adoption” sia un argomento destituito di ogni fondamento, posto che “que certains tribunaux italiens (...) avaient prononcé, par le biais d'une interprétation extensive de l'article 44 d), l'adoption simple dans certains cas où il n'y avait pas abandon”⁶¹.

La Corte europea, in questo contesto, ha avuto cura altresì di sottolineare che “si les autorités nationales doivent s'efforcer de faciliter pareille collaboration, une obligation pour elles de recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limitée”⁶². Per giurisprudenza costante⁶³, infatti, la Corte ritiene che “la plus grande prudence s'impose lorsqu'il s'agit de recourir à la coercition en ce domaine délicat (...) et l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser un parent à faire prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant”⁶⁴.

Nonostante la necessità di evitare in ogni modo la rottura definitiva e radicale di questo rapporto familiare primario, la Corte EDU non giunge mai a chiedere la reintegrazione nella sua famiglia d'origine del minore nei confronti del quale è stata disposta l'adozione, anche laddove la relativa sentenza non presentasse – *ab initio* o successivamente, per fatti sopravvenuti – i requisiti dell'*extrema ratio*⁶⁵: il principio del superiore interesse del minore, infatti, impone di rispettare la condizione attuale ed effettiva di quest'ultimo. Talché, in caso di avvenuto inserimento del minore in una nuova famiglia in seguito a sentenza di adozione, occorre rispettare i suoi nuovi equilibri ed evitare nuovi traumi⁶⁶. Ciò, a meno che la sentenza non sia

⁵⁹ In tal senso v. le sentenze *Zhou*, par. 60, e *Barnea e Caldararu*, par. 32 ss.

⁶⁰ Sentenza *Barnea e Caldararu*, par. 39.

⁶¹ Sentenza *Zhou*, par. 60; anche *ivi*, par. 54.

⁶² Sentenza *Endrizzi*, par. 51, con richiamo alla sentenza del 29 giugno 2004, *Voleský c. Repubblica Ceca*, par. 118.

⁶³ Fra i questi precedenti giurisprudenziali della Corte EDU figurano le sentenze del 13 luglio 2000, *Elsholz c. Allemagne*, par. 49 s.; 22 novembre 2005, *Reigado Ramos c. Portugal*, par. 53; 11 febbraio 2016, *Mitrova e Savik c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, par. 77.

⁶⁴ Così la sentenza del 15 settembre 2016, *Giorgioni c. Italia*, par. 64.

⁶⁵ V. esemplificativamente la sentenza *Akinnibosun*, par. 85. Non mancano, tuttavia, casi in senso contrario: v. *infra*, nota 69, con riferimento alla sentenza del 28 aprile 2016, *Cincimino c. Italia*. Sulla *restitutio ad integrum* in ambito CEDU v. P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 152 ss.

⁶⁶ Sentenza *S.H.*, par. 47. A conclusioni analoghe è giunta la Corte EDU nella sentenza del 12 luglio 2011, *Sneerson e Campanella c. Italia* relativa, *mutatis mutandis*, ad un caso di sottrazione di minore. La Corte europea ha infatti dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU perché l'Italia aveva disposto il rimpatrio del minore senza tenere nella dovuta considerazione il rischio di problemi psicologici importanti in caso di allontanamento dello stesso dalla madre con cui aveva sempre vissuto.

ancora passata in giudicato e la rottura del rapporto non sia stata definitiva e irrevocabile⁶⁷, cosicché il ricongiungimento familiare si configuri come ancora possibile e realizzabile⁶⁸.

4. Va premesso che l'adeguamento dell'Italia al diritto del minore di vivere nella propria famiglia d'origine è avvenuto attraverso l'attività ermeneutica del giudice nazionale, senza un coinvolgimento del legislatore nazionale. D'altro canto, la Corte di Strasburgo non invoca, al riguardo, l'introduzione nel nostro ordinamento di modifiche legislative, bensì critica, da un lato, la mancata o ritardata messa in campo di misure positive, volte a sostenere la famiglia del minore per attenuarne la condizione di vulnerabilità ed evitarne, quindi, la disgregazione; dall'altro, l'interpretazione restrittiva e obsoleta del diritto in vigore nel nostro Paese, contrastante col superiore interesse del fanciullo. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza CEDU stigmatizza specificamente la tendenza delle corti italiane a privilegiare misure "automatiche e stereotipate" che non rispettano il "diritto vivente"⁶⁹. Fra queste misure, quella dell'"adozione legittimante" (che conduce inesorabilmente alla rottura dei rapporti, sia *de jure* che *de facto*, dell'adottando con la sua famiglia d'origine) applicata con troppa facilità e rapidità in Italia anche in assenza dei necessari requisiti di legge: principalmente, in mancanza di un effettivo stato di abbandono del minore allorché i rapporti di quest'ultimo con la sua famiglia d'origine risultano essere ancora vivi e forti. Si tratta di una lettura rigida e anacronistica del diritto vigente che, peraltro, ignora la prassi più recente (quella sull'adozione mite)⁷⁰ e, soprattutto, la giurispru-

⁶⁷ Sulla circostanza, tuttavia, che la riapertura del processo o il riesame del caso possano rappresentare il mezzo più appropriato per operare la *restitutio in integrum* cfr. la raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Sul valore del giudicato in ambito CEDU, v. E. CANNIZZARO, *The Effect of the ECHR on the Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 173 ss.; F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009.

⁶⁸ Nel senso ora indicato v., ad esempio, la sentenza *Cincimino* in cui la Corte chiede di reintegrare una madre nell'esercizio dei suoi diritti genitoriali: "il incomberait aux autorités internes de réexaminer, dans un bref délai, la demande de la requérante d'être réintégrée dans son autorité parentale, en tenant compte de la situation actuelle de la requérante et de A., et de l'intérêt supérieur de l'enfant" (*ivi*, par. 80). Merita qui di essere citata, anche la sentenza *Barnea e Caldararu* (paragrafi 89 e 94) che, pur prendendo atto dell'ordine del giudice nazionale che dispone l'interruzione della procedura di adozione e, quindi, il reintegro del minore nella propria famiglia d'origine, nondimeno riconosce che il ritardato nell'intervento statale, senza che fosse stato mai predisposto un programma di conservazione dei legami familiari, ha creato serie ripercussioni psicologiche nella minore all'atto del suo reinserimento familiare, causando così il deterioramento e, quindi, la compromissione della vita familiare dei ricorrenti: "La Cour observe que les requérants éprouvent de longue date une détresse profonde à raison des violations constatées en l'espèce. Elle estime qu'ils ont ainsi subi un préjudice moral certain" (*ivi*, par. 94).

⁶⁹ Sulla CEDU come "diritto vivente" v. G. PALMISANO (ed.), *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, Leiden, 2015; v. anche *supra*, paragrafi 1 e 2.

⁷⁰ La c.d. adozione mite o aperta o semplice è cominciata nel giugno 2003 come semplice prassi giudiziaria adottata *ex art.* 44, lett. *d*) della l. 184/83 (che disciplina l'adozione in "casi particolari") e autorizzata dal Csm nel Tribunale per i minorenni di Bari. Cfr. Trib. Min. Bari, sentenza del 7 maggio 2008, con riferimento al caso in cui la minore era da tempo collocata in affidamento familiare ed incontrava regolarmente la madre naturale (sul quale v. F. OCCHIOGROSSO, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009, p. 180).

denza della nostra Corte costituzionale⁷¹ che è intervenuta nella materia dando un'interpretazione di tale normativa evoluta e al passo coi tempi.

Il processo di adeguamento del nostro ordinamento, tanto alla giurisprudenza della Corte EDU quanto a quella della Corte costituzionale ora richiamata si configura, quindi, piuttosto lento e instabile. Va citata in proposito la sentenza del 24 novembre 2015, n. 23979, con cui la nostra Cassazione, procedendo ad una rigida applicazione della legge sull'adozione del minore da parte di prossimi congiunti, autorizza l'adozione da parte dei nonni del proprio nipote ma non anche del fratello di quest'ultimo, così sacrificando il loro rapporto di fratria. In forza di un automatismo legislativo, quindi, si è dato luogo ad una rigorosa applicazione del criterio dello *jus sanguinis* che non ammette eccezioni o temperamenti in relazione alle particolarità del caso concreto, neppure se collegate alla (continuità della) vita affettiva⁷² dei minori coinvolti. La Suprema Corte, pertanto, nella sentenza *de quo* da un lato, cassa il giudizio di appello che dichiara lo stato di abbandono del nipote nonostante la disponibilità dei nonni paterni a crescerlo in sostituzione dei genitori naturali; tuttavia, dall'altro, respinge la richiesta degli stessi nonni di ottenere anche l'affidamento del fratellino del proprio nipote con cui essi, invece, non hanno legami di sangue, affermando che, per evitare la separazione dei due fratelli, si renderà necessario ricorrere agli "altri istituti previsti dalla legge in materia di assistenza e di affidamento dei minori". E se, sotto il primo profilo, la Corte fa leva sulla giurisprudenza adottata in ambito CEDU⁷³, sostenendo che le misure che conducono alla rottura dei legami tra un minore e i suoi famigliari più stretti debbono essere applicate solo in circostanze eccezionali; diversamente, sotto l'ulteriore profilo, relativo alla conservazione del rapporto di fratria, la Corte non fa alcun riferimento ai pertinenti precedenti della giurisprudenza di Strasburgo. Sul punto si limita, invero, ad avvalorare rigidamente il dato normativo e procedurale interno osservando che "i soggetti *estranei alla famiglia* hanno facoltà di proporre l'ordinaria domanda per l'adozione del minore, ai sensi della Legge n. 184 del 1983, articolo 7, o di avvalersi degli altri istituti previsti dalla legge e, solo nel caso in cui, il minore medesimo sia orfano dei genitori – sicché anche con riguardo a tale forma di adozione è ragionevolmente preferito il rapporto di sangue – l'adozione è consentita a persone unite al minore 'da preesistente rapporto stabile e duraturo'" (corsivo aggiunto).

Un maggiore sforzo di elaborazione della giurisprudenza CEDU, da parte della Corte di cassazione, appare delinarsi nel corso del lungo e articolato processo noto

⁷¹ Solo per limitarci ai profili che qui risultano di stretto interesse, si tratta della sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383, e dell'ordinanza del 15-29 luglio 2005 sulle adozioni in forma particolare (e, quindi, anche sulla c.d. adozione mite); della sentenza del 18 novembre 2013, n. 278, sull'accesso dell'adottato alle informazioni sull'identità della madre biologica; della sentenza del 24 febbraio 2016, n. 76, sul riconoscimento in Italia della sentenza straniera che si è pronunciata sull'adozione in favore del minore. Per alcuni approfondimenti su questi temi v., tra gli altri, S. TONOLO, *Adozione [dir. int. priv.]*, in *Diritto on line – Treccani*, 2013; C.E. TUO, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 850 ss.

⁷² Sul principio della continuità della vita affettiva del minore sia consentito rinviare al nostro *Effettività del diritto CEDU alla vita familiare e margini di discrezionalità statale nella tutela delle persone vulnerabili*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 419 ss.

⁷³ Il riferimento è soprattutto alla sentenza *S.H.*, che condanna l'Italia proprio per la mancata salvaguardia dei rapporti familiari anche tra fratelli.

alle cronache come quello dei c.d. “genitori-nonni”, divenuti genitori in età avanzata in seguito ad un intervento di fecondazione eterologa, effettuato all'estero ma, all'epoca, vietato in Italia. In una prima pronuncia, con sentenza dell'8 novembre 2013, n. 25213, la Corte *de quo*, in effetti, rigetta il ricorso dei due coniugi – cui era stata tolta la figlia di poco più di un mese – confermando “la sussistenza di una situazione di abbandono” quale accertata dalla Corte territoriale sulla base di “presunzioni precise e concordanti” (fra i quali una c.t.u.) che dimostrano comunque la “grave ed irreversibile inadeguatezza dei genitori”, in relazione alle esigenze di sviluppo della minore, e giustificano la dichiarazione di adottabilità. Già nella successiva sentenza 30 giugno 2016, n. 13435, tuttavia, la sez. I civ. della Cassazione accoglie il ricorso per revoca del suo precedente verdetto n. 25213 del 2013 e rinvia alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, per il riesame del merito. A quest'ultima è specificamente richiesto di non tenere conto, nel nuovo giudizio, sia della denuncia per abbandono nei confronti del padre (dato che il conseguente giudizio si era concluso con l'assoluzione di quest'ultimo) sia, soprattutto, dell'età avanzata dei genitori (in quanto nessuna legge prevede limiti anagrafici per chi desidera avere un figlio). Per altro verso, si contesta l'adozione della minore in quanto “non risultano mai emersi fattori concreti idonei ad integrare la fattispecie, ma solo elementi affatto anodini” che hanno condotto, quindi, alla “cancellazione dei legami familiari della minore”, causando una “lesione dei diritti fondamentali (...) costituzionalmente tutelati” di quest'ultima, anche “mediante la norma interposta dell'art. 8 Cedu”.

Su queste basi la Cassazione fa un ampio richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, osservando che questa esige “che le misure che conducono alla rottura dei legami tra un minore e la sua famiglia siano applicate solo in circostanze eccezionali, allorché cioè i genitori si siano dimostrati ‘particolarmente indegni’, o quando siano giustificate da un'esigenza primaria che riguarda l'interesse superiore del minore, non essendo il fine dell'adozione quello di individuare ad ogni costo una famiglia migliore”⁷⁴. Nell'occasione, la Cassazione si spinge al punto di attribuire valore vincolante alla giurisprudenza CEDU anche qualora il nostro Stato non compaia come parte processuale, sull'esempio del modello vigente in ambito UE. Secondo la Cassazione, infatti, la Corte EDU, “non diversamente, per vero, dalla Corte di giustizia”, si preoccupa sempre di più “di aumentare l'efficacia delle proprie decisioni circondandole di un'aura di motivazione strutturata e ripetitiva di precedenti conformi, a valere per un numero non prevedibile *ex ante* di futuri casi simili (il ‘diritto vivente’ CEDU)”. Ciò che, spiega ancora la Cassazione, “non può non avere conseguenze, quanto all'efficacia delle sue decisioni: che, sebbene formalmente limitate al caso deciso, sono suscettibili di fornire delle linee-guida per quelli avvenire, quando la violazione riscontrata sia stata commessa o in forza di una disposizione interna generale ed astratta o a fronte di una situazione fattuale ripetibile”⁷⁵. A rinforzo di questa tesi, la Cassazione fa leva sul rinvio allo stesso

⁷⁴ Al riguardo si citano le seguenti sentenze della Corte EDU: *S.H.*, paragrafi 40 e 56; del 21 ottobre 2008, *Clemeno e a. c. Italia*, par. 60; del 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, par. 74; *Akinnibosun*, par. 45.

⁷⁵ Sulla pretesa efficacia *erga omnes* della giurisprudenza CEDU v. A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 25 ss., anche con riguardo alla sentenza del 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*, citata come esempio di un

diritto CEDU da parte della Corte di giustizia UE, la quale, riguardo all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali (sul rispetto della vita privata e familiare), afferma⁷⁶ che la norma “contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 8, n. 1 Cedu e che pertanto occorre attribuire all'art. 7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata attribuiti all'art. 8, n. 1 Cedu, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

La Corte d'appello di Torino – cui la Cassazione aveva fatto rinvio – tuttavia, con sentenza del 21 febbraio 2017, respinge nuovamente il ricorso e conferma la “sentenza del Tribunale per i Minorenni di Torino con riferimento alla dichiarazione di adottabilità della minore”. Essa, dapprima, sostiene che “la ricostruzione di un legame” tra gli appellanti e la minore “ad oggi appare nei fatti improponibile” spiegando, in tal senso, che la statuizione per revoca della Cassazione “è, in assoluta evidenza, del tutto inidonea ad incidere sulla sostanza di una sentenza costitutiva di status”, ormai “passata in giudicato”, in virtù della quale la minore è stata adottata e ha acquisito, perciò, “un nuovo cognome, una collocazione nella società, legami affettivi di tipo filiale con i genitori, consolidati in molti anni di convivenza”. Dopodiché, il Giudice torinese, appoggiandosi ulteriormente alla giurisprudenza della Corte EDU⁷⁷, introduce un argomento che risulterà decisivo ai fini del giudizio: illustrando i “tentativi” che dichiara di avere messo in atto per salvaguardare il legame familiare, prima di averne pronunciato la rescissione, tale Giudice indica una perizia psicologica volta alla “valutazione seria e attenta” delle capacità genitoriali dei ricorrenti. Questo intervento, riferisce la Corte, ha evidenziato che la minore sia nata nel 2010 “a seguito di pratiche di fecondazione assistita” di tipo eterologo, all'epoca sottoposta a divieto in Italia ma successivamente rimosso dalla giurisprudenza costituzionale⁷⁸, riguardo “alle quali la coppia non ha mai voluto fornire informazioni o chiarimenti, neppure con riferimento al paese straniero nel quale si recarono”: un comportamento, questo, “*sul quale i c.t.u. hanno tratto argomenti di riflessione*” (corsivo aggiunto). In sostanza, le perizie psichiatriche richieste dal Tribunale di primo grado (pur avendo accertato che, “nel caso di specie”, “non vi furono maltrattamenti, comportamenti nocivi, patologie psichiatriche o stato di tossicodipendenza dei genitori (...) e in generale la coppia non ha assolutamente caratteristiche di indegnità”) hanno interpretato il ricorso alla fecondazione assistita da parte della coppia come manifestazione di “un eccessivo desiderio di genitorialità”.

caso in cui la Corte EDU sottolinea l'efficacia *erga omnes* delle proprie pronunce. In argomento v. anche G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, p. 433 ss.

⁷⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a.*, punto 70, in merito al valore della citata Carta per effetto dell'art. 6 TUE. Sull'applicazione della giurisprudenza CEDU da parte della Corte di giustizia e, più in generale, sui rapporti fra questa e la Corte EDU in tema di protezione dei diritti umani v. G. GAJA, *New Instruments and Institutions for Enhancing the Protection of Human Rights in Europe?*, in P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 473 ss.; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1305 ss.

⁷⁷ In particolare, sentenza *Akinnibosun*.

⁷⁸ È con la sentenza 9 aprile 2014, n. 162 che la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla l. n. 40/2004.

Di tutta evidenza, la rescissione del legame affettivo familiare è apparsa dipendere non dall'indegnità o incapacità genitoriale – e, quindi, da uno stato di abbandono della minore – bensì dal contrasto (rilevato in modo automatico e senza temperamenti) della pratica di fecondazione eterologa seguita dalla coppia genitoriale con il nostro ordinamento⁷⁹; da una ragione, cioè, che non rientra affatto nel novero delle “circostanze eccezionali idonee a dargli una copertura normativa”, secondo le indicazioni di una consolidata giurisprudenza CEDU (v. *supra*, par. 3).

Quello descritto, d'altro canto, è il punto di arrivo di uno dei numerosi giudizi che hanno costellato questa lunga e tormentata vicenda processuale. In seguito ad un nuovo giudizio, conclusosi alla fine di novembre 2017, la Cassazione si è nuovamente pronunciata sul caso in esame. Risulta al riguardo che, nelle motivazioni della sua richiesta, il Procuratore generale ha sostenuto che il fatto che la bimba “sia stata adottata non può ottenere tutela perché si tratta di una situazione la cui genesi *non è legale*” e che la famiglia adottiva (con cui la bambina vive da sette anni) dovrà collaborare al rientro della piccola nella casa dei veri genitori per attutire il trauma⁸⁰. La sentenza del 14 febbraio 2018 n. 3594 della Cassazione Civile, sez. I, tuttavia, non lascia spazio a dubbi o prospettive circa la possibilità che il minore adottato possa rientrare nella sua famiglia d'origine: essa, confermando la sentenza del 2017 della Corte d'appello di Torino, dichiara legittima la pronuncia di adottabilità della minore.

Di tutta evidenza, la distanza con la giurisprudenza CEDU – innanzitutto, con riguardo all'obbligo tassativo per gli Stati di salvaguardare i rapporti del minore con la sua famiglia d'origine, di conservare la continuità della sua vita affettiva con ogni modo e ogni mezzo, tempestivamente ma senza il ricorso a misure stereotipate e automatiche, suscettibili di causarne l'irreparabile e insanabile rottura⁸¹ – appare chiara e stridente.

Di esito diverso, invece, il caso deciso dalla stessa Cassazione con la sentenza del 25 gennaio 2017, n. 1932. Con questa la Cassazione, sez. I civ., accoglie il ricorso di una donna, minorenni al momento del parto, dichiarata inidonea ad allevare il proprio figlio per i comportamenti, da lei tenuti nel passato, incompatibili con il ruolo genitoriale. Avendo, però, la donna dato prova, progressivamente, di maturare in tempi “compatibili” con la crescita del bambino, a parere del Giudice di legittimità le motivazioni sulla cui base era stato pronunciato lo stato di abbandono e di adottabilità del minore erano venute meno. La Suprema Corte, manifestando la

⁷⁹ Il contrasto con l'ordine pubblico è emerso, in modo esplicito e decisivo, davanti alla Corte EDU di fronte a casi di maternità surrogata: v. da ultimo, le sentenze del 27 gennaio 2015 e del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Per la dottrina, su questi aspetti v. F. CHÉNÉDÉ, *Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.

⁸⁰ Sul valore del giudicato in contrasto con i principi CEDU, v. da ultimo, Corte costituzionale, sentenza del 26 maggio 2017, n. 123.

⁸¹ Peralto, il riconoscimento da parte della Cassazione dell'adozione mite (v. *supra*, nota 70), in vista di tutelare la continuità della vita affettiva del minore, appare assai risalente: si v. la sentenza del 12 gennaio 2010, n. 260.

volontà di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo⁸², riconosce il valore insostituibile del legame fra un bambino e il suo genitore naturale, affermando che esso possa essere interrotto, ai sensi della l. n. 184/1983, solo “dopo l’inutile esperimento di tutte le misure idonee a preservare, per quanto possibile, il legame familiare e, solo, in presenza di fatti – che devono essere specificamente dimostrati in concreto – tali da compromettere in modo grave e irreversibile un armonico sviluppo psicofisico del bambino e, dunque, indicativi in modo certo dello stato di abbandono, morale e materiale”⁸³.

5. Si è detto (*supra*, par. 3) che la nozione di famiglia adoperata dalla Corte EDU assume un significato ampio, tale da ricomprendere tutte le relazioni familiari del minore, sia quelle orizzontali che verticali, sia quelle in cui è inclusa la convivenza che quelle in cui questa sia assente ma che, tuttavia, oltre che da un rapporto biologico, sono caratterizzate dall’esistenza di un autentico, vivo e comprovato legame affettivo. Più precisamente in questa nozione di “vita familiare”, la Corte include, oltre ai rapporti con la famiglia d’origine, anche quelli con i parenti di ambedue i rami genitoriali: quelli tra zii e nipoti⁸⁴; ma, soprattutto, quelli tra nonni e nipoti⁸⁵, una relazione, quest’ultima che, come si avrà modo di accertare, ha assunto un’importanza tale nella giurisprudenza CEDU da essere assimilata a quella fra genitori e figli. La Corte di Strasburgo, in effetti, stabilisce una netta equiparazione del rapporto dei nonni con i nipoti a quello fra i genitori e i figli⁸⁶ a partire dal riconoscimento ai nonni di un vero e proprio “droit de visite”⁸⁷ analogo a quello riconosciuto ai genitori. Talché, secondo la Corte, se l’attenzione dello Stato deve essere sollecitata nell’adozione di “mesures propres à réunir le parent et son enfant, y compris en cas de conflit opposant les deux parents (...). *Il en va de même lorsqu’il s’agit, comme en l’espèce, des relations entre l’enfant et ses grands-parents*”⁸⁸. Va parimenti riconosciuto, nei rapporti in esame, il principio secondo cui “pour être adéquates, les mesures visant à réunir le parent et son enfant doivent être mises en place rapidement, car l’écoulement du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre l’enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui”⁸⁹.

⁸² Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU *S.H.*, spec. par. 48.

⁸³ Su questa linea, la stessa Cassazione con la sentenza 29 settembre 2017, n. 22933 secondo cui “il giudice, nella valutazione della situazione di abbandono, quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, deve fondare il suo convincimento effettuando (...) indagini ed approfondimenti riferiti alla situazione presente e non passata, tenendo in considerazione non solo la figura genitoriale ma anche lo stato psicologico-evolutivo del minore”.

⁸⁴ V. sentenze *Clemeno e a.*; del 3 giugno 2004, *Zampieri c. Italia*; del 23 marzo 1999, *Ticli e Mancuso c. Italia*.

⁸⁵ Corte EDU, sentenze del 9 giugno 1998, *Bronda c. Italia*; del 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*; del 10 ottobre 2006, *Pla e Puncernau c. Andorra*; del 20 gennaio 2015, *Manuello e Nevi c. Italia*; nonché la sentenza *Solarino*, paragrafi 49-52.

⁸⁶ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 47; e, in senso analogo, sentenza *Solarino*, spec. par. 37 ss.

⁸⁷ Sentenza *Manuello e Nevi*, paragrafi 51, 54 e 57.

⁸⁸ *Ivi*, par. 47.

⁸⁹ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 48. Nello stesso senso. v. anche le sentenze della Corte EDU del 29 gennaio 2013, *Lombardo c. Italia*, par. 81; del 17 dicembre 2013, *Santilli c. Italia*, par. 65; *Solarino c. Italia*, par. 39.

Nel ricordare poi, che “selon les principes élaborés en la matière, des mesures aboutissant à briser les liens entre un enfant et sa famille ne peuvent être appliquées que dans des circonstances exceptionnelles”⁹⁰, la Corte EDU cita la giurisprudenza⁹¹ relativa alla tutela dei rapporti del minore con il suo nucleo familiare originario, osservando che “ces principes s’appliquent également au cas d’espèce”⁹². La Corte non parla espressamente della componente (e, quindi, dell’intensità) affettiva che deve caratterizzare questi rapporti – ciò che lascerebbe presumere, anche sotto il profilo richiamato, una totale equiparazione a quella caratterizzante il rapporto con la famiglia d’origine (*supra*, par. 3) – con la conseguente presunzione di un interesse automatico del minore stesso alla loro conservazione. Invero, uno dei punti più delicati e controversi di questa giurisprudenza risulta essere proprio la questione della puntuale e fedele ricostruzione della “positività” dei rapporti familiari di cui si tratta e, in tal senso, dell’interesse del minore alla loro salvaguardia: aspetti, questi, da acquisire in diverso modo – attraverso l’ascolto (diretto o a mezzo di esperti) del minore o dal suo atteggiamento – in quanto decisivi per stabilire il valore, attuale ed effettivo, della sua relazione con i propri ascendenti e ciascuno degli appartenenti alla sua cerchia parentale.

Il Giudice di Strasburgo, tuttavia, sembra eludere questo approccio che dovrebbe ispirarsi alla ricerca di una sostanziale e netta funzionalità del diritto degli adulti rispetto a quello del minore. Funzionalità che, nella specie, dovrebbe esprimersi nel preminente interesse del minore non solo a vedere conservato il rapporto con i nonni, ma anche ad interromperlo ove questo non si dimostri confacente alle sue esigenze di crescita, serena ed equilibrata.

La Corte EDU, al riguardo, si diffonde in una serie di affermazioni che, tuttavia, non sempre appaiono coerenti. Essa, per un verso, rammenta che “que le fait que les efforts des autorités ont été vains ne mène pas automatiquement à la conclusion que l’État a manqué aux obligations positives qui découlent pour lui de l’article 8 de la Convention”⁹³. Essa ricorda, ulteriormente, che “l’obligation pour les autorités nationales de prendre des mesures afin de réunir l’enfant et le parent *avec lequel il ne vit pas* n’est pas absolue”⁹⁴; inoltre, avverte che il ricorso “à la coercition en la matière ne saurait être que limitée” posto che occorre tenere conto “des intérêts supérieurs de l’enfant et des droits que lui confère l’article 8 de la Convention”⁹⁵, ben potendo, quest’ultimo tipo di interessi “selon sa nature et sa gravité, l’emporter sur celui des parents”⁹⁶. In questo senso, essa ritiene altresì che “des mesures visant à protéger l’enfant peuvent impliquer une limitation des contacts avec les membres de la famille”⁹⁷ (corsivi aggiunti). La stessa Corte EDU, quindi, precisa, che non rientra nelle sue competenze sostituire la propria valutazione con quella delle auto-

⁹⁰ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 53.

⁹¹ Sentenza *Zhou*, par. 46; e *Clemeno e a.*, par. 60.

⁹² Sentenza *Bronda*, par. 51; nello stesso senso, la sentenza *Manuello e Nevi*, par. 53.

⁹³ Corte EDU, sentenza *Manuello e Nevi*, paragrafi 46 e 49; nello stesso senso le sentenze *Lombardo*, par. 84, e *Santilli*, par. 67.

⁹⁴ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 49; in senso analogo, la sentenza *Solarino*, par. 39.

⁹⁵ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 49; e *Endrizzi*, par. 51.

⁹⁶ Sul punto da ultimo v. la sentenza *Solarino*, par. 38.

⁹⁷ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 57.

rità nazionali competenti per quanto riguarda le misure da adottare (concernenti, in particolare, la regolamentazione delle “questions de garde et de visite”)⁹⁸, in quanto essendo tali autorità in contatto diretto con il contesto della causa e con le parti implicate, in linea di principio si trovano in una posizione migliore per procedere a una valutazione di questo tipo⁹⁹.

Detto questo, però, la Corte EDU (diversamente, come vedremo, dai giudici italiani) non sembra attribuire importanza alla condizione di disagio del minore né, correlativamente, al rifiuto dei nonni a riconoscerla o “à comprendre le malaise”, quando non anche “le refus”, del minore “vis-à-vis d’une rencontre avec eux” e, più in generale, ad accettare che gli incontri con il proprio nipote possano non essere conformi all’interesse di quest’ultimo “étaient susceptibles de lui causer des souffrances majeures”¹⁰⁰. La Corte europea, in sostanza, appare maggiormente incline ad analizzare il punto di vista dei nonni, limitandosi ad accertare la circostanza che essi non abbiano compiuto atti di indegnità tali che, alla stregua di quelli compiuti dai genitori, sembrerebbero gli unici a poter compromettere la relazione con nipoti¹⁰¹. Salvo che l’interesse dei minori non coincida, di fatto, con quello degli ascendenti, la Corte EDU mostra dunque di tutelare la posizione giuridica di questi ultimi considerandola, per definizione, funzionale a quella dei minori coinvolti, anche se in contrasto con la volontà espressa da questi ultimi e, comunque, con il loro attuale e reale interesse.

Su queste basi, la Corte di Strasburgo da un lato, ha condannato¹⁰² il comportamento del giudice italiano che – procurando “*un préjudice très grave*” al minore coinvolto¹⁰³ – ha fondato la restrizione del diritto di visita del padre ricorrente e, congiuntamente, quello dei nonni su dei semplici sospetti di abuso del ricorrente sulla propria figlia, senza tenere nella giusta considerazione proprio le relazioni degli esperti che attestavano la volontà espressa dal minore di incontrare il padre e gli ascendenti della linea paterna.

Dall’altro, ha condannato il nostro Paese perché non ha fatto rispettare il diritto di visita di una coppia di nonni garantito dall’art. 8 CEDU e “tel qu’il avait été reconnu”¹⁰⁴ dalle stesse autorità giurisdizionali italiane. In particolare, la Corte critica il fatto che “la décision de suspendre les rencontres entre les requérants et l’enfant fut fondée *exclusivement* sur les rapports des psychologues” (corsivo aggiunto), incaricati dallo stesso Tribunale dei minori di sentire il minore interessato: questa

⁹⁸ Sentenza *Solarino*, par. 40.

⁹⁹ Corte EDU, sentenza del 22 novembre 2005, *Reigado Ramos c. Portogallo*, par. 53, richiamata in *Manuello e Nevi*, par. 58.

¹⁰⁰ *Ivi*, paragrafi 24-29.

¹⁰¹ Nella citata sentenza *Manuello e Nevi*, par. 59, la Corte EDU condanna le autorità italiane in quanto “n’ont pas déployé les efforts adéquats et suffisants pour préserver le lien familial” e “ont méconnu le droit des intéressés au respect de leur vie familiale garanti par l’article 8 de la Convention”.

¹⁰² Così la sentenza *Solarino*.

¹⁰³ *Ivi*, par. 49. In questa sentenza la Corte EDU condanna lo Stato italiano in quanto “n’a pas examiné avec soin la situation de l’enfant” (par. 51) oltrepassando così il proprio “marge d’appréciation” (par. 54).

¹⁰⁴ Sentenza *Manuello e Nevi*, par. 54.

essendo venuta a rappresentare “la raison principale” che ha giustificato “la rupture presque totale des rapports entre les requérants et l’enfant”¹⁰⁵.

In definitiva, pur partendo dal presupposto che i diritti e gli interessi degli adulti coinvolti debbano essere valutati in maniera del tutto funzionale all’interesse dei minori coinvolti e che la coercizione debba essere evitata, la Corte EDU non si dimostra sempre attenta a portare alle sue estreme conseguenze l’applicazione di un tale principio. Ciò che, evidentemente, finisce per compromettere e svuotare di significato la posizione di preminenza – e, quindi, di effettività – che dovrebbe assumere l’interesse del minore anche rispetto a quello dei nonni e degli altri congiunti dei due rami parentali.

6. Come si è visto (*supra*, par. 5), la Corte EDU qualifica il rapporto fra il minore e i propri congiunti come un vincolo familiare ai sensi dell’art. 8 CEDU e, nel caso del rapporto fra nonni e nipoti, essa giunge a parificarlo al rapporto dei genitori con i figli e, quindi, a sottoporlo al medesimo regime di protezione giuridica. Peraltro, seppur attribuisca ad un siffatto diritto una valenza funzionale rispetto al superiore interesse del minore ad una crescita sana, sia fisica che psicologica, tuttavia, la Corte EDU manca di dare una coerente ed effettiva applicazione di tale assunto nella prassi.

Quello ora evidenziato, rappresenta un approccio della Corte EDU che si distingue nettamente da quello adottato dalle corti italiane, sia precedentemente che, soprattutto, successivamente alla giurisprudenza europea sopra esaminata. I nostri giudici, infatti, mostrano una maggiore attenzione alla condizione dei minori coinvolti, subordinando il diritto degli adulti (anche degli stessi genitori) al loro superiore interesse, attuale ed effettivo. Secondo le corti italiane il diritto prevalente è quello dei minori, cui fanno da corollario i diritti degli adulti che sono a loro legati da un rapporto familiare. Vale qui, peraltro, osservare che la stessa Corte costituzionale con la sentenza del 24 settembre 2015, n. 194, chiamata pronunciarsi specificamente sulla legittimazione ad agire da parte dei nonni per la conservazione del rapporto con i propri nipoti, aveva riconosciuto che questo rappresentasse l’oggetto di uno specifico diritto che, proprio per questo, risultava azionabile autonomamente davanti al Tribunale dei minori nell’interesse preminente di questi ultimi, ma che, tuttavia, non dovesse essere inteso come un distinto diritto di visita, separato da quello dei genitori, idoneo, sempre e comunque, ad assicurare una crescita serena ed equilibrata al minore.

Al minore va dunque garantito il “miglior trattamento possibile”, ancorché questo comporti il sacrificio di altre posizioni giuridicamente garantite, quali quella degli ascendenti (e dei parenti di ciascun ramo genitoriale, come pure degli stessi genitori). Di tutta evidenza, il diritto dei nonni si configura come un diritto strumentale all’interesse del minore che, in questa prospettiva, rimette al giudice il potere di adottare, anche a modifica di una situazione pregressa, i migliori provvedimenti in tema di affidamento del minore, in vista di garantirne una crescita sana e regolare, eliminando ogni possibile fonte di disagio, anche sulla base del suo

¹⁰⁵ *Ivi*, par. 57.

comportamento, della sua condizione personale e dell'ascolto, anche diretto, della sua volontà.

Nel senso ora indicato si è, da tempo, pronunciata la nostra Cassazione che, nella fattispecie, ha focalizzato due punti fondamentali e indispensabili: l'effettiva utilità e funzionalità, ovvero la mancanza di un pregiudizio, per il minore della conservazione del suo rapporto con i nonni in relazione al suo benessere e alla sua crescita serena; l'opportuna "attualizzazione" dell'interesse del minore, anche attraverso il suo ascolto progressivo. Già con la sentenza dell'11 agosto 2011, n. 17191, la Cassazione nel chiarire il significato dell'art. 155 c.c., attesta che "le norme sul diritto dei minori di conservare 'rapporti significativi con gli ascendenti' *non attribuiscono a questi ultimi un autonomo diritto di visita*, ma introducono *un elemento ulteriore di indagine e di valutazione* nella scelta e nell'articolazione dei provvedimenti da adottare *nella prospettiva di una rafforzata tutela del diritto del minore ad una crescita serena ed equilibrata*" (corsivo aggiunto). La norma richiamata (art. 155 c.c., co. 1), quindi, "attribuisce al minore il diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti, nel quadro del mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con i propri genitori e con la medesima finalità *di evitare, per quanto possibile, che la separazione produca traumi nello sviluppo della personalità del minore*" (corsivo aggiunto). Nel caso di specie, la Corte rileva il fatto, "certo e comprovato", in quanto manifestato dalla minore "in più riprese", della volontà di quest'ultima di non voler incontrare la nonna materna; "quantomeno allo stato", fatta salva "ogni eventuale diversa determinazione della stessa minore" che, "se del caso", secondo la stessa Corte, "avrebbe dovuto essere recepita e rispettata nell'interesse della medesima". A ben guardare, dunque, è "la prospettiva del minore, e non quella dell'ascendente, a dovere essere apprezzata e tutelata, in conformità ai principi generali vigenti in materia di provvedimenti relativi ai minori". Non si nega, pertanto, il diritto dei nonni, ma si esclude che questo sia assoluto e incondizionato, separato da quello dei genitori ed inclusivo di un diritto di visita suscettibile di essere autonomamente regolamentato con i tempi e le modalità previste per il rapporto genitori-figli. La Corte opera, dunque, un bilanciamento tra due diritti costituzionalmente garantiti: il diritto del minore e il diritto dell'ascendente, privilegiando tuttavia la posizione del minore in quanto soggetto più debole. Il diritto dei nonni (alla stregua di tutti i diritti degli adulti) dovrà pertanto soccombere qualora emerga che è pregiudizievole per il minore¹⁰⁶.

Nella successiva sentenza del 19 gennaio 2015, n. 752, la Suprema Corte esaminava il caso di una bambina che si rifiutava di frequentare la nonna, ponendo al vaglio i due citati aspetti fondamentali nella materia, relativi all'attualizzazione dell'interesse del minore e alla positività del rapporto di quest'ultimo con gli ascendenti ai fini della sua crescita, sana e regolare. Fatto un ampio richiamo alla citata sentenza n. 17191/2011, nell'occasione la nostra Cassazione ritiene che il diritto dei nonni a mantenere rapporti significativi con i nipoti non vada

¹⁰⁶ D'altro canto, la non assimilabilità dei detti rapporti è stata riscontrata più volte dalla stessa Cassazione (già con la sentenza del 30 settembre 2010, n. 20509) in relazione all'obbligo dei nonni al mantenimento dei nipoti, da considerarsi sussidiario rispetto a quello dei genitori, nel caso di impossibilità oggettiva da parte di questi ultimi a provvedere al mantenimento della prole.

considerato, a priori, come favorevole al minore, posto che, al contrario, la sua compatibilità col superiore interesse del minore deve essere valutata caso per caso, tenuto conto delle specificità della concreta situazione familiare. La Corte contrasta quindi l'idea – sostenuta dalla ricorrente – secondo cui il fatto che “i nonni sono ormai legittimati a fare valere il loro diritto a mantenere rapporti significativi coi nipoti” comporti la conseguenza che a loro deve essere riconosciuto, senza obiezione alcuna, “il diritto di mantenere le preesistenti frequentazioni” con i nipoti onde garantire loro “il sano sviluppo dell'importante rapporto parentale”. Di conseguenza, essa respinge il ricorso e convalida le risultanze dei precedenti gradi di giudizio che negavano la positività di quel rapporto, osservando che “i giudici di merito hanno irreprensibilmente valorizzato l'interesse preminente della minore *in riferimento alla situazione attuale, destinata ad evolversi nel tempo, con auspicabili diversi e positivi esiti*” (corsivo aggiunto).

La linea giurisprudenziale fin qui delineata viene ripresa dalla Cassazione, sez. I civ., nella sentenza del 3 febbraio-21 aprile 2015, n. 8100, in cui la pretesa avanzata dai nonni paterni di un adolescente viene respinta, tanto perché rivendicativa di un preteso ed infondato diritto autonomo, quanto perché connotata da un intento conflittuale. Sotto i profili indicati, la Corte italiana, innanzitutto, respinge il reclamo dei nonni dell'adolescente – con il quale gli anziani coniugi chiedevano degli incontri, nonostante si trovassero in grave conflitto con i genitori del ragazzo – ritenendo decisivo il rifiuto esplicito e ripetuto di quest'ultimo a frequentarli. Seppure tale rifiuto, espresso dal minore nel corso del procedimento, risultasse condizionato dall'ostilità dei genitori al ripristino del rapporto fra lui e i nonni, di esso – secondo la nostra Corte – “deve tenersi conto perché *esprime la volontà dell'adolescente di non esporsi a una situazione di conflitto che lo angoschia e non è in grado di sostenere*” (corsivo aggiunto). In tal senso, la sentenza in esame conferma il provvedimento d'appello in quanto questo “non nega (...) in nessun modo il diritto dei minori a conservare e intrattenere rapporti significativi con i propri ascendenti ma ha una finalità di tutela del minore *preservandolo da una situazione di conflitto che determina nel minore una condizione ansiogena e non corrispondente alle sue esigenze di serenità nella crescita*” (corsivo aggiunto).

Per altro verso, la Suprema Corte considera il ricorso inammissibile stigmatizzando il fatto che esso “non coglie la *ratio* del provvedimento che impugna”, essendo “finalizzato a ottenere un sindacato di merito sulla valutazione dell'interesse del minore e fraintende la natura del procedimento attribuendogli un carattere contenzioso e avversariale che non ha, specificamente nei confronti del minore”. Con un richiamo, quindi, all'art. 1 l. 54/2006 sull'affido condiviso, che ha novellato l'art. 155 c.c., la Corte ricorda che esso non attribuisce agli ascendenti “un autonomo diritto di visita” bensì affida al giudice “il potere di emettere provvedimenti che tengano conto dell'interesse prevalente del minore e che si prestino alla maggiore flessibilità e modificabilità possibile in relazione alla finalità di attuare la *miglior tutela* in favore del minore”.

Merita, a questo punto, di essere osservato che nessuna delle sentenze fin qui citate fa richiamo alle pronunce della Corte EDU nel settore di rapporti in esame. Queste, anzi, sembrano essere del tutto ignorate: potrebbe dirsi che non sia un caso, data la mancanza di corrispondenza – come si è potuto accertare – fra i loro rispet-

tivi esiti. In questi casi, perciò, dovrebbe apparire fuori luogo parlare di mancanza di conformità e coerenza della giurisprudenza italiana rispetto a quella della Corte EDU¹⁰⁷. Trattandosi, infatti, di situazioni che coinvolgono minori, si rende necessario scegliere quella interpretazione normativa (anche nazionale) che appaia più rispettosa del loro superiore ed esclusivo interesse del minore.

Sotto i profili ora richiamati, la modalità di coordinamento dell'ordinamento italiano rispetto al diritto interpretato dal giudice CEDU appare del tutto distinta da quella attuata dal nostro ordinamento in relazione alla giurisprudenza UE. Si è già avuto modo di accennare (*supra*, par. 1), in tal senso, alla giurisprudenza con cui la Corte di giustizia ha affermato che gli Stati non possono invocare uno *standard* di tutela più elevato in un settore nel quale è già intervenuta una normativa UE, ove il loro intervento fosse suscettibile di compromettere la "superiorità" e "uniformità" del diritto UE e, quindi, l'efficacia dei diritti e degli scopi in esso sanciti. Di tutta evidenza, le più elevate garanzie costituzionali degli Stati membri possono essere invocate solo a patto che non pregiudichino il ben noto "primato" del diritto UE. Diversamente che nei rapporti con l'Unione, in quelli di coordinamento con la CEDU prevale il principio della tutela più favorevole, che riflette un contenuto forse più classico e generalizzato, ma che risulta sicuramente più garantista in materia di tutela dei diritti umani.

7. Dall'indagine fin qui svolta, emerge che a fronte delle due fondamentali categorie di rapporti del minore che sono state prese in esame, l'adattamento italiano al sistema CEDU avviene in modo alquanto diversificato, a volte distonico e discontinuo, a tratti anche assente ma, comunque, mai infruttuoso, venendo a collocarsi in una prospettiva evolutiva e di miglior tutela dei diritti umani, nella specie dei minori. Da un lato, il costante flusso della giurisprudenza CEDU consente l'emersione dei problemi, legati alle distorsioni (anche gravi e protratte) e alle possibili derive che si nascondono nella tutela dei diritti umani approntata negli ordinamenti statali come il nostro; dall'altro, l'attitudine di questi ultimi a conservare propri margini di discrezionalità, necessari a preservare le rispettive specificità nazionali riveste ancora oggi un importante significato, assicurando quella pluralità di voci in grado di controbilanciare e, all'occorrenza, di contrastare, indesiderabili forme di omologazione, strumentalizzazione e di eccesso suscettibili di derivare dall'accentramento, delle funzioni di interpretazione e tutela dei diritti umani, in un'unica istanza istituzionale.

La circostanza, poi, che il diritto e la giurisprudenza CEDU non abbiano i caratteri di specialità attribuiti al diritto e alla giurisprudenza UE non sembra in effetti rappresentare un problema, come invece è stato sostenuto. A ben guardare, il rapporto che intercorre fra la Corte EDU e le corti nazionali italiane nella tutela delle categorie di rapporti presi in esame, lungi dal rinchiudersi in uno schema rigido e precostituito, riflette varietà, flessibilità e dinamismo tali – in ordine alle tecniche, ai contenuti e all'intensità del coordinamento fra i rispettivi sistemi giuridici di appartenenza – da non poter essere inteso affatto in termini di qualità deteriore. Al contrario, il contributo di un tale rapporto alla formazione di un "diritto vivente" –

¹⁰⁷ Cfr. sul punto U. VILLANI, *op. cit.*, p. 5.

improntato ad un'interpretazione del superiore ed esclusivo interesse del minore, sempre più attenta e aderente alle reali esigenze – appare chiaro ed essenziale rappresentando, tutt'oggi, un'importante occasione di rinnovamento e di innalzamento dei livelli di tutela, civiltà e democrazia per gli ordinamenti degli Stati e per lo stesso sistema CEDU di cui essi fanno parte.

Abstract

Protection of the Right to Family Life of Children Pursuant to Article 8 ECHR and Its Implementation in the Italian Legal System

The adaptation of the Italian legal order to the ECHR system (law and jurisprudence), in terms of a child's right to family life, takes place in a rather uncertain and discontinuous way but, nevertheless, still useful and advantageous. In this respect, the fact that the ECHR system does not have the "specialisation characteristics" attributed to the EU system does not seem to be a problem. On the contrary, the variety and flexibility of its implementation methods in the national legal order contribute significantly to the creation of a "living law" to protect the best, overriding and exclusive interests of the child and are, to date, an important opportunity for the renewal and improvement of existing levels of civilization, democracy and the protection of fundamental rights.

Pierluigi Simone*

Mancato riconoscimento del genocidio armeno e negoziato di adesione della Turchia all'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sul processo di adesione della Turchia alle Comunità e all'Unione europea: dalle origini agli odierni sviluppi. – 3. La valutazione sugli avvenimenti del 1915-1916 maturata negli Stati membri ed espressa dalle istituzioni dell'Unione. – 4. Il rifiuto di identificare i massacri armeni come un genocidio alla luce dei criteri di Copenaghen. – 5. Genocidio armeno, diritto alla libertà di espressione e relazioni di buon vicinato nell'area del Caucaso meridionale. – 6. Conclusioni.

1. Nella notte del 24 aprile 1915, il Governo del “Comitato dell'Unione e Progresso” (CUP) dei Giovani turchi, che all'epoca reggeva l'Impero Ottomano impegnato nella I Guerra mondiale, fece radunare e arrestare, a Costantinopoli e in altre città, un consistente gruppo di esponenti della élite politica, culturale ed economica armena (da 235 a 270 tra intellettuali, membri del clero e capi della comunità), ordinandone la traduzione in due centri detentivi situati nei pressi di Ankara¹. Quasi tutti furono assassinati nelle settimane successive. Dopo l'approvazione da parte del Parlamento ottomano, il 27 maggio 1915, della “Legge temporanea di deportazione” (*Tehcir Kanunu*), definita nella Repubblica di Turchia come “Legge sulla delocalizzazione e il reinsediamento” (*Sevk ve İskân Kanunu*), con la quale (pur senza alcuna allusione espressa agli Armeni) si permise di rimuovere coattivamente la popolazione in nome della sicurezza nazionale, delle necessità militari e delle esigenze dello Stato, la persecuzione della minoranza armena fu incrementata

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma “Tor Vergata”.

¹ In totale vennero arrestate 2.345 persone, con l'evidente finalità di impedire che la popolazione armena potesse esprimere una propria *leadership* e avere qualsiasi capacità di resistenza. Si noti inoltre che la data del 24 aprile 1915 (oggi osservata come la “Giornata della memoria del genocidio armeno”) coincise con lo sbarco delle truppe alleate britanniche (*Royal Navy*), australiane e neozelandesi (*Australian and New Zealand Army Corps* o ANZAC) nella Baia di Gallipoli. Dopo una serie di attacchi navali infruttuosi condotti dal 19 febbraio al 18 marzo 1915, si voleva tentare con questa invasione anfibia di forzare lo Stretto dei Dardanelli per poi occupare Costantinopoli, costringere l'Impero Ottomano a uscire dal conflitto e ristabilire le comunicazioni con l'Impero Russo attraverso il Mar Nero.

e resa sistematica². Essa proseguì con certezza fino al febbraio 1916 (ma probabilmente continuò anche nel 1917), attraverso la decimazione indiscriminata dei maschi adulti privi di disabilità fisiche; il disarmo degli uomini arruolati nelle Forze Armate ottomane, indirizzati a “battaglioni di lavoro” presso i quali furono pian piano eliminati; e lo spostamento, con marce forzate, di centinaia di migliaia di donne, bambini, malati e anziani verso la città siriana di Deir ez-Zor e il circostante inospitale deserto mesopotamico. Non ci sono prove che il Governo ottomano abbia fornito quanto sarebbe stato necessario al sostentamento dei deportati. Questi ultimi, scortati da soldati, privati di cibo, acqua e riparo, furono sottoposti con regolarità a rapine, stupri e violenze di ogni tipo. Durante tale campagna di “ricollocaimento” morì per fame, malattia o sfinimento un numero di civili oscillante tra gli 800.000 e il 1.800.000 e più, in quello che, chiamato dagli Armeni “*Medz Yeghern*” (“Grande Male”), è comunemente indicato come il “genocidio armeno”³. Il 26 settembre 1915 il Parlamento ottomano adottò inoltre la “Legge temporanea di espropriazione e confisca”, altrimenti detta “Legge sulla liquidazione” (*Tasfiye Kanunu*), stabilendo che tutti i beni mobili e immobili (compresi i terreni e il bestiame) appartenenti ad Armeni dovessero essere confiscati, registrati e venduti all’incanto⁴.

Fino a oggi, gli eventi di cui sopra sono definiti in ventinove Stati (in Argentina, Francia e Uruguay tramite legge, negli altri con atti parlamentari) come un genocidio⁵. Gli storici e gli studiosi sono, per la maggior parte, della medesima opinione. La Repubblica di Turchia, succeduta all’Impero Ottomano nel 1923, ritiene al contrario infondata una simile classificazione, reputandola menzognera e diffamatoria⁶. Negli ultimi anni, è stata oggetto di ripetuti inviti a riconoscere che le uccisioni

² La *Tehcir Kanunu*, promulgata il 1° giugno 1915, fu abrogata il 21 febbraio 1916. Cfr. A. LEKKA, *Legislative Provisions of the Ottoman/Turkish Governments Regarding Minorities and Their Properties*, in *Mediterranean Quarterly*, 2007, p. 138 ss.; S. ENGERT, *Turkey-Armenia: From Denial to Excuse?*, in C. DAASE et al. (eds.), *Apology and Reconciliation in International Relations. The Importance of Being Sorry*, Abingdon, 2016, p. 221.

³ La letteratura sul genocidio armeno è ormai molto ampia ed estremamente dettagliata. Per quanto riguarda gli ultimi anni, estremamente significativi sono gli studi di R. KEVORKIAN, *The Armenian Genocide: A Complete History*, London, 2011; T. AKÇAM, *The Young Turk’s Crime against Humanity: The Armenian Genocide and the Ethnic Cleansing in the Ottoman Empire*, Princeton, 2012; T. DE WAAL, *Great Catastrophe: Armenians and Turks in the Shadow of Genocide*, Oxford, 2015; R. GINGERAS, *Fall of the Sultanate: The Great War and the End of the Ottoman Empire, 1908-1922*, Oxford, 2016.

⁴ K.K. BAGHDJIAN, *La confiscation par le gouvernement turc des biens arméniens ... dits “abandonnés”*, Montreal, 1987, p. 255 ss.; V.N. DADRIAN, *The History of the Armenian Genocide: Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, New York, 2003, VI ed., p. 224; A. LEKKA, *op. cit.*, p. 138 ss.; T. AKÇAM, *op. cit.*, p. 351; S. ENGERT, *op. cit.*, p. 221.

⁵ Stando ai siti *web* dell’Assemblea nazionale della Repubblica di Armenia (www.parliament.am) e dell’Armenian National Institute (www.armenian-genocide.org), dichiarazioni, leggi o risoluzioni sul riconoscimento del genocidio armeno sono state adottate in: Argentina, Austria, Belgio, Bolivia, Brasile, Bulgaria, Canada, Cile, Cipro, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Italia, Libano, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Paraguay, Polonia, Repubblica Ceca, Russia, Siria, Slovacchia, Stati Uniti d’America, Svezia, Svizzera, Uruguay e Venezuela. Il riconoscimento è stato altresì effettuato dalla Santa Sede, dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, dal Parlamento europeo e dal Parlamento del MERCOSUR. Per maggiori dettagli nonché, nello specifico, sulla posizione di Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi e Svezia, cfr. *infra*, par. 3 e nota 37.

⁶ S. BAYRAKTAR, W. SEIBEL, *Das türkische Tätertrauma. Der Massenmord an den Armeniern von 1915 bis 1917 und seine Leugnung*, in B. GIESEN, C. SCHNEIDER (Hrsg.), *Tätertrauma*, Konstanz, 2004, p. 381 ss.

di massa degli Armeni abbiano dato luogo a un genocidio, ma ha sempre rifiutato di farlo; ha invece preferito promuovere attivamente l'uso di espressioni vaghe o evasive come il "cosiddetto genocidio armeno" (*sözde Ermeni Soykırımı*), la "questione armena", il "problema armeno" o la "tragedia armena" (terminologia generica che induce a pensare, rispettivamente, a una cosa nebulosa e incerta, a un'accusa infondata e a un evento accidentale)⁷. Fin dal 2007, una circolare dell'Ufficio del Primo ministro indica alle istituzioni governative di usare la locuzione neutra "1915 olayları" ("gli eventi del 1915")⁸.

Gli sforzi del Governo turco di contrastare e impedire qualsiasi menzione del, o accenno al, genocidio hanno fatto sorgere numerose controversie accademiche, diplomatiche, politiche e giudiziarie⁹. I pubblici ministeri, agendo d'ufficio o su istanza di parte, hanno fatto ricorso all'art. 301, par. 1, del codice penale turco, che vieta di denigrare e screditare l'"identità turca" o (dopo gli emendamenti apportati il 30 aprile 2008) la "nazione turca", per mettere a tacere docenti, attivisti dei diritti umani, giornalisti e scrittori che hanno parlato delle atrocità subite dagli Armeni¹⁰.

Non è il caso di analizzare qui se sia appropriato o meno ascrivere alla fattispecie del genocidio quello che il popolo armeno fu costretto a patire. Nell'esposizione si è preferito alternare la denominazione usuale ("genocidio armeno", "genocidio degli Armeni" e affini) ad altre: "avvenimenti", "eventi", "fatti" o "massacri del 1915-1916", "massacri armeni", "*Medz Yeghern*" e "uccisioni di massa degli Armeni". Pur senza dilungarsi, occorre comunque constatare che, sebbene il concetto di "genocidio" non fosse stato ancora enucleato (perché furono i gravissimi episodi della II Guerra mondiale a imporre una decisa reazione della comunità inter-

⁷ S. ENGERT, *op. cit.*, p. 225 s. In Turchia sono addotte giustificazioni discordanti a sostegno della tesi ufficiale secondo cui le morti di Armeni verificatesi durante i "trasferimenti" o i "ricollocamenti" non possono fondatamente essere considerate espressione di un genocidio: è stato asserito, ad esempio, che le uccisioni non furono né deliberate né metodicamente orchestrate o progettate, ma piuttosto ebbero carattere "locale" o "spontaneo"; che esse vanno in qualche modo correlate allo scenario bellico del momento e sono dunque il risultato di una legittima azione di autodifesa del Governo ottomano onde evitare la disgregazione della patria, in quanto gli Armeni, collusi con l'Impero Russo e da questo usati per fini separatisti, si erano rivelati sudditi sleali; che gli Armeni persero la vita semplicemente perché divennero il bersaglio di non meglio specificate "bande di predoni".

⁸ *Ivi*, p. 226.

⁹ Tra le dispute più recenti, famosa è quella verificatasi quando Papa Francesco, citando la dichiarazione comune del 27 settembre 2001 di Giovanni Paolo II e del Patriarca-Catholicos armeno Karekin II, affermò, in occasione della messa di commemorazione del Centenario celebrata il 12 aprile 2015 nella Basilica di San Pietro, che i massacri armeni del 1915-1916 devono essere generalmente considerati come "il primo genocidio del XX secolo". Questo termine non venne poi più impiegato, a causa della forte reazione turca (convocazione del nunzio apostolico ad Ankara e ritiro dell'ambasciatore presso la Santa Sede in segno di protesta), fino al 24 giugno 2016, quando il Pontefice, nel corso della sua visita in Armenia, ribadì il concetto e condannò fermamente la persistente negazione degli eventi, provocando una nuova, risentita risposta del Governo turco.

¹⁰ In seguito alle modifiche approvate dal Parlamento turco nel 2008, il par. 1 dell'art. 301 del codice penale stabilisce, nella sua traduzione in lingua inglese: "A person who publicly denigrates the Turkish Nation, the State of the Turkish Republic or the Grand National Assembly of Turkey and the judicial institutions of the State shall be punishable by imprisonment from 6 months to 2 years". L'art. 301 è stato utilizzato, ad esempio, contro lo scrittore Orhan Pamuk, per avere egli detto, in un'intervista del 2009 apparsa sul periodico svizzero *Das Magazin*: "Thirty thousand Kurds have been killed here, and a million Armenians". Cfr. S. ENGERT, *op. cit.*, p. 228 ss.

nazionale), e la Convenzione di New York del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio non possa quindi avere valenza retroattiva, le vicende delle quali si sta discutendo erano considerate un crimine dal diritto internazionale generale già all'epoca in cui ebbero a manifestarsi¹¹. Il discorso rischierebbe pertanto di ridursi, in fin dei conti, a una disquisizione puramente lessicale.

Nelle pagine che seguono, il persistente rifiuto di qualificare i fatti del 1915-1916 come un genocidio viene piuttosto indagato dal particolare punto di vista dell'ipotizzabile adesione della Turchia all'Unione europea, al fine di valutare se e in quale misura questo atteggiamento politico possa incidere (negativamente) sul negoziato in corso. Dopo aver delineato i tratti salienti del processo di adesione e il suo grado di avanzamento¹², l'argomento verrà affrontato nell'ottica degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione nonché con riferimento ai criteri di Copenaghen¹³. Durante il negoziato di adesione (un *iter* a tempo indeterminato, il cui esito non può essere garantito in anticipo), ogni Stato candidato deve infatti dimostrare la propria aderenza ai criteri politici, economici e giuridici fissati dal Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993. Ci si soffermerà altresì sull'obbligo di garantire in modo adeguato il diritto alla libertà di espressione e sulla necessità di mantenere relazioni di buon vicinato (elemento, quest'ultimo, essenziale del processo di adesione a causa dell'importante ruolo regionale svolto dalla Turchia)¹⁴. Si giungerà quindi a formulare alcune osservazioni conclusive¹⁵.

2. Tra i vari Stati terzi attualmente candidati ad aderire all'Unione europea, la Turchia, come è noto, è quello il cui negoziato sta incontrando di gran lunga le maggiori difficoltà, nonostante l'avvicinamento all'Europa da esso intrapreso sia tutt'altro che recente. In risposta a una apposita richiesta inoltrata il 31 luglio 1959 dal Primo ministro Adnan Menderes, la prima formalizzazione dei contatti reci-

¹¹ Depongono in tal senso l'istituto dell'intervento per ragioni umanitarie allo scopo di impedire e far cessare azioni inumane commesse da uno Stato, o con la complicità delle autorità statali, a danno dei propri sudditi, sorto già nell'Ottocento mediante l'inserzione di apposite clausole sulla protezione delle minoranze nazionali nel testo di vari trattati internazionali; la Dichiarazione congiunta emessa dagli Stati della Triplice Intesa il 24 maggio 1915, nella quale, ponendo in rilievo "the connivance and often assistance of Ottoman Authorities" proprio in relazione agli atti compiuti contro la popolazione armena, si affermò: "In view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied Governments announce publicly to the Sublime Porte that they will hold personally responsible for these crimes all members of the Ottoman Government as well as those of its agents who are implicated in such massacres"; nonché gli articoli 142, 144 e (soprattutto) 230 del Trattato di Sèvres del 10 agosto 1920 sulla pace tra le Potenze alleate e associate e la Turchia, che lasciano parimenti emergere la convinzione circa la natura criminale attribuita ai massacri armeni dal diritto internazionale, nonostante il Trattato medesimo non sia stato poi ratificato. V. in dottrina V.N. DADRAN, *Genocide as a Problem of National and International Law: The World War I Armenian Case and its Contemporary Legal Ramifications*, in *Yale Journal of International Law*, 1989, p. 221 ss.; A. DE ZAYAS, *The Genocide against the Armenians 1915-1923 and the Relevance of the 1948 Genocide Convention*, Beirut, 2010, pp. 5 ss. e 26 ss. Per una opinione contraria cfr. G. AKTAN, *The Armenian Problem and International Law*, in T. ATAÖV (ed.), *The Armenians in the Late Ottoman Period*, Ankara, 2001, p. 263 ss.

¹² V. *infra*, par. 2.

¹³ V. *infra*, rispettivamente paragrafi 3 e 4.

¹⁴ V. *infra*, par. 5.

¹⁵ V. *infra*, par. 6.

proci ebbe infatti luogo con l'Accordo di associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, firmato ad Ankara il 12 settembre 1963 ed entrato in vigore il 1° dicembre 1964¹⁶. Questo Accordo fu completato con cinque Protocolli¹⁷. L'adozione, a opera del Consiglio di associazione CE-Turchia (organo istituito dallo stesso Accordo di Ankara), della decisione n. 1/95 del 22 dicembre 1995, relativa all'attuazione della fase finale dell'Unione doganale, entrata in vigore il 31 dicembre 1995¹⁸, produsse poi un ulteriore, emblematico consolidamento.

Significativamente, nel Preambolo dell'Accordo del 1963 veniva riconosciuto che "l'appoggio dato dalla Comunità Economica Europea agli sforzi del popolo turco diretti ad elevare il suo tenore di vita faciliterà ulteriormente l'adesione della Turchia alla Comunità", mentre nel successivo art. 28 era stabilito che quando il funzionamento dell'Accordo suddetto avesse consentito di prevedere l'accettazione integrale da parte della Turchia degli obblighi derivanti dal Trattato istitutivo della Comunità, le Parti contraenti avrebbero esaminato la possibilità di adesione della Turchia alla Comunità stessa. In senso analogo, nel 1° 'considerando' della decisione n. 1/95 poc'anzi citata si afferma che "gli obiettivi dell'accordo di Ankara che ha istituito un'associazione tra la Turchia e la Comunità, segnatamente l'articolo 28, mantengono la loro importanza in questa fase di grandi mutamenti politici ed economici in Europa". La piena adesione alle Comunità europee (oggi all'UE) è un traguardo di fondo che sia la Turchia, sia la controparte comunitaria hanno avuto ben chiaro fin dalle origini¹⁹.

Il 14 aprile 1987 avvenne il deposito della domanda di adesione, presentata dal Primo ministro Turgut Özal; il negoziato, però, è stato aperto ufficialmente solo il 3 ottobre 2005²⁰. Da allora, le trattative sono state ostacolate da una serie crescente di

¹⁶ Decisione 64/732/CEE del Consiglio, del 23 dicembre 1963, relativa alla conclusione dell'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia.

¹⁷ Ossia, con un Protocollo addizionale e un Protocollo finanziario, ambedue firmati a Bruxelles il 23 novembre 1970; un Protocollo complementare, firmato ad Ankara il 30 giugno 1973; un Protocollo finanziario, fatto a Bruxelles il 12 maggio 1977; e un Protocollo aggiuntivo, fatto a Bruxelles il 29 luglio 2005.

¹⁸ Nel 3° e 4° 'considerando' della decisione n. 1/95 si precisa che "il rapporto di associazione di cui all'articolo 5 dell'accordo di Ankara sta entrando nella fase finale, imperniata sull'unione doganale, che completerà la fase transitoria mediante l'adempimento degli obblighi reciproci di entrambe le parti e porterà all'elaborazione delle modalità effettive di funzionamento dell'unione doganale nel quadro dell'accordo di Ankara e del suo protocollo aggiuntivo", e che "l'unione doganale rappresenta un notevole salto qualitativo, in termini politici ed economici, nell'ambito delle relazioni tra le parti".

¹⁹ A. RIZZO, *Le relazioni tra Turchia e Unione europea: State of the Art*, in P. GARGIULO (a cura di), *La Turchia come attore globale e regionale*, Napoli, 2013, p. 156. L'adesione della Turchia all'UE costituisce un caso di studio estremamente interessante: si vedano, tra gli altri, A. ARIKAN, *Turkey and the EU: An Awkward Candidate for EU Membership?*, Farnham, 2006, II ed.; C. ARVANITOPOULOS (ed.), *Turkey's Accession to the European Union: An Unusual Candidacy*, Berlin, 2009; Ç. NAS, Y. ÖZER (eds.), *Turkey and the European Union: Processes of Europeanisation*, Farnham, 2012; M. MÜFTÜLER BAÇ, *Divergent Pathways: Turkey and the European Union. Re-thinking the Dynamics of Turkish-European Union Relations*, Leverkusen, 2016.

²⁰ Cfr. Conseil des Communautés européennes, Demande d'adhésion de la Turquie à la Communauté économique européenne (14 avril 1987), lettre adressée à Leo Tindemans, Ministre belge des Affaires étrangères et Président en exercice du Conseil des Communautés européennes, doc. 6012/87, riprodotta su www.cvce.eu; European Commission, Negotiating Framework (Luxembourg, 3 October 2005). Malgrado il suo parere favorevole, la Commissione puntualizzò peraltro che in alcuni settori chiave

problemi. Per poter fare ingresso nell'UE, la Turchia deve completare con successo il negoziato con la Commissione su trentatré capitoli tematici concernenti l'*acquis* dell'Unione (i diritti e gli obblighi comuni vincolanti per tutti gli Stati membri)²¹. Otto capitoli sono congelati dall'11 dicembre 2006 poiché la Turchia impedisce alle imbarcazioni battenti bandiera cipriota e provenienti da porti situati nella Repubblica di Cipro di approdare nei porti turchi, e nega agli aeromobili aventi la medesima nazionalità il diritto di attraversamento dello spazio aereo turco e i diritti di scalo negli aeroporti turchi²². Il veto cipriota è stato esteso anche ad altri sei capitoli, i quali sono perciò bloccati e non riescono a procedere oltre²³. Finora, risultano essere stati aperti sedici capitoli e soltanto uno di essi è stato già chiuso²⁴.

Nel 2007, il Governo turco dichiarò di voler completare entro il 2013 le riforme necessarie a rispettare i parametri imposti dal diritto UE. A tale proposito, peraltro, sono stati segnalati, da più parti e a più riprese, rallentamenti notevoli. Nel 2006, il Presidente della Commissione Barroso ritenne realisticamente che il processo negoziale sarebbe potuto durare almeno fino al 2021. Nel 2012, il Primo ministro Erdoğan disse che si aspettava di vedere realizzata l'adesione della Turchia entro il 2023 (centesimo anniversario della proclamazione della Repubblica di Turchia), lasciando intendere di voler porre fine al negoziato qualora non fosse giunto un risultato positivo entro quel termine e, in alternativa, di voler far diventare la Turchia membro a tutti gli effetti dell'Organizzazione per la cooperazione di Shanghai (SCO), della quale è "*partner di dialogo*"²⁵.

(come la libera circolazione delle persone, alcune politiche strutturali e la politica agricola) sarebbe stato opportuno considerare lunghi periodi transitori, deroghe, intese bilaterali specifiche o clausole di salvaguardia permanenti.

²¹ Sull'*acquis* dell'Unione v. *infra*, par. 4. Sull'organizzazione dei capitoli del negoziato con gli Stati candidati cfr. *infra*, nota 75.

²² Si tratta dei capitoli 1 (Libertà di circolazione delle merci), 3 (Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi), 9 (Servizi finanziari), 11 (Agricoltura e sviluppo rurale), 13 (Pesca), 14 (Politica dei trasporti), 29 (Unione doganale) e 30 (Relazioni esterne). Cfr. A. RIZZO, *op. cit.*, p. 147 s.

²³ Fin dall'8 dicembre 2009, essi sono i capitoli 2 (Libertà di circolazione dei lavoratori), 15 (Energia), 23 (Magistratura e diritti fondamentali), 24 (Giustizia, libertà e sicurezza), 26 (Educazione e cultura) e 31 (Politica estera e di sicurezza e difesa).

²⁴ Sono attualmente aperti i capitoli 4 (Libera circolazione dei capitali), 6 (Diritto societario), 7 (Diritto della proprietà intellettuale), 10 (Società dell'informazione e *media*), 12 (Sicurezza alimentare e politica veterinaria e fitosanitaria), 16 (Tassazione), 17 (Economia e politica monetaria), 18 (Statistica), 20 (Impresa e politica industriale), 21 (Reti transeuropee), 22 (Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali), 27 (Ambiente e cambiamento climatico), 28 (Consumatori e tutela della salute), 32 (Controlli finanziari) e 33 (Disposizioni finanziarie e di bilancio). Il capitolo 25 (Scienza e ricerca) è stato aperto il 12 giugno 2006 e chiuso il medesimo giorno.

²⁵ La SCO, istituita con la Dichiarazione di Shanghai del 15 giugno 2001, è un'organizzazione intergovernativa politica, economica e militare eurasiatica i cui attuali Stati membri sono Cina, Kazakistan, Kirghizistan, India, Pakistan, Russia, Tagikistan e Uzbekistan. Afghanistan, Bielorussia, Iran e Mongolia hanno lo *status* di osservatore, mentre sono "*partner di dialogo*", oltre alla Turchia, l'Armenia, l'Azerbaigian, la Cambogia, il Nepal e lo Sri Lanka. Cfr. M. DEL VECCHIO, P. GARGIULO, I. INGRAVALLO, *Il ruolo della Turchia nelle organizzazioni internazionali*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 134 s. Sulle implicazioni delle relazioni tra Turchia e SCO v. altresì *infra*, nota 113.

La conclusione dell'Accordo tra UE e Turchia sulla riammissione delle persone in posizione irregolare, firmato ad Ankara il 16 dicembre 2013²⁶, sembrava aver dato un nuovo impulso al negoziato di adesione. Dopo la firma dell'Accordo di riammissione, il Commissario europeo per gli Affari interni Cecilia Malmström ha infatti aperto con la Turchia un dialogo sulla liberalizzazione dei visti comprensivo di una *Roadmap towards the Visa-free Regime with Turkey*, volta ad assicurare ai cittadini turchi viaggi senza visto nello spazio Schengen²⁷. In linea con le conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 15 ottobre 2015²⁸, sia la Dichiarazione UE-Turchia approvata dalla riunione dei capi di Stato o di governo dell'Unione europea con la Turchia, tenutasi a Bruxelles il 29 novembre 2015, sia la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016 hanno in seguito riconfermato l'impegno a "rivitalizzare" e a "rilanciare" l'intero processo²⁹.

Le misure repressive e di emergenza adottate dal Governo turco all'indomani del fallito colpo di Stato militare del 15 luglio 2016, messo in atto da una fazione delle Forze armate risultata poi minoritaria, stanno purtroppo rimettendo tutto seriamente in discussione. Gravi preoccupazioni vengono infatti sollevate in merito alle condizioni in cui versano le persone detenute a seguito del tentativo di colpo di Stato e alle severe restrizioni imposte sulla libertà di espressione e di stampa e sui *media*. Nel considerare le misure suddette sproporzionate e contrarie ai diritti fondamentali e alle libertà protetti dalla Costituzione turca, ai valori democratici su cui l'UE si fonda, nonché alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 4 novembre 1950 e al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 (dai quali la Turchia è vincolata), il Parlamento europeo, con la sua risoluzione sulle relazioni UE-Turchia del 24 novembre 2016, pur confermando l'impegno a mantenere la Turchia ancorata all'Unione, ha invitato la Commissione e gli Stati membri a procedere a una interruzione temporanea del negoziato e ha ribadito che "la reintroduzione della pena capitale da parte del governo turco dovrebbe comportare una sospensione formale del processo di adesione"³⁰. Il 13 dicembre 2016, il Consiglio Affari generali ha affermato: "Under the currently prevailing circumstances, no new chapters are considered for opening"³¹. Il cammino imboccato dalla Turchia verso l'instaurazione di un regime autocratico sta rendendo la sua prospettiva di adesione all'UE estremamente complicata.

²⁶ Decisione 2014/252/UE del Consiglio, del 14 aprile 2014, relativa alla conclusione dell'Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'Unione europea e la Repubblica di Turchia.

²⁷ Cfr. European Commission, *Roadmap towards the Visa-free Regime with Turkey* (16 dicembre 2013).

²⁸ Consiglio europeo di Bruxelles, conclusioni, doc. EUCO 26/15, punto 2.

²⁹ V. Consiglio europeo, riunione dei capi di Stato o di governo dell'UE con la Turchia, e Dichiarazione UE-Turchia, 29 novembre 2015, punto 2; Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016, punto 8.

³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo sulle relazioni UE-Turchia, 24 novembre 2016, doc. P8_TA(2016)0450, punti 1 e 3. Cfr. inoltre le conclusioni del Consiglio Affari esteri sulla Turchia del 18 luglio 2016.

³¹ Council of the European Union, *Outcome of the Council Meeting, 3511st Council Meeting, General Affairs, Brussels, 13 dicembre 2016*, doc. 15536/16, punto 23.

3. Se dal punto di vista formale il negoziato con la Turchia sembra rispettare il percorso già seguito precedentemente da altri Stati candidati all'adesione, dal punto di vista sostanziale esso presenta delle caratteristiche del tutto originali, cui si mescolano scetticismo e paure dell'opinione pubblica di vari Stati membri dell'Unione³². Oltre ai timori provocati da questioni religiose, culturali e demografiche (tant'è che, sotto tale ultimo aspetto, l'ingresso della Turchia nell'Unione implicherebbe adeguamenti istituzionali di un certo rilievo), aleggiano sul tavolo negoziale quattro problemi irrisolti e molto delicati: l'occupazione turca della parte nord-occidentale dell'isola di Cipro (laddove si estende dal 1983 l'autoproclamata Repubblica turca di Cipro del Nord, non riconosciuta dalla comunità internazionale) e il rifiuto della Turchia di riconoscere la Repubblica di Cipro (porzione meridionale dell'isola, nella quale è stanziato il gruppo etnico greco-cipriota), membro a pieno titolo dell'UE dal 1° maggio 2004, come unico sovrano territoriale esistente³³; la condizione della minoranza curda, poiché l'espressione di un'identità curda è percepita come una potenziale minaccia all'unità dello Stato turco³⁴; la tutela delle minoranze religiose (soprattutto ebraiche, cattoliche e alevite), destinatarie di un trattamento particolarmente punitivo e rigido, se paragonato a quello riservato al culto islamico³⁵; e, appunto, la mancata volontà di riconoscere il “*Medz Yeghern*”. In proposito, il convincimento della Turchia, precedentemente menzionato e fin troppo conosciuto, non è mai stato modificato nel corso degli anni³⁶.

Le prese di posizione politica, tanto delle assemblee parlamentari di alcuni Stati membri, quanto delle istituzioni dell'Unione, sul tema del mancato riconoscimento del genocidio armeno collegato al processo di adesione della Turchia alle Comunità e all'Unione non sono finora di certo mancate. Per quanto riguarda gli Stati membri, vale la pena di ricordare, tra le altre, le decisioni, le mozioni e le risoluzioni approvate dai parlamenti di Germania, Italia, Paesi Bassi e Svezia³⁷. Una risoluzione

³² Cfr. sul punto J.D. KEMMING, Ö. SANDIKCI, *Turkey's EU Accession as a Question of Nation Brand Image*, in *Place Branding and Public Diplomacy*, 2007, p. 31 ss.; F. SCHIMMELFENNIG, *Entrapped Again: The Way to EU Membership Negotiations with Turkey*, in *International Politics*, 2009, p. 413 ss. V. anche *infra*, par. 6.

³³ Basti pensare che dal 1° luglio al 31 dicembre 2012, periodo di tempo corrispondente all'esercizio della Presidenza di turno dell'Unione da parte della Repubblica di Cipro, la Turchia ha congelato (di fatto, sospendendole) le sue relazioni con l'Unione. V. T. BAHCELI, *Turkey's Quest for EU Membership and the Cyprus Problem*, in J.J. JOSEPH (ed.), *Turkey and the European Union*, London, 2006, p. 161 ss.; A. RIZZO, *op. cit.*, p. 145 ss.

³⁴ La questione curda ha sempre rivestito notevole importanza nella vita politica turca. La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha più volte condannato la Turchia per abusi commessi nei confronti di Curdi. Le varie pronunce sono state emesse in riferimento a esecuzioni di civili, torture, spostamenti forzati, distruzioni di villaggi, arresti e processi arbitrari, assassinii e rapimenti di giornalisti. Cfr., tra le ultime, le sentenze del 24 marzo 2014, *Benzer e a. c. Turchia*, e del 6 dicembre 2016, *Belge c. Turchia*. In dottrina v. M.M. GUNTER, *The Kurdish Problem in International Politics*, in J.J. JOSEPH (ed.), *op. cit.*, p. 96 ss.; A. GRATTERI, *Costituzione e democrazia in Turchia*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss.

³⁵ V. in tema R. BARATTA, *La libertà di culto in Turchia nella prospettiva dell'adesione all'Unione europea*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 887 ss.

³⁶ V. *supra*, par. 1.

³⁷ Si considerino tuttavia anche la risoluzione del Nationalrat austriaco del 24 aprile 2015; la risoluzione del Senato belga del 26 marzo 1998; la decisione dell'Assemblea nazionale bulgara del 24 aprile

della Camera dei deputati del 16 novembre 2000 ha impegnato il Governo italiano “ad adoperarsi per il completo superamento di ogni contrapposizione tra popoli e minoranze diverse nell’area [del Caucaso], al fine di creare le condizioni (...) per la pacifica convivenza e la corretta tutela dei diritti umani nella prospettiva di una più rapida integrazione della Turchia e dell’intera regione nell’Unione europea”³⁸, mentre nella sua mozione del 15 giugno 2005 il Bundestag tedesco ha sottolineato che “the Turkish attitude is in opposition to the idea of reconciliation which guides the common values of the European Union”³⁹.

Gli approcci olandese e svedese sono stati più diretti. La Tweede Kamer (Camera dei rappresentanti) degli Stati generali dei Paesi Bassi, notando l’avvio dei negoziati di adesione con la Turchia ed essendo del parere che una onesta accettazione della propria storia sia strettamente correlata allo *status* di Paese candidato all’adesione, con una mozione del 21 dicembre 2004 ha chiesto al Governo olandese, nel quadro del suo dialogo con la Turchia, “to continuously and expressly raise the recognition of the Armenian genocide”⁴⁰. La decisione del Riksdag svedese dell’11 marzo 2010 afferma dal canto suo: “As long as countries such as Sweden does not confront Turkey with the truth and the facts which are at hand, Turkey can not go further on its path to a more open society, a better democracy and fully open its possibilities for a membership in EU”⁴¹.

La Francia è finora l’unico Stato UE ad avere riconosciuto il genocidio armeno per legge⁴². Nel 2004, peraltro, il Ministro degli Esteri Michel Barnier dichiarò che la Turchia avrebbe dovuto ammettere che i massacri del 1915-1916 furono un genocidio; pur senza farne una condizione preliminare per l’ingresso nell’Unione, egli insistette sul fatto che la Francia avrebbe comunque sollevato la questione durante il negoziato. Il riconoscimento effettuato da Cipro, dalla Grecia e dalla Slovacchia per il tramite di risoluzioni parlamentari è invece sfociato in una tutela legislativa “dis-

2015; le risoluzioni della Camera dei rappresentanti cipriota del 24 agosto 1975, del 29 aprile 1982 e del 19 aprile 1990; la risoluzione del Folketing danese del 26 gennaio 2017; la risoluzione del Parlamento greco del 25 aprile 1996; la risoluzione del Parlamento lituano del 15 dicembre 2005; le risoluzioni della Camera dei deputati lussemburghese del 15 aprile 2015, di quella polacca del 19 aprile 2005 e di quella ceca del 25 aprile 2017; e la risoluzione del Consiglio nazionale slovacco del 30 aprile 2004.

³⁸ Cfr. Atti della Camera dei deputati, XIII legislatura, Seduta n. 813 di venerdì 17 novembre 2000, all. A, p. 402. V. altresì il sito *web* dell’Armenian National Institute.

³⁹ Cfr. Deutscher Bundestag, Drucksache 15/5689, 15. Wahlperiode, 15.06.2005, Antrag der Fraktionen SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen und FDP Erinnerung und Gedenken an die Vertreibungen und Massaker an der Armeniern 1915-Deutschland muss zur Versöhnung zwischen Türken und Armeniern beitragen. V. inoltre il sito *web* dell’Armenian National Institute, nel quale è riportato pure il testo della mozione del Bundestag del 2 giugno 2016.

⁴⁰ Cfr. Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2004-2005, 21 501-20 Europese Raad, Nr. 270, Motie van het Lid Rouvoet C.S. V. anche il sito *web* dell’Armenian National Institute.

⁴¹ Cfr. Sveriges Riksdag, Folkmordet 1915 på armenier, assyrier/syrianer/kaldéer och pontiska greker, Motion till Riksdagen 2008/09:U332 av Hans Linde m.fl. (V, MP, KD, S, FP). V. il sito *web* dell’Armenian National Institute, ove è altresì reperibile il *Report* approvato dal Parlamento svedese il 29 marzo 2000.

⁴² V. la legge n. 2001-70 del 29 gennaio 2001. Una successiva legge del 2012 che puniva la negazione o la minimizzazione estrema di uno o più eventi qualificati come genocidio dall’ordinamento giuridico francese (tra questi, il genocidio armeno), è stata censurata dal Conseil constitutionnel (sentenza n. 2012-647 del 28 febbraio 2012) e pertanto non è stata promulgata.

simulata”, essendo in vigore nei suddetti ordinamenti delle norme che puniscono la negazione dell’Olocausto e dei crimini di genocidio, inclusi i genocidi definiti tali dai rispettivi parlamenti nazionali⁴³.

Relativamente alle istituzioni UE, non ci sono riferimenti specifici ai massacri armeni nelle conclusioni del Consiglio europeo. Utili spunti si trovano nelle risposte date da Consiglio e Commissione a interrogazioni scritte presentate da membri del Parlamento europeo. Il Consiglio, “pienamente consapevole del carattere sensibile delle questioni riguardanti il trattamento del popolo armeno durante l’Impero Ottomano”, ha ricordato che la posizione dell’UE sull’apertura del negoziato di adesione con la Turchia è stata chiaramente definita nelle conclusioni di varie riunioni del Consiglio europeo secondo gli stessi criteri applicati agli altri Stati candidati e unicamente nel contesto dei criteri politici di Copenaghen⁴⁴. Il Consiglio ha inoltre sottolineato che la Turchia, in quanto Stato candidato, deve condividere i valori e gli obiettivi dell’UE stabiliti nei Trattati. Sono quindi necessari un impegno univoco a mantenere buone relazioni di vicinato, nonché la composizione delle controversie frontaliere irrisolte, in ottemperanza al principio della risoluzione pacifica delle controversie in conformità della Carta ONU⁴⁵.

La Commissione, dal canto suo, ha notato che il riconoscimento di fatti avvenuti in passato non costituisce un requisito stabilito dal Consiglio europeo per l’apertura del negoziato di adesione con i Paesi candidati, e non rientra quindi nel campo di applicazione dei criteri di Copenaghen⁴⁶; che il pieno rispetto dello Stato di diritto, dei diritti umani, delle libertà fondamentali e delle minoranze, in ossequio alle disposizioni pertinenti della CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU), sono condizioni preliminari per l’adesione della Turchia all’Unione⁴⁷; e che, non dovendo l’UE giudicare la storia, la prospettiva di adesione della Turchia deve portare a una normalizzazione delle sue relazioni bilaterali con l’Armenia, in linea con il principio di riconciliazione su cui l’Unione stessa si fonda, volto a garantire la pace, la democrazia, la stabilità e la prosperità nel continente⁴⁸.

⁴³ Cfr. *supra*, nota 37. V. per Cipro, l’art. 2 della legge n. 45(I) del 9 aprile 2015, recante modifica della legge n. 134(I) del 21 ottobre 2011; per la Grecia, l’art. 2 della legge n. 4285/2014 del 10 settembre 2014; per la Slovacchia, gli articoli 422D e 424A del codice penale approvato con la legge n. 300/2005 del 20 maggio 2005, come emendata dalla legge n. 262/2011 del 1° settembre 2011.

⁴⁴ Cfr. *infra*, par. 4.

⁴⁵ Cfr. le risposte alle interrogazioni scritte dei deputati Claeys (E-1947/04, 9 settembre 2004), Vanhecke (E-0707/05, 1° marzo 2005), Dillen (E-0295/07, 1° febbraio 2007) e Tannock (E-5944/09, 30 novembre 2009).

⁴⁶ Cfr. le risposte alle interrogazioni scritte dei deputati Carlotti (P-3186/00, 4 ottobre 2000), Bigliardo (E-0229/01, 5 febbraio 2001), Mayol i Raynal (E-2038/03, 19 giugno 2003), Claeys (E-1946/04, 9 settembre 2004), Dillen (E-2263/04, 30 settembre 2004), Toubon e Tannock (E-1441/05, 18 aprile 2005), Kilroy Silk (E-4581/06, 26 ottobre 2006) e Borghezio (E-012658/11, 11 gennaio 2012).

⁴⁷ Cfr. le risposte alle interrogazioni scritte dei deputati Claeys (E-2039/10, 6 aprile 2010), Obermayr (E-2225/10, 9 aprile 2010) e Salvini (P-005960/16, 19 luglio 2016).

⁴⁸ Cfr. le risposte alle interrogazioni scritte dei deputati Vanhecke (E-1285/05, 7 aprile 2005), Camre (E-0085/06, 20 gennaio 2006 e E-2992/06, 4 luglio 2006), Sjöstedt (E-1138/06, 23 marzo 2006), Fontana (P-2010/10, 25 marzo 2010), Claeys (E-1883/10, 26 marzo 2010), Mölzer (E-1858/10, 26 marzo 2010) e Borghezio (E-005170/16, 28 giugno 2016).

Il Consiglio e la Commissione, di conseguenza, o sono stati evasivi, evitando di affrontare la questione del genocidio armeno nel merito; o si sono trincerati dietro il formalismo letterale rappresentato dai criteri di Copenaghen, ritenendo che il tema sia, in buona sostanza, irrilevante.

Particolarmente significativo è l'atteggiamento rivelato nel tempo dal Parlamento europeo con varie risoluzioni emanate a partire dal 1987, nonostante esse siano, come il Tribunale di primo grado (oggi, il Tribunale) e la Corte di giustizia hanno precisato nel 2003 e nel 2004 in relazione al caso *Krikorian*, documenti contenenti dichiarazioni di carattere puramente politico, modificabili in qualsiasi momento e pertanto inidonee a produrre effetti giuridici vincolanti nei confronti tanto del loro autore, quanto, *a fortiori*, delle altre istituzioni⁴⁹. Nella risoluzione su una soluzione politica del problema armeno del 18 giugno 1987 (non a caso, adottata due mesi dopo il deposito della domanda di adesione turca alle Comunità), il Parlamento europeo, da un lato, ritenne "che i tragici avvenimenti verificatisi negli anni 1915-1917 a danno degli armeni stabiliti sul territorio dell'Impero ottomano costituiscano un genocidio ai sensi della convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 9 dicembre 1948" e sottolineò espressamente come il rifiuto del Governo turco di riconoscere il genocidio commesso in passato ai danni del popolo armeno costituisca uno "degli ostacoli insormontabili all'esame di un'eventuale adesione della Turchia alla Comunità"; dall'altro, ammise che "la Turchia attuale non può essere ritenuta responsabile del dramma vissuto dagli armeni nell'Impero ottomano" e aggiunse (contraddicendosi, in verità) che, "pur considerando tali avvenimenti storici come un genocidio, non si possono avanzare pretese politiche, giuridiche o materiali nei riguardi della Turchia di oggi"⁵⁰.

Negli anni seguenti, il Parlamento europeo si è espresso in maniera altrettanto netta soltanto una volta, con la risoluzione sull'apertura dei negoziati con la Turchia del 28 settembre 2005, allorquando, nel rivolgere un appello alla Turchia affinché riconoscesse il genocidio degli Armeni, disse espressamente di reputare tale atto come "una condizione preliminare all'adesione all'Unione europea"⁵¹. Nella risoluzione sui progressi compiuti dalla Turchia in vista dell'adesione del 27 settembre 2006 sottolineò che, sebbene l'ammissione del "*Medz Yeghern*" in quanto tale non costituisca uno dei criteri di Copenaghen, è indispensabile che uno Stato che si avvia all'adesione accetti il proprio passato⁵². In molte altre risoluzioni, il Parlamento europeo ha invece usato toni decisamente più sfumati, limitandosi a invitare il Governo turco a promuovere il processo di riconciliazione con l'Armenia

⁴⁹ V. ordinanza del Tribunale di primo grado del 17 dicembre 2003, causa T-346/03, *Krikorian e Euro-Arménie ASBL c. Parlamento europeo, Consiglio e Commissione*, punto 19; ordinanza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2004, causa C-18/04P, *Krikorian e Euro-Arménie ASBL c. Parlamento europeo, Consiglio e Commissione*, punto 32.

⁵⁰ Risoluzione su una soluzione politica del problema armeno, 18 giugno 1987, doc. A2-33/87, punti 2 e 4.

⁵¹ Risoluzione sull'apertura dei negoziati con la Turchia, 28 settembre 2005, doc. P6_TA(2005)0350, punto 5.

⁵² Risoluzione sui progressi compiuti dalla Turchia in vista dell'adesione, 27 settembre 2006, doc. P6_TA(2006)0381, punto 56.

e a riconoscere pubblicamente il genocidio compiuto a danno del popolo armeno sotto il Governo dei Giovani turchi anteriormente allo stabilimento della moderna Repubblica di Turchia⁵³; a chiedere al Consiglio e alla Commissione di esigere dalle autorità turche il riconoscimento formale della realtà storica del genocidio⁵⁴; a invitare gli accademici, le organizzazioni sociali e le ONG turche e armenie ad avviare contatti, ovvero a portare avanti il loro dialogo al fine di superare “le tragiche esperienze del passato” e di giungere “ad una valutazione comune del passato”⁵⁵; e a chiedere alle autorità turche di facilitare il lavoro dei ricercatori, degli intellettuali e degli studiosi che lavorano sulla questione del genocidio armeno, garantendo loro l’accesso agli archivi storici e fornendo tutti i documenti utili⁵⁶. Nella risoluzione sulle relazioni UE-Turchia del 24 ottobre 2007 e in tutte le risoluzioni sulle relazioni della Commissione relative ai progressi compiuti dalla Turchia emanate tra il 2007 e il 2017, l’argomento, mai richiamato in modo esplicito, è stato costantemente collegato alla instaurazione di relazioni di buon vicinato e alla cooperazione transfrontaliera, con l’esortazione a ripristinare pieni rapporti economici e diplomatici tra i due Stati e con l’appello ai Governi turco e armeno a intraprendere “un processo di riconciliazione, nel rispetto sia del presente che del passato e che consenta una discussione franca e aperta sugli eventi trascorsi”⁵⁷. Neanche la risoluzione del 15 aprile 2015 sul centenario del genocidio armeno allude al tema oggetto di indagine: essa deplora fermamente ogni tentativo di negazionismo e incoraggia “la Turchia a

⁵³ Risoluzioni sulla relazione periodica 1999 della Commissione sui progressi della Turchia verso l’adesione, 15 novembre 2000, doc. A5-0297/2000, punto 10; sulla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo concernente le relazioni dell’Unione europea con il Caucaso meridionale nel quadro degli accordi di partenariato e cooperazione, 28 febbraio 2002, doc. P5_TA(2002)0085, punto 19; sulla relazione periodica 2004 e sulla raccomandazione della Commissione europea sui progressi compiuti dalla Turchia in vista dell’adesione, 15 dicembre 2004, doc. P6_TA(2004)0096, punto 39.

⁵⁴ Risoluzione sulla relazione periodica 2004, punto 41.

⁵⁵ Risoluzioni sulla relazione periodica 2000 della Commissione sui progressi della Turchia verso l’adesione, 25 ottobre 2001, doc. A5-0343/2001, punto 33; sulla domanda di adesione della Turchia all’Unione europea, 5 giugno 2003, doc. P5_TA(2003)0265, punto 48; sulla relazione periodica 2003 della Commissione europea sui progressi compiuti dalla Turchia in vista dell’adesione, 1° aprile 2004, doc. P5_TA(2004)0274, punto 47.

⁵⁶ Risoluzione sui progressi compiuti dalla Turchia in vista dell’adesione, punto 56.

⁵⁷ Risoluzioni sulla relazione 2007 relativa ai progressi compiuti dalla Turchia, 21 maggio 2008, doc. P6_TA(2008)0224, punto 44; sulla relazione concernente i progressi compiuti dalla Turchia nel 2008, 12 marzo 2009, doc. P6_TA(2009)0134, punto 44; sulla relazione concernente i progressi compiuti dalla Turchia nel 2009, 10 febbraio 2010, doc. P7_TA(2010)0025, punto 41; sulla relazione 2010 sui progressi compiuti dalla Turchia, 9 marzo 2011, doc. P7_TA(2011)0090, punto 44; sulla relazione 2011 relativa ai progressi compiuti dalla Turchia, 29 marzo 2012, doc. P7_TA(2012)0116, punto 50; sulla relazione 2012 sui progressi compiuti dalla Turchia, 18 aprile 2013, doc. P7_TA(2013)0184, punto 53; sulla relazione 2013 relativa ai progressi compiuti dalla Turchia, 12 marzo 2014, doc. P7_TA(2014)0235, punto 37; sulla relazione 2014 della Commissione sui progressi compiuti dalla Turchia, 10 giugno 2015, doc. P8_TA(2015)0228, punto 49; sulla relazione 2015 sulla Turchia, 14 aprile 2016, doc. P8_TA(2016)0133, punto 8; sulla relazione 2016 della Commissione sulla Turchia, 6 luglio 2017, doc. P8_TA(2017)0306, punto 31. Cfr. altresì le risoluzioni sulle relazioni UE-Turchia, 24 ottobre 2007, doc. P6_TA(2007)0472, punto 23; e sul documento 2009 di strategia per l’allargamento presentato dalla Commissione concernente i paesi dei Balcani occidentali, l’Islanda e la Turchia, 26 novembre 2009, doc. P7_TA(2009)0097, punto 22.

cogliere l'importante opportunità offerta dalla commemorazione del centenario (...) per portare avanti gli sforzi volti a venire a patti con il passato, anche con l'apertura degli archivi, e a riconoscere il genocidio armeno, aprendo così la strada a un'autentica riconciliazione tra il popolo turco e il popolo armeno"⁵⁸.

Pur essendo stata talvolta richiamata nel Preambolo o nel testo di alcune delle risoluzioni sopra indicate, non si può dunque sostenere che la risoluzione del 1987 abbia avuto riflessi concreti. Bisogna inoltre aggiungere che, nel corso del dibattito riguardante il progetto di risoluzione sui progressi compiuti dalla Turchia in vista dell'adesione, del 27 settembre 2006, il Parlamento europeo, votando a maggioranza un emendamento presentato dal PSE e dall'ALDE, soppresse dal testo dell'atto in approvazione il paragrafo in cui veniva chiesto alla Turchia stessa di riconoscere il genocidio armeno, ergendo tale gesto a condizione preliminare della sua adesione all'Unione⁵⁹. Analogamente, nel 2011 venne respinto un emendamento al testo della risoluzione relativa alla relazione 2010 sui progressi compiuti dalla Turchia⁶⁰, presentato da tre deputati appartenenti al Gruppo Confederale della Sinistra Unitaria Europea-Sinistra Verde Nordica, sulla necessità del riconoscimento del genocidio⁶¹.

4. Al di là di quanto finora riportato, sostenere ufficialmente che gli eventi del 1915-1916 non rappresentino un caso di genocidio può creare difficoltà, sul piano strettamente giuridico, al negoziato di adesione della Turchia all'UE? Come si illustrerà tra breve, tale condotta negazionista, sebbene non in modo diretto, può comunque essere di intralcio al negoziato suddetto anche sul piano normativo.

L'ingresso di nuovi Stati nell'Unione è disciplinato dalla procedura dettata oggi dall'art. 49 TUE, la quale richiede il possesso di una condizione geografica (che la Turchia di certo esprime), dovendosi combinare "elementi geografici, storici e culturali che contribuiscono tutti insieme a forgiare l'identità europea"⁶²; e di una condizione politica, ovvero il rispetto e l'impegno alla promozione dei valori di cui all'art. 2 TUE, in gran parte sanciti anche dall'art. 6, par. 1, TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, diritti umani (compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze), pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e parità tra donne e uomini⁶³. La domanda di adesione, trasmessa al Consiglio, va da

⁵⁸ Risoluzione sul centenario del genocidio armeno, doc. P8_TA(2015)0094, punti 2, 5 e 8.

⁵⁹ V. Parlamento europeo, La Turchia acceleri le riforme in vista dell'adesione, comunicato stampa del 27 settembre 2006. Cfr. inoltre Parlamento europeo, Progressi della Turchia verso l'adesione (discussione), doc. CRE 26/09/2006-12 del 26 settembre 2006 (rilevano, in particolare, i commenti dei deputati Wiersma, per conto del Gruppo socialista, e Bourlanges per l'ALDE).

⁶⁰ Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione 2010 sui progressi compiuti dalla Turchia, 9 marzo 2011, cit. *supra*, nota 57.

⁶¹ V. Parlamento europeo, Emendamento 38, presentato dai deputati Hénin, Hadjigeorgiou e Triantaphyllides a nome del Gruppo GUE/NGL, doc. B-70156/38 dell'8 marzo 2011.

⁶² Commissione delle Comunità europee, L'Europa e le sfide dell'allargamento, in *Bollettino CE, Supplemento 3*, 1992, p. 11.

⁶³ Sulle origini e il significato dell'art. 2 TUE v. F.X. PRIOLLAUD, D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne: Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, Paris, 2008, p. 31 s.; K.H. FISCHER, *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag*, Baden-Baden, 2010, p. 632; A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S.

esso accolta all'unanimità, previa consultazione della Commissione e approvazione del Parlamento europeo, tenuto conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo⁶⁴.

Questo ultimo riferimento, introdotto nell'art. 49 TUE dal Trattato di Lisbona, è ai c.d. criteri definiti dal Consiglio europeo di Copenaghen del 21-22 giugno 1993 (dal quale prendono il nome), precisati poi in occasione di successive riunioni di tale istituzione, a cui tutti gli Stati che desiderano diventare membri dell'UE devono conformarsi. I parametri presi in considerazione attengono alla presenza nello Stato candidato di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela (criterio politico); all'esistenza di un'economia di mercato affidabile e all'abilità di far fronte alle forze del mercato e alla pressione concorrenziale all'interno dell'Unione (criterio economico); all'attitudine necessaria per accettare gli obblighi derivanti dall'adesione e, segnatamente, alla capacità di attuare efficacemente le norme, le regole e le politiche che formano il corpo della legislazione dell'Unione (ciò che adesso viene definito "acquis dell'Unione"), nonché all'adesione agli obiettivi dell'Unione politica, economica e monetaria (criterio giuridico)⁶⁵. Il Consiglio europeo di Madrid del 15-16 dicembre 1995 insistette altresì sulla necessità per gli Stati candidati di adeguare le proprie strutture amministrative onde assicurare l'armonica attuazione delle politiche comunitarie dopo l'adesione⁶⁶, mentre quello di Lussemburgo del 12-13 dicembre 1997 sottolineò come l'inserimento dell'acquis nella legislazione fosse necessario, ma non sufficiente, in quanto occorre anche assicurarne l'effettiva applicazione⁶⁷. I Consigli europei di Santa Maria da Feira (19-20 giugno 2000) e di Göteborg (15-16 giugno 2001) hanno confermato l'importanza fondamentale della capacità degli Stati candidati di applicare l'acquis e hanno aggiunto che ciò avrebbe presupposto un notevole impegno da parte dei candidati stessi per potenziare e riformare le loro strutture amministrative e giudiziarie⁶⁸.

Indubbiamente, il riconoscimento del genocidio armeno in quanto tale non riguarda l'art. 49 TUE, poiché è estraneo al contenuto dell'art. 2 TUE e neppure costituisce uno dei criteri di Copenaghen di valenza politica. Questi, infatti, espri-

HENTREI, M. SMRKOLJ, *Reverse Solange-Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 490 ss. A proposito degli articoli 2 e 6 TUE cfr. inoltre A. MORINI, *Art. 6 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 92 ss.; T. RUSSO, *Art. 2 TUE*, *ivi*, p. 53 ss.; L. FUMAGALLI, *Art. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 11 ss.; B. NASCIBENE, C. SANNA, *Art. 6 TUE*, *ivi*, p. 54 ss.

⁶⁴ Art. 49, co. 1, TUE. Il co. 2 della medesima disposizione statuisce inoltre: "Le condizioni per l'ammissione e gli adattamenti dei trattati su cui è fondata l'Unione, da essa determinati, formano l'oggetto di un accordo tra gli Stati membri e lo Stato richiedente. Tale accordo è sottoposto a ratifica da tutti gli Stati contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali". V. F.X. PRIOLLAUD, D. SIRITZKY, *op. cit.*, p. 143 ss.; I. PINGEL, *De Rome à Lisbonne: Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, 2010, II ed., p. 236 ss.; M.F. ORZAN, *Art. 49 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (dir.), *op. cit.*, p. 402 ss.; M. PUGLIA, *Art. 49 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 333 ss.

⁶⁵ Consiglio europeo di Copenaghen, conclusioni doc. SN/180/1/93, punto 7.A.

⁶⁶ Consiglio europeo di Madrid, conclusioni, doc. SN/004/0/95, punto III.A.

⁶⁷ Consiglio europeo di Lussemburgo, conclusioni, doc. SN/400/97, punto 23.

⁶⁸ Consiglio europeo di Santa Maria da Feira, conclusioni, doc. SN/200/1/00, punto 16; Consiglio europeo di Göteborg, conclusioni, doc. SN/200/1/01, punti 7 e 8.

mono un principio democratico assunto in un significato sia formale (esistenza di un organo parlamentare verso il quale l'esecutivo è responsabile, della separazione dei poteri, di regolari forme di consultazione popolare), sia sostanziale (solidità delle istituzioni, loro radicamento nella vita politica ed efficacia del loro funzionamento). È ovvio che l'ostinato rifiuto del Governo turco di classificare i massacri armeni come un genocidio influenza profondamente, come si avrà modo di dire in seguito, le attuali relazioni tra Turchia e Armenia, minando gli equilibri e la stabilità del Caucaso⁶⁹. È tuttavia inverosimile che si possa replicare per la Turchia quello che accadde per la Croazia, quando, nel valutare la domanda di adesione di tale Stato all'Unione, "questioni regionali e obblighi internazionali" vennero considerati tra i criteri politici di Copenaghen⁷⁰. In quella occasione, una cooperazione parziale e non ottimale della Croazia con il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia a uno stadio qualsiasi del processo di adesione fu giudicata idonea a compromettere l'andamento generale del negoziato (la cui apertura fu in effetti rinviata per questo motivo) e avrebbe potuto anche provocarne la sospensione⁷¹. Il caso della Croazia presenta però differenze assai rilevanti rispetto al caso della Turchia, dal momento che la collaborazione con il Tribunale *ad hoc* sopra menzionato, la cattura e la consegna dei sospettati per crimini di guerra, una particolare attenzione nel garantire i diritti umani e delle minoranze nonché, più in generale, il dialogo politico e la cooperazione regionale, sono principi essenziali della strategia comune dell'UE nei confronti dell'Europa sud-orientale, chiaramente definiti dal processo di stabilizzazione e associazione che coinvolge l'intera area dei Balcani occidentali⁷². Il genocidio armeno potrebbe invece avere un diverso, e indiretto, impatto sull'art. 2 TUE, citato dall'art. 49, co. 1, TUE, e sui criteri politici di Copenaghen, nella misura in cui si arrivasse a ritenere (come alcuni A. fanno, ma senza dimostrare in maniera convincente la fondatezza giuridica della loro tesi) che i "diritti umani" protetti dalle norme appena citate includano il "diritto alla memoria", inteso e percepito come un diritto, individuale e collettivo al tempo stesso, avente funzione

⁶⁹ J. PEPE, *I dilemmi della nuova geopolitica turca*, in P. GARGIULO (a cura di), *op. cit.*, p. 49 ss. Al riguardo v. *infra*, par. 5.

⁷⁰ V. Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Croatia, Stabilisation and Association Report, SEC(2002)341 fin. del 4 aprile 2002, punti 2.1.1. e 2.3.1.; European Commission, Croatia 2005 Progress Report, SEC(2005)1424 fin. del 9 novembre 2005, punti B.1. e B.1.3. Cfr. inoltre la relazione della Commissione, del 3 aprile 2002, Il processo di stabilizzazione e di associazione per l'Europa sudorientale, prima relazione annuale, COM(2002)163 def.; e la comunicazione della Commissione, del 9 novembre 2005, Documento di strategia del 2005 sull'ampliamento, COM(2005)561 def.

⁷¹ Consiglio europeo di Bruxelles, 17-18 giugno 2004, conclusioni, doc. 10679/2/04, punti 35 e 39; Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 dicembre 2004, conclusioni, doc. 16238/04, punto 16; European Commission, Croatia 2005 Progress Report, punto A.1. V. inoltre la comunicazione della Commissione, del 9 novembre 2005, Documento di strategia del 2005 sull'ampliamento, punti 1 e 2.3.

⁷² Cfr. Consiglio europeo di Bruxelles, 17-18 giugno 2004, conclusioni, punti 35 e 39; Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 dicembre 2004, conclusioni, punto 15. V. altresì i titoli I (articoli 2-6), II (articoli 7-10), III (articoli 11-14) e VII (art. 75) dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Croazia, dall'altra, fatto a Lussemburgo il 29 ottobre 2001 e approvato con la decisione 2005/40/CE, Euratom del Consiglio e della Commissione, del 13 dicembre 2004.

pedagogica, terapeutica, giudiziaria e culturale⁷³. In tal senso, il modo migliore per prevenire il ripetersi di un genocidio e di altre forme di violenza di massa compiuti da uno Stato sarebbe quello di coltivare la memoria collettiva degli orrori perpetrati. Il regime giuridico dei diritti umani internazionali verrebbe così a fornire una sorta di “struttura” attraverso cui ripristinare il ricordo, al fine di “non dimenticare mai”⁷⁴.

Ulteriore, indiretta (e più attendibile) importanza assumono i criteri di Copenaghen di natura giuridica, riguardanti la capacità di assimilazione dell'*acquis* dell'Unione (ossia i diritti e gli obblighi, reali e potenziali, inerenti al sistema dell'Unione e al suo quadro istituzionale, la cui accettazione è obbligatoria per gli Stati candidati all'adesione). Esso è in costante evoluzione e racchiude i contenuti, i principi e gli obiettivi dei Trattati istitutivi sui quali l'UE si fonda; la legislazione emessa in applicazione dei Trattati e la giurisprudenza della Corte di giustizia UE; gli *standard* ai quali fanno riferimento tanto la legislazione comunitaria e dell'Unione, quanto gli accordi internazionali; le dichiarazioni e le risoluzioni emanate dalle Comunità e dall'Unione; gli atti riguardanti lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; gli atti relativi alla PESC; gli accordi internazionali conclusi dalle Comunità e dall'Unione, dalle Comunità e dall'Unione congiuntamente agli Stati UE, e dagli Stati membri tra di loro nei settori di competenza delle Comunità e dell'Unione⁷⁵. Non si può pertanto fare a meno di ritenere che rientri in tale insieme anche la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale⁷⁶, a termini della quale ciascuno Stato membro deve adottare le misure necessarie affinché siano resi punibili l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio (tra i quali il genocidio armeno è annoverato) dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'o-

⁷³ Sul “diritto alla memoria” cfr. M.J. OSIEL, *Politiche della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*, in L. BALDISSARRA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire. I processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005, p. 105 ss.; C. TAUBIRA, *Le droit à la mémoire*, in *Cités*, 2006, p. 164 ss.; L. GIUVA, *Il diritto alla memoria e alle memorie*, in P. SEVERINI MELOGRANI (a cura di), *Manuale dei diritti fondamentali e desiderabili*, Milano, 2013, p. 113 ss.; R.J. WILSON, *Restoration of Historical Memory and Dignity for Victims of the Armenian Genocide: A Human Rights Law Approach to Effective Reparations*, in *International Criminal Law Review*, 2014, p. 332 ss.

⁷⁴ M.J. OSIEL, *op. cit.*, p. 109; R.J. WILSON, *op. cit.*, p. 342.

⁷⁵ Per il negoziato con la Croazia (che ha aderito all'Unione nel 2013), l'Islanda (al momento sospeso), il Montenegro, la Serbia e la Turchia, l'*acquis* risulta essere stato spalmato in trentacinque capitoli (trentatré tematici, uno dedicato alle istituzioni e uno ad “Altri problemi”, cfr. *supra*, par. 2 e note 22, 23 e 24), con l'obiettivo di ottenere un migliore equilibrio tra le varie materie. Rispetto al passato, i capitoli più difficili sono stati suddivisi in capitoli distinti al fine di rendere più agevole la trattativa; i capitoli meno problematici sono stati unificati o hanno mutato la propria denominazione; e alcune politiche sono state trasferite da un capitolo all'altro. Il medesimo assetto varrà con candidati quali Albania e FYROM.

⁷⁶ Per il 1° ‘considerando’ della decisione quadro 2008/913/GAI: “Il razzismo e la xenofobia costituiscono violazioni dirette dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto, principi sui quali l'Unione europea è fondata e che sono comuni agli Stati membri”. L'art. 11 dell'atto in parola ha altresì abrogato l'azione comune 96/443/GAI, adottata dal Consiglio a norma dell'art. K.3 TUE nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia.

rigine nazionale o etnica⁷⁷. La decisione quadro 2008/913/GAI deve altresì essere valutata alla luce della “comunitarizzazione” delle politiche del vecchio terzo pilastro e di ciò che trapela dal combinato tenore degli articoli 9 e 10 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie allegato dal Trattato di Lisbona ai Trattati europei. Da un lato, stando all’art. 9, “Gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione adottati in base al trattato sull’Unione europea prima dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati.”. Dall’altro, a norma dei paragrafi 1 e 3 dell’art. 10, dal 1° dicembre 2014, in ordine agli atti dell’Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sono applicabili le attribuzioni della Commissione ai sensi dell’art. 258 TFUE e sono cessate le attribuzioni della Corte di giustizia previste dal titolo VI TUE, nella versione vigente prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷⁸. Ciò significa che, attualmente, anche la decisione quadro 2008/913/GAI è sottoposta al controllo della Commissione tramite la procedura di infrazione e alla piena giurisdizione e competenza della Corte di giustizia.

5. Altri elementi, utili a comprendere quali conseguenze il rifiuto di considerare i massacri armeni come un genocidio potrebbe avere sul negoziato di adesione della Turchia all’Unione europea, sono offerti dalla decisione 2008/157/CE del Consiglio, del 18 febbraio 2008, relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato per l’adesione con la Repubblica di Turchia⁷⁹. Tra le priorità a breve termine riportate nell’allegato alla decisione, nella sezione dedicata a “Diritti umani e tutela delle minoranze”, sottosezione sui “Diritti civili e politici”, appare la necessità di garantire il pieno rispetto della libertà di espressione; in tale ottica, di rivedere e attuare la legislazione sulla libertà di espressione, compresa la libertà di stampa, conformemente alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU; e di risolvere la situazione dei cittadini perseguiti o condannati per espressione non violenta di opinione⁸⁰.

⁷⁷ V. l’art. 1, par. 1, lettere c) e d), della decisione quadro 2008/913/GAI. Un simile risultato è stato raggiunto negli ordinamenti cipriota, greco, italiano e slovacco in seguito alla avvenuta trasposizione del provvedimento in parola: a Cipro con la legge n. 134(I) del 2011, in Grecia con la legge n. 4285/2014 e in Slovacchia con la legge n. 262/2011 (tutte già menzionate); in Italia con la legge 16 giugno 2016, n. 115. Sulla decisione quadro 2008/913/GAI cfr. J.J. GARMAN, *The European Union Combats Racism and Xenophobia by Forbidding Expression: An Analysis of the Framework Decision*, in *University of Toledo Law Review*, 2008, p. 843 ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, 2009, p. 98 ss.; ID., *The Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 530 ss.; B. RENAULD, *La decision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l’Union Européenne: du nouveau en matière de lutte contre le racisme?*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2010, p. 321 ss.

⁷⁸ V. l’art. 35 TUE nel testo precedente l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁷⁹ La decisione 2008/157/CE è stata emanata ai sensi dell’art. 2 del regolamento (CE) n. 390/2001 del Consiglio, del 26 febbraio 2001, secondo il quale: “Il Consiglio decide a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, i principi, le priorità, gli obiettivi intermedi e le condizioni contenuti nel partenariato per l’adesione, da sottoporre alla Turchia, nonché i successivi adeguamenti significativi ad esso applicabili”.

⁸⁰ V. l’allegato alla decisione 2008/157/CE, punto 3.1. Cfr. inoltre gli allegati alle decisioni 2001/235/CE del Consiglio, dell’8 marzo 2001 (punto 4.1), 2003/398/CE del Consiglio, del 19 maggio 2003

Nella CEDU il diritto alla libertà di espressione, soggetto “alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica”, viene contemplato dall’art. 10. Questo include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee. Nell’interpretare l’art. 10 CEDU, la Corte di Strasburgo, da circa venti anni ormai, mostra di avere una particolare severità nei confronti del negazionismo, attribuendo a esso uno *status* eccezionale che sfugge alle garanzie normalmente affermate per la libertà di espressione e solennemente proclamate in altre circostanze. La Corte ha chiarito che la negazione o la revisione di fatti storici stabiliti con certezza non beneficiano della protezione accordata dall’art. 10; esse rientrano, al contrario, nell’ipotesi dettata dall’art. 17 CEDU, secondo cui le norme della Convenzione non possono essere interpretate nel senso di comportare il diritto di Stati, gruppi o individui di esercitare un’attività o compiere un atto mirante alla “distruzione” dei diritti o delle libertà riconosciuti nella CEDU medesima, o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione⁸¹. Non sembra contraddire quanto appena osservato la sentenza pronunciata il 15 ottobre 2015 nel caso *Perinçek*⁸², con la quale si è accertato che la condanna penale inflitta in Svizzera al ricorrente (un avvocato turco, Presidente del Partito dei lavoratori o *İşçi Partisi*) per aver contestato che il “*Medz Yeghern*” possa essere giuridicamente inquadrato come un genocidio, era stata comminata dal Tribunale de police di Losanna, e confermata dal Tribunale del Cantone di Vaud e dal Tribunale federale, in violazione dell’art. 10 CEDU⁸³.

La libertà di espressione garantita dall’art. 10 CEDU non può dunque essere invocata in conflitto con l’art. 17 CEDU. Di conseguenza, una posizione negazionista come quella relativa al genocidio degli Armeni non può essere protetta dal diritto alla libertà di espressione previsto dall’art. 10 CEDU, e costituisce anzi un abuso di diritto ai sensi dell’art. 17 CEDU. Al tempo stesso, la legislazione turca (consistente soprattutto nell’art. 301, par. 1, del codice penale), che persegue chiunque non concordi con la visione governativa della questione armena, poiché il solo fatto di dire pubblicamente che è esistito un “genocidio armeno” è ritenuto un insulto all’identità nazionale (*Türklük*) punibile con la reclusione, deve ritenersi illegittima e non consona alle formalità, alle condizioni, alle restrizioni o alle sanzioni cui pure, come accennato, il par. 2 dell’art. 10 CEDU permette di vincolare

(punto 4) e 2006/35/CE del Consiglio, del 23 gennaio 2006 (punto 3.1).

⁸¹ Cfr., ad esempio, sentenza della Corte EDU del 23 settembre 1998, *Lehideux e Isorni c. Francia*, par. 47; decisione della Corte EDU 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*, par. 1; decisione del 13 dicembre 2005, *Witzsch c. Germania* (n. 2), par. 3.

⁸² Sentenza della Corte EDU del 15 ottobre 2015, *Perinçek c. Svizzera*.

⁸³ Tale provvedimento solleva infatti diverse criticità e lascia irrisolte una serie di questioni (non affrontabili nel dettaglio in questa sede), concernenti, tra l’altro, la lontananza spaziale e temporale sussistente tra le dichiarazioni rese dal ricorrente stesso e gli eventi a cui egli ha fatto riferimento (*ivi*, paragrafi 242-250). Cfr. inoltre le opinioni dissidenti dei giudici Berro, Casadevall, De Gaetano, K ris, Sicilianos, Silvis e Spielmann. Sul caso *Perinçek v. G. BORGNA, Il genocidio armeno (non) passa in giudicato: in margine al caso Perinçek*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 697 ss.; G. DELLA MORTE, *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 183 ss.

la libertà di espressione alle condizioni ivi indicate⁸⁴. Questa forte attenuazione della libertà di espressione, connessa alla classificazione giuridica da attribuire ai fatti del 1915-1916, contrasta con gli obblighi incombenti sugli Stati desiderosi di entrare nell'UE. Viene così stabilito un collegamento indiretto tra la negazione del genocidio armeno e il rispetto per la "libertà", la "democrazia", i "diritti umani" e il "pluralismo" citati tra i valori dell'art. 2 TUE, evocato dall'art. 49, co. 1, TUE, e tra i criteri politici di Copenaghen⁸⁵. Limitare la libertà di espressione comprometterebbe anche il "diritto alla memoria" come "diritto umano", qualora si giungesse a ritenere plausibile la relativa teoria (per adesso scarsamente dimostrata in punto di stretto diritto), essendo logico che se non c'è una promozione dell'evento, coloro i quali sono destinati ad acquisire conoscenza dell'evento medesimo non hanno, e non avranno mai, alcuna realistica possibilità di ricordarlo, celebrarlo, apprenderlo, studiarlo, approfondirlo ed elaborarlo⁸⁶.

Va da sé che la Turchia, Parte contraente della CEDU, è vincolata fin da ora al rispetto della stessa e della giurisprudenza della Corte EDU, indipendentemente e a prescindere dalla sua (futura) adesione all'UE⁸⁷. Questa comporterebbe peraltro l'accettazione integrale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, alla quale, in virtù dell'art. 6, par. 1, TUE, è attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati⁸⁸. L'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali, come chiarito dalle Spiegazioni a essa relative, prevede per la libertà di espressione e di informazione una tutela corrispondente a quella offerta dall'art. 10 CEDU⁸⁹. In applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, della Carta, tale diritto ha lo stesso significato e la stessa portata di quello conferito dalla CEDU (anche tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo)⁹⁰. Inoltre, secondo la clausola di compatibilità espressa dall'art. 53 della Carta, l'art. 11 non deve essere interpretato "come limitativ[o] o lesiv[o] dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri". Qualora divenisse uno Stato UE, la Turchia molto difficilmente potrebbe continuare a sostenere e patrocinare una politica negazionista.

Il problema del riconoscimento del genocidio armeno consumato mentre governavano i Giovani turchi interagisce infine, in ultima analisi, con le questioni regionali e gli obblighi internazionali che pure vanno tenuti presenti nella valutazione

⁸⁴ Sull'art. 301, par. 1, del codice penale turco cfr. *supra*, nota 10. V. sentenze della Corte EDU del 10 febbraio 2009, *Güçlü c. Turchia*, paragrafi 33-42; del 20 maggio 2010, *Cox c. Turchia*, paragrafi 41-45; del 14 settembre 2010, *Dink c. Turchia*, paragrafi 128 e 135; del 25 ottobre 2011, *Altu Taner Akçam c. Turchia*, paragrafi 62-82 e 89-96.

⁸⁵ Cfr. *supra*, par. 4.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ La Turchia ha ratificato la CEDU il 18 maggio 1954.

⁸⁸ Cfr. l'art. 1, n. 8, del Trattato di Lisbona.

⁸⁹ Benché non siano vincolanti, le Spiegazioni rappresentano pur sempre un prezioso strumento di interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta.

⁹⁰ Le limitazioni da apportare non possono pertanto andare oltre quelle previste dall'art. 10, par. 2, CEDU.

del percorso verso l'adesione all'Unione di qualunque Stato candidato. A questo riguardo, l'allegato alla decisione 2008/157/CE (sezione su "Questioni regionali e obblighi in campo internazionale", sottosezione sulla "Soluzione pacifica delle vertenze frontaliere")⁹¹, sottolinea la necessità di impegnarsi inequivocabilmente a mantenere relazioni di buon vicinato; a eliminare tutte le fonti di attrito con i vicini; e ad astenersi da qualsiasi minaccia o azione che possa influire negativamente sul processo di soluzione pacifica delle controversie tra Stati limitrofi⁹². Inoltre, la cooperazione regionale, le relazioni di buon vicinato, la promozione della riconciliazione, la costruzione della pace e il rafforzamento della fiducia sono tra gli obiettivi specifici il cui raggiungimento viene perseguito attraverso lo strumento di assistenza preadesione (IPA II) per il periodo dal 2014 al 2020, istituito dal regolamento (UE) n. 231/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2014⁹³, con l'obiettivo di sostenere la Turchia e altri Stati beneficiari (Albania, Bosnia Erzegovina, Islanda, Kosovo, Montenegro, FYROM e Serbia) nell'adozione e nell'attuazione delle riforme politiche, istituzionali, giuridiche, amministrative, sociali ed economiche richieste affinché tali destinatari possano conformarsi ai valori dell'Unione e allinearsi progressivamente alle norme, agli *standard*, alle politiche e alle prassi necessarie in vista dell'adesione all'Unione⁹⁴. È del tutto evidente quale possa essere, in proposito, l'impatto che il mancato riconoscimento del genocidio compiuto a danno degli Armeni produce ancora oggi sul contesto geopolitico del Caucaso meridionale e sui rapporti (pressoché inesistenti) tra la Turchia e la confinante Repubblica di Armenia⁹⁵.

Oltremodo significativa è la comunicazione del 9 novembre 2016 della Commissione a Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale e Comitato delle Regioni su "La politica di allargamento dell'UE"⁹⁶. Rispetto alla Turchia, in questo documento si sostiene che le relazioni di buon vicinato e la cooperazione regionale restano il perno dei processi di allargamento e di stabilizzazione e associazione, e sono entrambi elementi preliminari alla piena appartenenza all'Unione europea⁹⁷. La Turchia deve quindi impegnarsi a intrattenere rapporti di buon vicinato, a rispettare gli accordi internazionali e a risolvere pacificamente le controversie nel rispetto della Carta ONU, anche avvalendosi, se necessario, della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia. A tale riguardo, l'Unione ha nuovamente espresso grave preoccupazione e ha esortato il Governo turco a evitare ogni tipo di minaccia, atto, fonte di attrito o azione che possa nuocere al raggiungimento di un simile obiettivo⁹⁸.

⁹¹ Cfr. anche *supra*, nota 79.

⁹² V. l'allegato alla decisione 2008/157/CE, punto 3.1. Cfr. inoltre l'allegato alla decisione 2006/35/CE, punto 3.1.

⁹³ Il regolamento (UE) n. 231/2014 ha sostituito il preesistente regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio, del 17 luglio 2006, che istituisce uno strumento di assistenza preadesione (IPA), avendo quest'ultimo cessato di produrre effetti il 31 dicembre 2013.

⁹⁴ Articoli 1 e 2, par. 1, lett. a), iii) e iv), del regolamento 231/2014.

⁹⁵ J. PEPE, *op. cit.*, p. 49 ss. V. anche *supra*, par. 4.

⁹⁶ Comunicazione 2016 sulla politica di allargamento dell'UE, COM(2016)715 def.

⁹⁷ *Ivi*, pp. 10 e 19.

⁹⁸ V. pure in tal senso la comunicazione della Commissione a Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2014, Strategia di allargamento

6. Le uccisioni di massa degli Armeni compiute nel 1915-1916 restano un tema politico alquanto nevralgico, che provoca da decenni tensioni e separazione. Esso ha assunto tratti ancora più controversi da quando la Turchia è impegnata in un (contestato) processo negoziale di adesione all'UE. È opinione diffusa in Turchia che tale evento storico, nonostante la condanna internazionale in atto, in altro non sia consistito se non nel tentativo del Governo del CUP di ricollocare in Siria e nella zona di Mosul (ben lontano, quindi, dal fronte settentrionale), per mere esigenze di sicurezza nazionale, i sudditi ottomani di etnia armena fortemente sospettati di simpatizzare per l'Impero Russo (uno dei membri della Triplice Intesa, nemico pertanto dell'Impero Ottomano durante la I Guerra mondiale), mentre i due Stati erano impegnati a combattere l'uno contro l'altro nel Caucaso e i Russi, grazie a una potente offensiva, stavano avanzando in profondità nel territorio ottomano⁹⁹. La pressione internazionale per riconoscere il genocidio armeno viene perciò percepita in modo negativo ed è considerata un ostacolo ai piani di adesione della Turchia all'Unione, frapposto artificialmente e strumentalmente da Stati intenzionati in realtà a impedire, con un espediente oltraggioso e infamante, la realizzazione di tale risultato¹⁰⁰. Da diversi anni, in Turchia si sta tuttavia assistendo anche a un lento ma costante mutamento delle coscienze: sono numerosi gli intellettuali e i comuni cittadini pronti ad accettare l'idea del genocidio e ad auspicare che l'adesione, o il tentativo di adesione, all'UE possano portare a una discussione più aperta e, forse, a un'ammissione da parte del Governo¹⁰¹.

Tornando alla domanda fatta all'inizio del par. 4 e alle considerazioni da lì in appresso svolte, ci si può chiedere di nuovo: il riconoscimento del genocidio armeno è un presupposto essenziale per l'adesione della Turchia all'Unione? Le dichiarazioni emanate dai Parlamenti di vari Stati membri dell'Unione suggeriscono che un tale passo non è una condizione preliminare ufficiale per l'adesione, ma è comunque ritenuto indicativo al fine di asseverare la credibilità della Turchia come democrazia

e sfide principali per il periodo 2014-2015, COM(2014)700 def., pp. 22 e 50; e la comunicazione della Commissione a Parlamento europeo, Consiglio, Comitato economico e sociale europeo e Comitato delle Regioni, del 10 novembre 2015, La strategia di allargamento dell'UE, COM(2015)611 def., pp. 12 e 33.

⁹⁹ La Campagna del Caucaso comprese l'insieme degli eventi, accaduti durante la I Guerra mondiale quale parte del teatro bellico del Medio Oriente, che coinvolsero dapprima l'Impero Ottomano e quello Russo e poi, dopo la dissoluzione di questo nel 1917, anche la Repubblica Democratica di Armenia, l'Azerbaijan, la Dittatura Centrocaspiana e l'Impero Britannico. Il genocidio armeno si intreccia con le vicende di questa Campagna, poiché il Ministro degli Interni Mehmed Talat Pascià sostenne che gli Armeni della regione del Caucaso si erano organizzati sotto il comando dei Russi e si erano ribellati contro il legittimo Governo ottomano. L'Armenia turca venne pertanto svuotata di tutta la sua popolazione cristiana nell'ambito di un piano volto a indebolire l'alleanza russo-armena; coloro i quali professavano la religione musulmana, fedeli alla Turchia, rimasero. V. anche *supra*, par. 1 e nota 7.

¹⁰⁰ E. SOULEIMANOV, M. EHRMANN, *The Issue of the Recognition of the Armenian Genocide as a Political Phenomenon*, in *Middle East Review of International Affairs*, 2014, p. 32, rilevano: "According to Turkish officials, the deportations were solely an interior issue of the Ottoman Empire and a necessary military measure. The Turkish side does not admit that tens of thousands of Armenians perished (...); however, it categorically refuses to recognize that the events were part of a wider premeditated and deliberate plan to exterminate an entire ethnic minority (an essential component of the legal term of genocide)".

¹⁰¹ Cfr. in tal senso E. SOULEIMANOV, M. EHRMANN, *op. cit.*, p. 33; S. ENGERT, *op. cit.*, p. 231.

matura e trasparente¹⁰². Le risoluzioni del Parlamento europeo hanno costantemente messo in evidenza l'importanza di qualificare i massacri armeni come un genocidio: si tratta pertanto di un requisito “di favore” (non richiesto né esigibile) per l'adesione all'Unione e di un fattore politico imprescindibile da prendere in considerazione per l'allargamento¹⁰³. Gli Stati che vogliono fare ingresso nell'Unione dovrebbero infatti accettare e superare i retaggi del loro passato; l'impegno a promuovere la riconciliazione e a risolvere le controversie bilaterali, che è tra le caratteristiche principali del processo di adesione, verrebbe altrimenti disatteso¹⁰⁴.

D'altro canto, il mancato riconoscimento del genocidio armeno di per sé si pone formalmente al di fuori dell'art. 2 (e dell'art. 49) TUE, e non è uno dei criteri di Copenaghen. Il negazionismo turco non può nemmeno essere annoverato tra i criteri politici di Copenaghen in quanto componente di “questioni regionali e obblighi internazionali” da valutare in modo analogo a come è stato fatto per l'adesione della Croazia, a causa di condizioni storiche, politiche e giuridiche significativamente diverse¹⁰⁵.

L'assoluto, irremovibile negazionismo del Governo turco e, soprattutto, la rilevanza penale attribuita dall'ordinamento turco a ogni accusa di genocidio associata ai massacri armeni, o anche al semplice accostamento del termine “genocidio” agli avvenimenti del 1915-1916, non sembrano tuttavia essere completamente estranei né all'art. 2 (e all'art. 49) TUE, né agli stessi criteri di Copenaghen. Tali comportamenti hanno infatti una ricaduta indiretta sia sui criteri giuridici di Copenaghen riguardanti l'*acquis* UE, a causa della natura obbligatoria della decisione quadro 2008/913/GAI (che la Turchia, qualora divenisse membro dell'UE, sarebbe tenuta a recepire)¹⁰⁶; sia sull'art. 2 (e sull'art. 49) TUE, nonché sui criteri politici di Copenaghen. Occorre innanzitutto tener presente, come sottolineato dalla Corte EDU, che la portata dei termini di cui all'art. 301 del codice penale turco è troppo ampia e vaga, e che questa disposizione rappresenta perciò una minaccia continua all'esercizio del diritto alla libertà di espressione¹⁰⁷. Va altresì rammentato, in proposito, come il diritto alla libertà di espressione ai sensi dell'art. 10 CEDU e dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE debba senza dubbio essere letto in relazione alla “libertà”, alla “democrazia”, ai “diritti umani” (comprensivi del “diritto alla memoria”?) e al “pluralismo” elencati nell'art. 2 TUE (richiamato dall'art. 49, co. 1, TUE) e considerati tanto dai criteri politici di Copenaghen, quanto dal quadro negoziale con la Turchia adottato dalla Commissione nel 2005¹⁰⁸. Essendo menzionato dall'art. 10 CEDU e dall'art. 11 della Carta, il diritto alla libertà di espressione è parte del patrimonio di valori vincolanti che, ai sensi dell'art. 6 TUE, gli Stati membri attuali e futuri dell'Unione europea non possono evitare di applicare e garantire¹⁰⁹. Pertanto, non

¹⁰² E. SOULEIMANOV, M. EHRMANN, *op. cit.*, p. 27. Cfr. *supra*, par. 3.

¹⁰³ E. SOULEIMANOV, M. EHRMANN, *op. cit.*, p. 27. Cfr. *supra*, par. 3.

¹⁰⁴ V. *supra*, par. 5.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, par. 4.

¹⁰⁶ V. *supra*, par. 4.

¹⁰⁷ Cfr. sentenza *Altuğ Taner Akçam c. Turchia*, par. 93. Sull'art. 301, par. 1, del codice penale turco v. *supra*, nota 10.

¹⁰⁸ European Commission, Negotiating Framework (Luxembourg, 3 October 2005), punto 4.

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, par. 5.

solo il mancato riconoscimento del genocidio armeno a opera del Governo turco come tale (data la decisione quadro 2008/913/GAI), ma altresì, e in maggiore misura magari, l'imposizione a livello interno del credo ufficiale governativo sull'argomento, attraverso la criminalizzazione di qualsivoglia opinione dissenziente, potrebbero probabilmente rischiare di compromettere (o contribuire a compromettere) il processo di adesione della Turchia all'UE. Ogni altra prassi nazionale contraria all'esercizio della libertà di espressione dovrebbe essere valutata alla medesima stregua, qualunque fosse il motivo (non coperto dall'art. 10, par. 2, CEDU e dall'art. 11 della Carta) addotto per giustificarla. Casi simili potrebbero tra l'altro indurre il Parlamento europeo a negare la propria approvazione all'esito della procedura *ex art. 49, co. 1, TUE*¹¹⁰.

È difficile dire se il negoziato di adesione all'Unione potrà servire o meno a guidare la Turchia verso un dibattito più franco e una sincera autocritica sui massacri armeni. La risposta dipende evidentemente dai progressi che essa riuscirà a compiere lungo la strada (ardua) che ancora le resta da percorrere per poter dire di aver completato le trattative con successo¹¹¹. La Turchia è sempre stata un Paese filo-occidentale e partecipa da decenni, assolvendo ai relativi adempimenti, a organizzazioni regionali europee aventi carattere politico, militare ed economico¹¹². Al giorno d'oggi, le relazioni bilaterali tra Turchia e UE sono tuttavia contrassegnate da una diffidenza reciproca e da una profonda crisi di fiducia. Le barriere continue e crescenti a una piena integrazione nell'Unione hanno contribuito a far aumentare l'euroscetticismo tra la popolazione turca e hanno deluso il Governo turco a un punto tale da spingerlo a cercare alternative al mondo occidentale¹¹³. Vi è quindi il rischio di una doppia sconfitta: se l'UE perde la Turchia, le verrà a mancare un *partner* estremamente importante nella lotta al terrorismo e nella gestione della crisi migratoria; se la Turchia perde il suo ancoraggio all'UE, potrebbe andare alla deriva verso un autoritarismo sempre più accentuato, smarrendo anche il suo "*soft power*" e la sua *vis attractiva* nel Medio Oriente¹¹⁴.

Un dialogo schietto e onesto tra le parti deve essere pertanto instaurato senza indugio, al fine di avviare una nuova forma di *partnership* strategica. Come è stato

¹¹⁰ Cfr. *supra*, par. 4.

¹¹¹ V. E. SOULEIMANOV, M. EHRMANN, *op. cit.*, p. 33 ss.

¹¹² La Turchia è membro del Consiglio d'Europa dal 9 agosto 1949; della CSCE/OSCE dal 25 giugno 1973; dell'Eurocontrol dal 1° marzo 1989. Essa, inoltre, è Parte della NATO e del ramo occidentale del Western European and Others Group dell'ONU. È stata membro associato dell'UEO dal 1992 fino allo scioglimento di questa nel 2011. Cfr. M. DEL VECCHIO, P. GARGIULO, I. INGRAVALLO, *op. cit.*, p. 129 ss.; A. RIZZO, *op. cit.*, p. 168 ss.

¹¹³ L'ingresso nella SCO ventilato dal Primo ministro Erdoğan con la dichiarazione del 2012 e il consolidamento dei rapporti bilaterali al momento sussistenti con tale Organizzazione sono un segno visibile del lento, progressivo allontanamento della Turchia dai suoi tradizionali *partner* occidentali. Questa adesione riunirebbe tra l'altro nella SCO i membri del Consiglio di cooperazione degli Stati di lingua turca, fondato con l'Accordo di Nakhchivan del 3 ottobre 2009, che comprende, quali Stati turcofoni, l'Azerbaigian, il Kazakistan, il Kirghizistan e la Turchia. Cfr. M. DEL VECCHIO, P. GARGIULO, I. INGRAVALLO, *op. cit.*, p. 129 ss.

¹¹⁴ È quanto asseriva, in tempi non sospetti, M. KIBAROĞLU, *Security Implications of Turkey's March towards EU Membership*, in J.J. JOSEPH (ed.), *op. cit.*, p. 178 ss. V. inoltre S. YILMAZ, *Turkey and the European Union: A Security Perspective*, in G. GASPARINI (ed.), *Turkey and European Security*, IAI-TESEV Report, Rome, 2007, p. 51 ss.; J. PEPE, *op. cit.*, p. 29 ss.

giustamente osservato, in questo rinnovato dialogo politico l'UE dovrebbe porre l'accento specialmente sulla libertà di espressione e sulla cooperazione nel settore dell'istruzione, "with the aim to replace the Turkish nationalistic historiography with a more critical one"¹¹⁵. Il canale intergovernativo, che ha già contribuito in abbondanza alla democratizzazione generale della Turchia, è in grado di offrire il proprio supporto anche al superamento della questione del genocidio armeno. La Turchia e l'Armenia sarebbero così libere di vivere le loro relazioni bilaterali senza risentimenti e un ostacolo ideologico di non poco conto per l'adesione all'Unione sarebbe finalmente eliminato¹¹⁶.

Abstract

Non-recognition of the Armenian Genocide and Turkey's Accession Negotiation to the European Union

The persistent refusal of the Turkish government to qualify the Armenian massacres performed in 1915-1916, during the Ottoman Empire, as a genocide is here taken into consideration from the point of view of the ongoing Turkey's accession process to the European Union. Even though the recognition of the "Armenian Genocide" as such does not pertain to Article 49 TEU, it is not included in Article 2 TEU and does not constitute one of the so-called "Copenhagen criteria", the criminalisation in the Turkish legal order of any dissenting opinion on the matter could however indirectly affect the Copenhagen legal criteria (because of the compulsory nature of Framework Decision 2008/913/JHA) as well as Articles 2 and 49 TEU, and the Copenhagen political criteria (because of the attenuation of the right of freedom of expression).

¹¹⁵ S. ENGERT, *op. cit.*, p. 230.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 232. Per E. SOULEIMANOV, M. EHRMANN, *op. cit.*, p. 34: "The issue of recognizing the Armenian genocide is a significant component of the internal political discourses both within Turkey and within Armenia and has implications for the national identities of both nations. Recognition of the genocide in Turkey has been illustrated as being considered socially and politically unacceptable. Among Armenians, however, the advocacy of genocide recognition and the awareness of this common tribulation is an essential component of Armenian national identity and contributes to the maintenance of a high degree of social cohesion among Armenian populations in the republic and those in the diaspora. Due to the large number of Armenians residing abroad, this unifying element is critical and is achieved not only through the maintenance of a common image of the enemy (in this sense, Turkey) but also through a unified sense of belonging to the 'homeland' (the Republic of Armenia or –according to some – what is known as Western Armenia)".

Giovanni Zarra*

The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step Forward or a Hasty Reform?***

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Analysis of the proposals for reshaping the ISDS system. – 3. An assessment of the proposals. – 4. Is arbitration doing better? – 5. Concluding remarks.

1. Since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the European Union trade policy has become one of the pillars of the EU external action and, according to Article 207 of the Treaty on the Functioning of the EU, the Union has exclusive competence on foreign direct investment. The Commission has therefore started to negotiating new Free Trade Agreements (FTAs), finalized the texts of three of them (with Canada, Singapore and Vietnam)¹ and also commenced to envisage broader reforms of the investor-State dispute settlement (ISDS) system, which is currently based on a mechanism of investor-State arbitration that has been – from the procedural point of view – largely inspired to commercial arbitration between private parties². The main features of such a form of arbitration consist in the facts that usually decisions are based on public international law and that, according to the doctrine of “arbitration without privity”, whoever qualifies as an investor in accordance with a Bilateral Investment Treaty (BIT) may take advantage of the arbitration clause contained in such a BIT and

* Ricercatore a t.d. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli “Federico II”.

** This is a revised and expanded version of the namesake lecture delivered at the Brunswick European Law School, Ostfalia University, on 12 December 2017.

¹ The EU is also negotiating the investment Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) with the United States. This negotiation, however, is currently in a stand-by phase.

² K.H. BÖCKSTIEGEL, *Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today? The Lalive Lecture 2012*, in *Arbitration International*, 2012, p. 577 ff.; A. ROBERTS, *Divergence between Investment and Commercial Arbitration*, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law 2012*, New York, 2013, p. 297 ff.

start arbitration proceedings against the host State (even in the absence of an *ad hoc* contractual commitment to arbitrate between the investor and the host State)³.

The Commission, also because of the pressure of the EU Parliament, certain Governments, NGOs, and the public opinion, has strongly criticized investment arbitration⁴. Such criticisms derive, mainly, by seven factors⁵. First of all, it is said that – at the jurisdictional phase – the mechanism of arbitration without privity allows investors to artificially change their nationality in order to abusively get the advantages of a certain BIT⁶, and that the *ad hoc* nature of arbitration allows the commencement of parallel proceedings without means of coordination⁷. Secondly, being based on a paradigm of commercial arbitration (which is, by definition, confidential), investment arbitration has been attacked for not being accountable and transparent, notwithstanding the fact that it involves important matters of public law. Thirdly, it has been said that arbitrators are often in a situation of conflict of interests because they may be somehow linked to one of the parties (without this circumstance being, in principle, a cause of resignation and/or disqualification for arbitrators) and, moreover, they may act (in different cases) both as counsels and as arbitrators. Fourthly, criticisms have focused on the so-called “sovereign backlash” against investment arbitration, based on the fact that, allegedly, the commitments that States assume towards investors may *de facto* paralyze their power to assume, in matters characterized by strong public interest, decisions that may run against the interests of investors. Fifthly, investment arbitration has been contested for being incoherent, i.e. for

³ J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232 ff.

⁴ See European Commission Staff Working Document, *Impact Assessment, Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution*, accompanying the Document European Commission, 13 September 2017, Recommendation for a Council Decision, authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, COM(2017)493 fin., p. 7 ff. In this regard see A.K. GRILL, S. LUKIC, *Towards a Post Arbitration Age: The European Commission’s Fast-Track Reform of Investment Dispute Settlement*, 11 December 2017, at www.kluwerarbitrationblog.com.

⁵ For other criticisms and calls for reform to the system of investment arbitration see S.W. SCHILL, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, p. 649 ff. According to this author, at p. 655, “ISDS comes as a challenge to core constitutional law values, such as the principle of democracy, the concept of the rule of law, and the protection of fundamental human rights”. These criticisms seem misplaced and are, anyway, exaggerated, as will be demonstrated at section 4 below.

⁶ Artificial changes of nationality are commonplace in international investment law. It often happens that a certain investor incorporates a so-called “shell company” in a country in order to get the advantages of the BIT existing between such country and the State where a certain investment is located. See M.J. VALASEK, P. DUMBERRY, *Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2011, p. 34 ff.

⁷ Parallel proceedings in investment arbitration can be defined as proceedings pending before two (or more) arbitral tribunals, in which the parties, the legal basis and one (or more) of the issues are the same or substantially the same. This implies that parallel claims: (1) have the same purpose; (2) are based on the same facts; (3) have, from the substantial point of view, the same legal basis; and (4) involve parties which, if not substantially identical, represent the same centres of interest (i.e. they are in privity of interests). In investment arbitration, this phenomenon has arisen in three different scenarios: (a) the same party starts, in parallel, a contract and a treaty claim against the host State; (b) various shareholders of the same company operating a foreign investment start several parallel claims against the host State; (c) different companies of the same group (composing a chain terminating with the corporation which actually owns the investment) start parallel claims against the host State. See, in this regard, G. ZARRA, *Parallel Proceeding in Investment Arbitration*, Turin, 2017, p. 3 ff.

allowing that conflicting decisions exist on the same matter regardless of the necessity to safeguard predictability and legal certainty. Sixthly it has been said that the lack of control mechanisms (i.e. a form of appeal) runs against the legitimacy of the system because nothing ensures that arbitrators assume correct decisions. Seventhly, and finally, criticisms have focused on the perceived length of arbitral proceedings and on the related issue of the high costs associated to arbitration proceedings.

For the above reasons, the Commission has boldly declared that for the EU “ISDS is dead”⁸. Indeed, the FTAs concluded by the EU overcome the system of investment arbitration and establish a so-called “investment court system” (ICS)⁹, viz. a self-standing tribunal which decides disputes relating to the treaty by which it is established; the decisions of the tribunal are then appealable before an appellate tribunal, which may fully review the first instance decisions¹⁰. In addition, the EU has proposed the establishment of a multilateral investment court (MIC) that should ideally know about *all* investment disputes. It is not clear whether, in the Commission’s intentions, the MIC should only replace the dispute settlement mechanisms enshrined in existing BITs or be connected to a multilateral investment treaty establishing also standards of treatment to be uniformly applied by the Court, but – as things currently stand – it seems that the first objective of the Commission is to amend the procedural framework leaving substantive provisions as they currently are.

In this regard, it has to be noted that the EU proposal concerning the MIC is still a work-in-progress and the more concrete proposal for the creation of such a body of dispute settlement has come from the Geneva Centre for International Dispute Settlement, upon commissioning by the United Nations Commission on

⁸ See European Commission Fact Sheet of 1 July 2017, *A new EU trade agreement with Japan*, at trade.ec.europa.eu.

⁹ The possibility of overcoming investment arbitration is being currently discussed also in the framework of the renegotiations of the North American Free Trade Agreement. See, in this regard, C.H. GIBSON, *ISDS in NAFTA – and ISDS Alternatives*, 29 November 2017, at www.kluwerarbitrationblog.com; C. SANDERSON, *Mexico Proposes permanent dispute resolution body for NAFTA*, 30 November 2017, at www.globalarbitrationreview.com. In this regard, it is to be noted that 230 very authoritative US academics (including professor J. Stiglitz) have also proposed the abandoning of ISDS because it is something that “effectively annul[s] the authoritative acts of its legislature, executive, and judiciary” and because “ISDS arbitrators ... can meet literally anywhere in the world and sit in judgment on a nation’s sovereign acts” without basic procedural protections; see the letter of 25 October 2017 to President Trump available at the link www.citizen.org. See also the letter by some academics of the University of San Francisco and the comments by some members of the US Congress, both available at www.regulations.gov. Finally, it has to be noted that New Zealand has recently announced its intention to renounce to ISDS (as several other States, such as Australia, Venezuela, Bolivia, Ecuador and Argentina). See A. KAWHARU, L. NOTTAGE, *NZ Renounces ISDS: Déjà vu?*, 6 December 2017, at www.kluwerarbitrationblog.com.

¹⁰ See, in general terms, C.J. TAMS, *An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure*, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Essays in Transnational Economic Law, No. 57, June 2006, p. 1 ff.; S. NAPPERT, *Escaping from Freedom? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism, The 2015 EFILA Inaugural Lecture*, at efila.org, p. 1 ff.; F. FONTANELLI, K. AMELI, I. BANTEKAS, H. CIURTIN, N. LAVRANOS, M. RUBINO-SAMMARTANO, E. SPITERI-GONZI, *Lights and Shadows of the WTO-Inspired International Court System*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2016, p. 189 ff.; P. BERNARDINI, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties’ Interests*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 38 ff.; N. VAN DEN BROEK, D. MORRIS, *The EU’s Proposed Investment Court and WTO Dispute Settlement: A Comparison and Lesson Learned*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, p. 35 ff.; M. WOOD, *Choosing between Arbitration and a Permanent Court: Lessons from Inter-State Cases*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 1 ff.

International Trade Law (UNCITRAL)¹¹. Such a proposal has been presented in alternative to the creation of a permanent appellate body (AB), which would leave the existing system of investment arbitration as the first instance step of decision-making in ISDS and set forth a real system of appeal for arbitral decisions¹².

The goal of this article is to give an overview of the proposed reforms and to make, without claiming to be complete, a preliminary assessment of them. We will, first of all, analyse the main features of the three proposed reforms (section 2); in this regard, as to the investment court system, we will only focus on the one set forth by the CETA, considering that this is the last concluded treaty and its wording is almost identical to the ISDS mechanism provided by the other EU FTAs which involve a chapter on foreign investment. After having done so, we will try to make an assessment of the proposed new forms of dispute settlement, both from the point of view of their structure and with reference to the objectives that they try to achieve (section 3). In this regard, it will be demonstrated that, on the one hand, these mechanisms will not necessarily achieve the goals for which they are being established and, on the other hand, they would let us lose the advantages of arbitration, which is – anyway – a method of dispute settlement which has significantly helped in fostering economic growth and the legal protection of foreign investment. In light of such conclusion, we will try to understand whether the goals of the proposed reform could be (and, indeed, are being) better achieved by the current ISDS system (section 4). The last paragraph will be devoted to some concluding remarks.

2. This paragraph is aimed at briefly analysing the features of the proposed mechanisms which could substitute the current investment arbitration system. In this regard, it has to be noted that the CETA investment court system is the only proposal in an advanced status, i.e. the only dispute settlement mechanism for which also the entire procedure has been set forth by the treaty drafters. We will, therefore, initially (a) try to describe the (quite intricate) ICS as set forth by the CETA¹³ and then will focus on the multilateral investment court (b) and the appellate body (c) which have been envisaged by the Geneva Centre for International Dispute Settlement.

a) Section 8.27 of the CETA provides that the tribunal that will decide investment disputes between EU citizens and Canada (and vice-versa) will be composed of 15 members, 5 of which shall be nationals of countries of the EU, 5 Canadians and 5

¹¹ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appellate Mechanism? Analysis and Roadmap*, 2016, at www.uncitral.org.

¹² On the concept of appellate body see also G. BOTTINI, *Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2016, p. 712 ff.

¹³ The CETA is now provisionally in force since 30 October 2016, with the exception of some of its parts including the Chapter on foreign investment. See, in this regard, Council Decision (EU) of 28 October 2016 n. 2017/38, on the provisional application 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. For the entrance into force of the entire treaty, it is necessary to wait that all the EU national parliaments approve it. See, in this regard, N. LAVRANOS, *Mixed Exclusivity: The CJEU's Opinion in the EU-Singapore FTA*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, p. 3 ff. As to the ISDS mechanism set forth in the CETA see E. SARDINHA, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 625 ff.

from third countries¹⁴. Among the latter, one will be selected as the President of the Tribunal. The members shall be appointed by the CETA Joint Committee¹⁵ and will decide disputes in divisions of three members (one from the EU, one Canadian and one from third countries)¹⁶ appointed by the President of the Tribunal on a rotation basis, ensuring that the composition of the divisions is random and unpredictable, and giving equal opportunity to all Members of the Tribunal to serve¹⁷.

The Members of the Tribunal will receive a monthly retainer fee to be determined by the CETA Joint Committee and to be paid equally by EU and Canada. However, the Joint Committee may, by decision, transform the retainer fee and other fees and expenses into a regular salary.

Section 8.30.1 sets forth the ethic rules to be respected by the members of the Committee in order to avoid conflicts of interests. They shall be independent, shall not be affiliated with any Government, shall comply with the International Bar Associations Guidelines on conflict of interest in international arbitration, and shall refrain from acting as counsel in arbitration proceedings. The same rule enshrines the procedure to be applied in case of challenges and establishes that such challenges will be decided by the President of the International Court of Justice¹⁸.

According to Section 8.23.2, the proceedings will be conducted in accordance with one among the ICSID Convention and rules of procedure, the ICSID Additional Facility, the UNCITRAL Arbitration Rules or any other rules on agreement of the disputing parties. It is provided that the ICSID Secretariat shall act also as Secretariat of the CETA Tribunal¹⁹ and that the entire dispute shall be conducted in a transparent manner²⁰. In the case a dispute is started by a Canadian investor, once the notice of dispute is sent and the proceedings are started, it will be necessary to understand who is the respondent in the proceedings (the EU or the relevant Member State). According to S. 8.21, within 50 days from the notice of dispute, the EU will inform the investor as to the relevant respondent. If such information is not given to the investor, the respondent will always be the EU if its measures are involved²¹.

The treaty also establishes certain jurisdictional grounds. Jurisdiction *ratione materiae* is anchored to the definition of investment enshrined in the definitions of

¹⁴ S. 8.27.2.

¹⁵ This organ is conceived and regulated by S. 26.1 CETA, which establishes that “[t]he Parties hereby establish the CETA Joint Committee comprising representatives of the European Union and representatives of Canada. The CETA Joint Committee shall be co-chaired by the Minister for International Trade of Canada and the Member of the European Commission responsible for Trade, or their respective designees”. On this subject (and, more in detail, on the tasks of the Joint Committee) see E. SARDINHA, fn. 13, p. 631, who explains that the Committee is “tasked with overseeing all questions concerning trade and investment between the Parties and the implementation and application of the respective agreements, including the constitution and functioning of the Tribunal and Appellate Tribunal”.

¹⁶ S. 8.27.6.

¹⁷ S. 8.27.7.

¹⁸ S. 8.30.2.

¹⁹ S. 8.27.16.

²⁰ S. 8.36.

²¹ In this regard, para. 6 of Article 8.21 establishes: “If the European Union or a Member State of the European Union is the respondent, pursuant to paragraph 3 or 4, neither the European Union, nor the Member State of the European Union may assert the inadmissibility of the claim, lack of jurisdiction of the Tribunal or otherwise object to the claim or award on the ground that the respondent was not properly determined pursuant to paragraph 3 or identified on the basis of the application of paragraph 4”.

CETA Chapter 8. As to jurisdiction *ratione temporis*²², it is established, firstly, that all disputes shall be preceded by a (at least) 60 days consultation period; after such a period, the investor has 18 months to start the dispute before the tribunal. In any case, the investor loses its right to start a dispute if the request for consultation does not come within three years from the knowledge of the breach of a CETA provision or within two years after the end of any previous domestic proceedings in the host State. Finally, with regard to *ratione personae* jurisdiction²³, it is provided that the dispute may be started directly by a foreign investor or by the foreign controlling company of a locally incorporated enterprise²⁴. In this regard, Article 8.16 contains a so-called denial of benefits clause, pursuant to which, if an entity of a third country owns or controls the enterprise, the benefits of the treaty are to be denied to such an investor.

The treaty also contains two mechanisms aimed at trying to manage the phenomenon of parallel proceedings. The first is consolidation: according to Article 8.43, in the case where there are two parallel claims pending under the CETA, the parties have the right to agree the consolidation of proceedings. The second way to avoid conflicting decisions in cases of multiple claims is established by Article 8.24, according to which, if there is a parallel claim under another investment treaty, and there is a possible overlap on compensation or a significant influence on pending CETA proceedings, the CETA tribunal shall stay its proceedings or, in any case, ensure that the other decision is taken into account in its award.

Article 8.31 establishes that the tribunal will decide the dispute on the basis of the provisions of the CETA (to be interpreted in accordance with Articles 31-33 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties) and other applicable rules and principles of international law. In the case where serious concerns arise as regards matters of interpretation that may affect the investment, the adoption of an “authentic” interpretation of CETA provision might be required to the Joint Committee²⁵. The Joint Committee’s statement is binding upon Tribunals established according to the CETA.

The Tribunal will not be able to decide on the basis of the domestic law of the CETA parties, which may be taken into account during the proceedings only as a matter of fact. In this regard, it is to be noted that the treaty sets forth the standards of treatment to be applied in investment disputes (i.e. expropriation²⁶, fair and

²² S. 8.19.

²³ S. 8.23.1 and S. 8.23.4.

²⁴ In this case, it is provided that Article 25 of the ICSID Convention (concerning the concept of foreign control) applies. It therefore seems that CETA tribunals will be entitled also to take into account ICSID’s copious jurisprudence on the concept of foreign control.

²⁵ On the subject of “authentic interpretation” see D. GAUKRODGER, *The Legal Framework Applicable to Joint Interpretive Agreements of Investment Treaties*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2016/01, p. 1 ff.; S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *Binding Committee Interpretations in the EU’s New Free Trade and Investment Agreements*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, p. 90 ff.; E. METHYMAKI, A. TZANAKOPOULOS, *Masters of Puppets? Reassertion of Control Through Joint Investment Treaty Interpretation*, in A. KULICK (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, 2017, p. 155 ff. Such joint interpretations have been defined as a “worrying element” of the proposed reform by F. BAETENS, *Judicial Review of International Adjudicatory Decisions: A Cross-Regime Comparison of Annulment and Appellate Mechanisms*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, p. 25.

²⁶ S. 8.12.

equitable treatment²⁷ and full protection and security)²⁸, but reaffirms the host State power to regulate in order to achieve legitimate policy objectives (e.g. health, safety, environment)²⁹, and stipulates, in general terms, that the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under the CETA.

The award resulting from the dispute will be binding upon the treaty Parties, which shall recognize it and comply without delay. However, Article 8.28 provides that the award – within 90 days from its issuance – may be appealed before an Appellate Tribunal, whose composition will be determined by the CETA Joint Committee, which will be able to know appeals for all the grounds set forth by Article 52 of the ICSID Convention, as well as for errors in the interpretation and application of the law and manifest errors in the appreciation of facts (among which it is included the domestic law of the parties). The appeal decision is equalized to a final award of the first instance Tribunal³⁰.

Finally, it has to be highlighted that, exactly because the EU is pursuing the objective of establishing a multilateral investment court, Article 8.29 states that “[t]he Parties shall pursue with other trading partners the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes. Upon establishment of such a multilateral mechanism, the CETA Joint Committee shall adopt a decision providing that investment disputes under this Section will be decided pursuant to the multilateral mechanism and make appropriate transitional arrangements”.

b) The academic interest for the establishment of a multilateral investment court mainly originated from the several statements of EU Commissioner for trade Cecilia Malmstrom, who has repeatedly stated that the only way to completely overcome the criticisms faced by investor-State arbitration is to establish a permanent body which could hear all disputes concerning foreign investment³¹.

On 13 September 2017 the Commission issued a Recommendation for a Council decision³², which should authorise the same Commission to open negotiations, on behalf of the Union, for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, composed of a tribunal of first instance and of an appellate body. Attached to such a Recommendation, the Commission has produced certain directives which could possibly guide its work in the negotiation with regard

²⁷ S. 8.10.2 and 8.10.4. The treaty expressly provides the grounds which may constitute a breach of the fair and equitable treatment standard, i.e. due process of law, manifest arbitrariness, targeted discrimination and abusive treatment of investors. The rule seems to exclude the relevance of legitimate expectations, but then para. 4 says that the Tribunal may take into account whether the host State made specific representations to the investor which generated a legitimate expectation. It seems, therefore, that legitimate expectations may constitute a ground for the violation of the FET.

²⁸ S. 8.10.5, explaining that it is referring only to physical protection of investors.

²⁹ S. 8.9.1.

³⁰ S. 8.28.9.

³¹ See, *inter alia*, C. MALMSTRÖM, *Proposing an Investment Court System*, Blog Post, 16 September 2015, at ec.europa.eu.

³² European Commission, 13 September 2017, Recommendation for a Council Decision, authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, COM(2017)493 fin.

to, inter alia, the number of members of the tribunal and the appellate body, the terms of their mandate, the employment status and remuneration of adjudicators, their qualifications, the ethic standards that judges shall respect, as well as procedural aspects such as the mechanism of appointment of adjudicators, the allocation of cases to them and the scope of appeal. The Commission's paper also briefly deals with aspects such as the institution of a secretariat for the MIC and the modalities through which States could adhere to this model³³.

This last aspect, i.e. the modalities by means of which a model of multilateral investment court could be implemented, is the one that deserves major discussions, considering that the institutional aspects relating to the "life" of the court will obviously come as a second step. In this regard, as said above, the biggest work has been carried out by the Geneva Centre for International Dispute Settlement upon commissioning by UNCITRAL. On 3 June 2016 Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler and Dr. Michele Potestà have issued a paper according to which the most efficient model to achieve the goal of a multilateral investment court is the drafting of an opt-in convention based on the model of the Mauritius Convention on Transparency³⁴. Hence, the convention, once drafted, would be opened for signature and would determine that States, by signing it, undertake to substitute the mechanism of ISDS set forth in all the BITs they had previously signed. This would mean that, when both the parties of an existing BIT adhere to the opt-in Convention, the dispute settlement mechanisms enshrined in the relevant BIT will become ineffective³⁵. Contrariwise – with regard to BITs whose parties do not both adhere to the opt-in convention – such treaties will have either to be renegotiated (in order to set forth a reference to the MIC) or the unilateral denunciation process of these BITs shall be initiated. The opt-in convention, however, would not set forth any substantive standard of treatment of foreign investment to be applied by the MIC. As a consequence, while – ideally – the deciding body will be always the same, the applied standards would remain different (being determined by different BITs).

The "Kaufmann-Kohler-Potestà report" also envisages the possibility of an appeal for the decisions issued by the MIC and in-depth analyses concerning the legal nature of such a form of dispute settlement. According to the authors, notwithstanding the fact that the parties do not appoint their arbitrator, the MIC could still be qualified as arbitration (and therefore its decisions could be enforceable in accordance with the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) because of the fact that the proposed dispute settlement

³³ See European Commission Staff Working Document, *Impact Assessment*, fn. 4, p. 39 ff.

³⁴ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, p. 27 ff. and p. 75 ff. The Mauritius Convention on Transparency was adopted by the UN General Assembly on 10 December 2014 and refers to the UNCITRAL Transparency Rules adopted in 2013 and applicable automatically to UNCITRAL arbitrations based on treaties concluded after 1 April 2014. With regard to arbitrations started pursuant to treaties concluded before that date, the parties of such BITs can agree to opt-in and apply the Rules. Each State that signs the Mauritius Convention automatically extends the application of the UNCITRAL Rules on Transparency to all investment arbitrations to which it is called to act as respondent.

³⁵ In this case, Article 30, para. 3 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties applies, according to which "[w]hen all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the latter treaty".

mechanism would be still based on consent, this being – in their view – the only relevant circumstance in order to qualify a method of dispute settlement as arbitration³⁶.

c) The Kaufmann-Kohler-Potestà report³⁷ finally provides for an alternative to the multilateral investment court proposal, which has not been – as of today – taken into consideration by the EU in its studies on the reform of the ISDS system, i.e. the establishment of a permanent appellate body which should only act as a second instance court, fully empowered to review (as a matter of law and fact) awards issued by arbitral tribunals, which would continue to exist as they currently are³⁸.

This hypothesis is seen by some authors as a more feasible solution, considering that it would maintain investment arbitration alive, but would remedy to the problem of incoherence by replacing annulment with a full review of arbitral awards.

In this regard, it is to be noted that this proposal is largely inspired by the experience of the Appellate Body existing in the WTO framework³⁹, whose case law – pursuant to the duty to promote security and predictability in the WTO system established by Article 3.2 of the Dispute Settlement Understanding – has largely resolved the problem of incoherence by stating, first of all, that first instance panels are bound by Appellate Body’s decisions (because of the Appellate Body’s hierarchical superiority) and, secondly, that the same Appellate Body shall, absent cogent reasons, resolve the same legal question in the same way in a subsequent case (so-called “taking into account approach”)⁴⁰. As explained by the same WTO Appellate Body, “[t]he creation of the Appellate Body by WTO Members to review legal interpretations developed by

³⁶ On 15 November 2017 the same authors have issued a second report, which discusses in-depth the possible structure and composition of the MIC and the AB, as well as the requirements for serving as judges. See G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, *The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appellate Mechanism for Investment Awards*, 15 November 2017, at www.uncitral.org.

³⁷ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, p. 68 ff. Contrariwise, D. GALLO, *Il nuovo sistema di risoluzione delle controversie in materia di investimenti nei recenti accordi sul libero commercio dell’Unione Europea: una rivoluzione in atto?*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (eds.), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Bari, 2017, p. 157 ff., seems to look at the ICS as a real standing court for investment disputes. Similarly see P. BERNARDINI, fn. 10, p. 49.

³⁸ This possibility seems also sustained by C. BROWN, *Supervision, Control, and Appellate Jurisdiction: The Experience of the International Court*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 610, who also envisages the possibility that (based on certain past experiences) the appellate function can be carried out by existing international courts, such as the ICJ.

³⁹ Indeed, Article 17 of the WTO Dispute Settlement Understanding sets forth a permanent body of 7 members, appointed for four years, that may – in groups of three appointed for each case – uphold, modify or reverse the *legal findings* and conclusions of panels of first instance. The main difference between the newly proposed system of appeal and the WTO’s one stays in the fact that the new investment AB might also know of appeals based on a misinterpretation of the relevant facts. See N. VAN DEN BROEK, D. MORRIS, fn. 10, p. 53 ff.; J. KALB, *Creating an ICSID Appellate Body*, in *UCLA Journal of International & Foreign Affairs*, 2005, p. 179 ff.; D.A. GANTZ, *An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, p. 39 ff.; D.P. STEGER, *Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism*, in A. DE MESTRAL, C. LÉVESQUE (eds.), *Improving International Investment Agreements*, Oxford, 2013, p. 357 ff. The proposal also takes into account certain domestic systems of arbitration which provide for appeal, such as the Arbitrators’ and Mediators’ Institute of New Zealand (AMINZ). In this regard, see C. SMITH, *The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism Can Guide Reform of ICSID Procedure*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2013, p. 567 ff.

⁴⁰ See WTO AB decision of 30 April 2008, WT/DS344/AB/R, *US – Stainless Steel*, in particular para. 160. In this regard see F. DAVID, *The Role of Precedent in the WTO – New Horizons?*, Maastricht Fac-

panels shows that Members recognized the importance of consistency and stability in the interpretation of their rights and obligations under the covered agreements. This is essential to promote ‘security and predictability’ in the dispute settlement system, and to ensure the ‘prompt settlement’ of disputes. The Panel’s failure to follow previously adopted Appellate Body reports addressing the same issues undermines the development of a coherent and predictable body of jurisprudence clarifying Members’ rights and obligations under the covered agreements as contemplated under the DSU⁴¹. The proposers of the AB solution in the investment field have been, indeed, driven by identical concerns: a hierarchically superior instance of decision-making could ensure the survival of arbitration and of party appointment of adjudicators, but, at the same time, this mechanism would ensure that all arbitrators are anyway bound by the mandatory interpretation of rules set forth by the AB.

Finally, it has to be noted that, like the MIC, also the AB should – in the proposers’ view – be inserted within the existing legal framework through the signing of an opt-in convention. Such a convention, in this case, would operate as an amendment to the ICSID Convention, by replacing annulment with a mechanism of full appeal.

3. This paragraph will be devoted to an assessment of the proposed reforms, that will be carried out by addressing the issues which arise in connection with each of them. We will demonstrate that, while they only partially solve some of the issues that the proposers want to address (a), the reforms present important structural problems⁴², i.e. critical questions relating to the structural features of the ICS, the MIC and the AB (b).

a) Except for the CETA, the new mechanisms do not set forth substantive changes of international investment law. They do not, as a consequence, address the issue of the States’ power to regulate, which is allegedly one of the essential reasons for requesting amendments to the ISDS system. Honestly speaking, this is quite surprising, considering that the “sovereign backlash” against investment arbitration and of the related “fright to regulate” seemed to be the main causes of concerns of States which asked for a change of the current ISDS mechanism.

However, all the proposed mechanisms try to fix some of the procedural issues which have been the subject of criticism in recent times.

Starting from the necessity to avoid the risk of jurisdictional abuses by investors, which may consist either in the incorporation of a company in certain country just in order to get advantage of a certain investment treaty, or in the commencement of parallel proceedings, it is obvious that the MIC scenario would be very helpful. Indeed, as a matter of principle, the existence of an unique court could certainly be useful in the prevention of abuses and/or parallel proceedings (if the Statute will provide so), e.g. through the establishment of *lis pendens* and *res judicata* mechanisms. However this positive scenario will actually take place only if several states will adhere to the court, something that could take place only in long time. The CETA also makes

ulty of Law Working Paper, No. 2009-12, p. 1 ff.; F.M. PALOMBINO, *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012, p. 181.

⁴¹ *US – Stainless Steel*, fn. 40, para. 161.

⁴² For a meaningful analysis of pros and cons of the ICS system envisaged in the TTIP project, which mirrors the CETA one, see F. BEDOYA, J.L. RAMIREZ, *Un Sistema de Corte Permanente como Alternativa al Arbitraje de Inversión: Ventajas y Desventajas*, in *Spain Arbitration Review*, 2016, p. 39 ff.

some efforts to address the abovementioned problems. The presence of a denial of benefits clause, in this regard, allows arbitrators to refuse jurisdiction in the cases where the final owner of the claimant is a national of a third country⁴³. Article 8.24, then, puts in place a mechanism aimed at avoiding conflicting decisions in cases of parallel claims, requiring the tribunal either to stay proceedings or to finally take into account the parallel award in its final decision. This provision, jointly with the rule on consolidation which applies to parallel CETA claims, should be helpful to avoid scenarios where two parallel claims started by the same substantial investor in relation to the same facts led to opposite results⁴⁴.

All the new forms of ISDS also set forth adequate mechanisms for ensuring transparency and avoiding conflicts of interests, as well as to ensure the independence and impartiality of arbitrators. Indeed, concerning transparency of proceedings, all the new projects take into account the UNCITRAL Rules on Transparency and are based on the assumption that documents of the proceedings shall be freely accessible by the public. With regard to independence and impartiality of arbitrators, the new proposals are all based on the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration and set forth rigid ethic rules to be followed by adjudicators. The same mechanisms aimed at ensuring transparency and avoiding conflicts of interests, however, as will be shown at section 4 below, exist in the current investment arbitration framework. In this regard, nothing ensures to us that tenured judges (or members of a standing investment court) work better than *ad hoc* arbitrators⁴⁵.

The MIC and the AB scenarios might also be, in principle⁴⁶, useful in addressing the issue of incoherence, provided that, if a form of (at least *de facto*, i.e. in the lack of a formal legal obligation to follow previous decisions) horizontal and vertical precedent⁴⁷ is established (like, as we have seen, it happens in the WTO framework),

⁴³ In this regard, it seems that Article 8.16 could have been better drafted, making reference also to the cases where the final owner is a national of the country where the investment is made. In this regard, it is worth thinking to the *Tokios Tokeles* and *Rompetrol* scenarios. In both these cases, the final owner of the investment was a national of the host State and, based on the wording of the relevant BITs, Tribunals accepted jurisdiction by saying that nothing precluded to shell companies to be considered as investors for the sake of the applicable investment treaty. See *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18 and *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3.

⁴⁴ Emblematic, in this regard, is the scenario that took place in the well known *CME* and *Lauder* cases, in which a company owned by Mr. Lauder and the same Mr. Lauder started parallel arbitration against Czech Republic for the same facts and the same damages. Ironically, the two cases were concluded with opposite results and this has, of course, generated great concerns in scholarship. See *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL (2001); *CME v. Czech Republic*, UNCITRAL (2003).

⁴⁵ See S.L. BREKOULAKIS, *Collective Biases and International Arbitral Tribunals*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper, No. 131/2013, p. 2 ff.

⁴⁶ This circumstance, however, shall not be taken for granted. Indeed, experiences from national courts and international tribunals demonstrate that the same judicial organ may (even in a short period of time) take different views on the same matter. See, in this regard, the Italian experience in relation to the *Dorigo* and *Cat Berro* cases, involving the same issues but oppositely decided, as reported by F.M. PALOMBINO, *Sulla idoneità del giudicato di Strasburgo a rendere inefficace il contrastante giudicato nazionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 10 ff. For a contrary opinion see E. SARDINHA, *The Impetus for the Creation of an Appellate Mechanism*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 527, who sustained that an AB mechanism is certainly able to promote legal certainty, coherence and predictability.

⁴⁷ Horizontal precedent is the one which applied between tribunals which are on the same hierarchical level, while vertical precedent involves the necessity that hierarchically subordinated adjudicators take

adjudicators will be obliged to follow existing decisions or – at least – to take into account previous tribunals determinations⁴⁸. This circumstance, however, is strictly related to the necessity that a high number of States adhere to the opt-in convention. Moreover, contrary to what happens pursuant to the WTO Dispute Settlement Understanding where the same substantive rules are always applied by adjudicators, these bodies will, in each case, apply substantive provisions established by different investment treaties. This will, in any case, have the effect of not guaranteeing that there is consistency in decision-making, due to the possible differences in the wording and in the context of any BIT⁴⁹. In this regard, only a real multilateral treaty on foreign investment (regulating both standards of treatment and dispute settlement mechanisms) could be a valid solution⁵⁰. As to the ICS, it is arguable that it would

into account what has been decided at the superior instance of adjudication. On this distinction, as well as on the distinction between *de jure* and *de facto* precedent, see J. HAYNES, *The Emergence of a Doctrine of de jure Horizontal stare decisis at the Caribbean Court of Justice: Fragmentation or Pluralism of International Law?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, p. 498 ff.

⁴⁸ However, it should be noted that a *more consistent* treaty interpretation is not necessarily a synonym of a *more accurate* treaty interpretation. See, in this regard, M. FELDMAN, *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy and Balance of Power*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 530 ff.

⁴⁹ See, in this regard, A. CRIVELLARO, *The Interpretative Law-Making of Investment Tribunals: How Identical Rules of Law May Lead to Opposite Results*, in F. BORTOLOTTI, P. MAYER (eds.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, London, 2014, p. 128 ff., who has correctly pointed out that even identical rules may be oppositely interpreted in different context and/or historical moments. A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 133 ff., has rightly pointed out that many of the people who think that ISDS should be reformed confuse the problems arising from substantive rules (which have been drafted and accepted by States) with the mechanism of dispute settlement. In several occasions, indeed, the criticisms that have been raised derive from the interpretation and application of substantive provisions rather than the method of dispute settlement. In this regard, it is surprising that all efforts for a reform are directed towards the change of the procedural mechanisms rather than substantive rules.

⁵⁰ The lack of such a multilateral substantive legal framework is the reason why the possibility of an AB in investment disputes has been criticized by D. McRAE, *The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 371 ff., and in particular p. 386. On the subject see also M. HUBER, G. TEREPOSKY, *The WTO Appellate Body: Viability as a Model for an Investor-State Dispute Settlement Appellate Mechanism*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 545 ff., according to whom the WTO Appellate Body may serve as a model for investment arbitration but the different circumstances in which the investment AB with respect to the WTO framework would operate might constitute a serious obstacle to its functioning. See, in this regard, also G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, p. 31, according to whom “[a]dmittedly, no absolute uniformity would be achieved, because the applicable law – the substantive treaty standards – would continue to be anchored in different treaties”. According to the authors, “[h]owever, consistency would be reached in the application of the same [investment treaty] and of different [investment treaties] with identical or nearly identical wordings. And even when applying differently worded [investment treaties], it is to be expected that the [MIC] and the [AB] will pursue consistency more than ad hoc bodies, because of the elements of tradition, continuity and collegiality which are inherent in permanent courts”. The same position is sustained by F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, p. 257, saying that “the mere transplant of a functioning model may not always be the best solution. The success of the WTO system of appeal review depends in part on certain idiosyncrasies of the WTO legal order that are absent in the international investment regime”. For this reason, at 253, the authors say that “[t]he most practicable scenario may therefore be the establishment of an appellate system within the ICSID framework, with jurisdiction over all ICSID awards” but “[t]he possibility to amend the Convention is of course remote (Article 66 requires unanimity)”.

only help in achieving coherence with regard to the involved treaty and, therefore, this is not a general solution to the problem of consistency⁵¹. In addition, as the same WTO AB recognized at para. 161 of the aforementioned *US – Stainless Steel* decision, in presence of cogent reasons the Appellate Body will always be free to change its previous interpretation of a certain rule. On the one hand, this is a logical consequence of the need that each court has to preserve a certain degree of flexibility in the application of the rule of *stare decisis*, in order to adapt the decisions to the circumstances of the concrete case⁵². On the other hand, this is a very subjective parameter: the AB will always be able to unquestionably say that some reasons that it deems “cogent” require it to depart from its previous decisions. This means that there will never be the absolute certainty that similar cases will be decided coherently; the only thing that can be ensured is that previous decisions *are taken into account*, something that – as we will see below – already happens in the existing investment arbitration system. Indeed, through the establishment of an AB, the issue of the horizontal precedential value of decisions will only be moved to the second instance of the decision-making process, with the sole effect of rendering first instance tribunals as mere instrumentalities of the only real decision maker, i.e. the AB. Furthermore, it is to be clarified that, while in the WTO framework “the AB’s mandate is expressly geared towards the clarification of WTO law *erga omnes partes* of the Covered Agreements, hence decisions are drafted with the awareness of dictating a rule of law, rather than merely providing the solution in specific cases”⁵³, this peculiarity is not – as things stand today – typical also of the AB system envisaged for investment disputes. All the above easily demonstrates that, in investor-State dispute settlement, the existence of a centralized adjudication system is not a synonym of coherence.

In addition to the above, it is to be noted that all the proposed reforms put into force appeal mechanisms of full review of previous decisions (both for reasons related to the misapplication and misinterpretation of the law and of the relevant facts) because, based on the WTO Appellate Body’s experience⁵⁴, the drafters think that this guarantees a higher degree of correctness in the application of the law. In this regard, as it will be better explained below, the present author respectfully disagrees with the

⁵¹ According to F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, p. 253, “[i]t has been suggested that an appellate system with limited jurisdiction *ratione materiae* (i.e. over one applicable treaty) could nevertheless produce a harmonising effect by applying the common principles of investment law, developed into custom through the practice of investment tribunals. However, the suggestion that a body of customary law has emerged, corresponding to the recurring clauses of BITs, is not born out in a review of numerous awards”. See also Y. NGANGJOH-HODU, C.C. AJIBO, *ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, p. 17.

⁵² In this regard, it is not surprising that even the English House of Lords, since 1966, has started to apply the rule of precedent in a more flexible way, acknowledging the possibility that in presence of serious reasons it is possible to depart from previous case law. See F.M. PALOMBINO, fn. 40, p. 176.

⁵³ See, in this regard, F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, p. 243. In addition, the same authors point out that the system of WTO appeal system due its success to: (i) the existence of a permanent staff in support of the changing members of the Appellate Body; and (ii) the existing system of “exchange of views” among all members with respect to the legal issues of each appeal (ensuring that the three members’ decision is previously shared with all other members of the Appellate Body). These circumstances are not envisaged in the proposed AB system.

⁵⁴ See, in this regard, F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, pp. 237-238, recognizing that the WTO AB has been the ideal mode to shape the features of the newly proposed investment AB.

necessity of a second instance of decision-making as a means to ensure a major correctness of decisions. Finality and efficiency are core characteristics of international commercial (including investment) disputes settlement and parties want their decision to be decided quickly by a competent adjudicative body. In this regard, while granting efficiency, annulment of arbitral awards as set forth by Article 52 of the ICSID Convention also proved to be a valid way to ensure that absurd results are reached⁵⁵.

Finally, as to the necessity of saving time and costs, while it is undeniable that the new mechanism would avoid the parties to pay the expenses related to the functioning of the arbitration tribunal, it has to be noted that the highest cost in arbitration is related to the payment of counsels of the parties⁵⁶. This cost will remain the same also in the new forms of ISDS and, therefore, it seems that the statement that the a mechanism of ISDS different from investment arbitration will let parties save money is more propagandistic than actual. In addition, the presence of a form of appeal in which the AB could not only re-examine legal issues (as it happens in proceedings before the WTO Appellate Body), but also fully review matters of fact would be an additional cost (as well as a great expenditure of time) for the parties, which is rarely considered⁵⁷ when it is asserted that the newly proposed system would cost and last less than the existing investment arbitration regime.

b) There are, then, certain structural concerns which apply to all the proposed mechanisms of reform of ISDS⁵⁸. In general terms, both the ICS and the MIC will have the effect of determining the death of investment arbitration⁵⁹. Indeed, the lack of party appointment – which is the essence of the current ISDS system – will determine that the parties will lose their right to directly have an influence on the

⁵⁵ See, in this regard, F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, p. 213, according to whom “for the first type of litigants – mainly commercial parties – finality grants a swift path towards an ‘imposed consensus’ on the matter at hand, allowing them to quickly resume their usual business relationship, without losing valuable time in a never-ending cycle of appeals, of ordinary and extraordinary judicial challenges to the tribunal’s decision. More precisely, for commercial parties, the finality of awards represents a guarantee that they will be spared further unnecessary litigation, potential costs, delays and prolonged public exposure in state courts. Also in investor-state arbitration do the parties place an emphasis on finality, but for slightly different reasons. In essence, while the private investor desires an expeditious proceeding which shall clarify its position toward the host- state and allow it to either resume its activity there or to cease it after payment of a compensation, the sovereign party is interested in not damaging its reputation – and, consequently, increase its country’s risk – as a recipient of foreign direct investment. For both actors, *certainty* is the most important issue at stake in the aftermath of arbitral proceedings. This encompasses the certainty to keep on investing, and the certainty to attract other investments. However, certainty does not entail that awards are *absolutely* final. Their ‘relative finality’ allows different degrees of review – mostly formal and limited to procedural issues – at either domestic level or in the international framework provided by the specific rules used”.

⁵⁶ This opinion seems to be shared also by A. HENKE, fn. 49, p. 133 ff.

⁵⁷ The problem seems to be adequately dealt with only by F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, p. 257.

⁵⁸ The present paper will not deal with the problems which might arise in EU law due to the proposed reforms, such as the prejudice that could be generated to the role of the EU Court of Justice as the exclusive interpreter of EU law. In this regard, see A. LOPÉZ RODRÍGUEZ, *Robbing Peter to Pay Paul? ISDS and ICSD from an EU Law Perspective*, in *Nordic Journal of International Law*, 2017, p. 470 ff., and in particular p. 482 ff. It shall be highlighted that, should it be ascertained that the proposed ICS system runs against certain principle of EU law, this circumstance would perfectly demonstrate that the concerns related to investment arbitration are mainly political rather than based on legal grounds, as it is sustained in the present essay.

⁵⁹ A. HENKE, fn. 49, p. 133 ff.

composition of the adjudicating body. Such a right has been one of the principal reasons, if not the main reason, of the success of investment arbitration.

First of all, it should be noted that the arbitrator appointed by a party has a responsibility towards that party not to vote for it when the decision will be assumed, but to be sure that – in a context of very different cultures and backgrounds – the actual situation of that party is duly represented before the tribunal prior to taking a decision⁶⁰. This is the strength of arbitration and the reason why businessmen from all over the world feel protected by arbitration and want it for solving their commercial disputes. The replacement of party appointment would therefore mean, for the parties, to lose the certainty that their argument will be given due weight in the course of arbitral proceedings (regardless of the fact that such arguments will be considered as prevailing on the others). From this point of view, therefore, nothing would change for the parties between an investment court whose members are decided by States and the same States' courts. The same considerations would apply if the appellate body scenario would be pursued. AB, indeed, will render investment arbitration useless: the recourse to second instance decision-making would become the rule, with the effect of prejudicing the efficiency of the adjudication process and the finality of the first instance award (which has been an essential reason for the success of ICSID arbitration). This is exactly what has happened in the WTO framework, where two thirds of first instance panels' reports are appealed⁶¹. In this regard, it is arguable that the risk of inefficiencies in the investment AB systems would also be higher than in WTO, due to the fact that the new mechanisms provide for a full review of facts which would render proceedings longer and muddled. Moreover, in the case where a mechanism of vertical precedent is established, this will bind first instance arbitrators that will lose the possibility to be flexible as is required to them, i.e. to assume a reasonable decision which is duly based on the needs of the concrete case⁶². The first instance decision will therefore become a binding, but not very significant, step on the way towards the only significant decision, viz. the one of the AB.

⁶⁰ On the trustworthiness of party appointed arbitrators, see the intense debate which took place between Prof. Albert Jan van den Berg and Jan Paulsson, on the one side (sustaining that party appointed arbitrators are not trustworthy), and Judge Charles N. Brower on the other (affirming the contrary). See J. PAULSSON, *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2010, p. 339 ff.; A.J. VAN DEN BERG, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in M. ARSANJANI *et al.* (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, The Hague, 2011, p. 821 ff.; and the reply by C.N. BROWER, C.B. ROSENBERG, *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators Are Untrustworthy Is Wrongheaded*, in *Arbitration International*, 2013, p. 7 ff.; and the final reply by A.J. VAN DEN BERG, *Charles N. Brower's Problem with 100 per cent Dissenting Opinions by Party-appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, 2015, p. 381 ff.

⁶¹ See, in this regard, F. FONTANELLI *et al.*, fn. 10, p. 243, who refer to the WTO Dispute Settlement Statistics. See also N. VAN DEN BROEK, D. MORRIS, fn. 10, p. 68, stating that “one key challenge for the WTO at this moment is that the vast majority of disputes are appealed and that the Appellate Body does not have a way to select either the cases or the issues that it deals with – rather, it is required to deal with any issue that is appealed, except for those where it can legitimately apply some form of judicial economy”.

⁶² On the importance of assuming a decision which is duly based on the circumstances of the concrete case see, in general terms, P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1969, p. 459 ff., and in particular p. 463.

Secondly, one of the reasons why arbitration is so successful in areas such as investment law is the fact that arbitrators are usually chosen on the basis of their specific competences in the area concerning the concrete dispute. Indeed, in very technical matters such as oil and gas, construction law and energy law, it is necessary that the decision maker is very familiar with the issue that is going to decide, the tribunal shall be obliged to appoint experts who will become the real decision makers. Tenured judges do not ensure this kind of competence.

Moreover, and very importantly, we all know that the main reason why the old system based on diplomatic protection has been abandoned is the perception of high politicization which that system gave of itself⁶³. Indeed, the main determiners of the outcome of a dispute concerning private parties were States, that could decide not to pursue investors' rights just because this was – from the political point of view – not the right path to pursue. In all the newly proposed mechanisms, State appoint, reconfirm and pay members of the tribunal/court. It is obvious that – if they are willing to be appointed and then reconfirmed – adjudicators will have to show their sympathy for States' reasons in matters relating to the governance of foreign investment⁶⁴, while nothing ensures that they are equally ready to give importance to investors' arguments⁶⁵. In this regard, Kaufmann-Kohler and Potestà have imagined both the possibility of somehow involving investors in the process of selection of judges⁶⁶ and the path that should be followed in order to ensure the structural independence of the deciding body⁶⁷. However, while these are proposals which could theoretically be helpful, from the practical point of view the ICS and the MIC would certainly be perceived by investors as an asymmetrical form of dispute settle-

⁶³ On the highly political framework surrounding diplomatic protection, see, *inter alia*, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., 2015, p. 252 ff.

⁶⁴ The political nature of the appointment of tribunals' members by States is easily demonstrated by referring to the issue concerning the US block on the reappointment of the South Korean member Seung Wha Chang in the WTO Appellate Body on 12 May 2016, allegedly because of the US's disagreement with the outcome of the appeals in which Mr. Chang was involved. In reply, on 26 September 2016, Mr. Chang issued a farewell address urging for the continued independence of the Members of the Appellate Body. On the matter see N. VAN DEN BROEK, D. MORRIS, fn. 10, pp. 68-69, who call the readers' attention on the necessity to take into account this lesson while considering the establishment of a States' appointed investment tribunal.

⁶⁵ See G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, p. 60, who recognize the “risk that such an election system may become affected by political considerations. This would constitute a step back from the often-praised depoliticization of investment arbitration, one fact of which is the decision-makers from politics. ... [s]olutions avoiding to the greatest extent possible any opacities in the selection process should be favoured”.

⁶⁶ G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, p. 61 ff. In this regard they propose, prior to the appointment of judges of the MIC, “a consultation of business organizations, i.e. organizations representative of investor interest”. In their opinion, “it would mitigate the risk of shifting from the current model that resembles commercial arbitration to the other extreme, that is to an interstate paradigm”. This proposal, however, seems concretely unfeasible. How is it possible to determine which organizations would have a say on the appointment? How would we grant that the relevant investor involved in a specific dispute has a say in the appointment of the panel which will decide such dispute? Obviously, in a scenario involving a standing court, these questions do not find answer and this is why this proposal appears as dead letter.

⁶⁷ In *The Composition*, fn. 36, p. 49 ff., the authors discuss the means which could ensure such a “structural independence” (viz. the necessary distance from appointing States), i. e. selection methods, security of tenure, term of office, financial security, adequate resources, mechanisms of incompatibility, privileges and immunities and clear rules for the assignment of cases.

ment, in which their voice does not have any weight. This problem even increases in the proposed ICS system, where – through the CETA Joint Committee – States have also the possibility to issue interpretations of CETA provisions which bind the tribunal. This means that States can directly determine the interpretation of the law applicable to them and, in cases of broad standards, such as the fair and equitable treatment, this could have disruptive effects on the protection of foreign investment.

There are also serious concerns with regard to the enforceability of the decisions issued by these bodies. While there are no problems with concern to the enforceability before the courts on the Parties of the relevant treaty (being it the CETA or the opt-in Convention), the real issue stays in the enforceability of such decisions before the courts of third countries. The solution wished for by the proposers of both mechanisms is the possibility to recognize that these decisions are equal to arbitral awards for the sake of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and that therefore they could enjoy the facilitated regime for enforcement established in such a treaty. As already said, the arbitral nature of the ICS and the MIC would be allegedly determined by the consensual nature of such a form of dispute settlement; however, this is subject to discussion and – as of today – there is no guarantee that the New York Convention will be considered applicable to ICS or MIC decisions⁶⁸. In the lack of any guidance in this regard, it seems possible to share the opinion of who said that “[g]iven that the application of the New York Convention is entrusted to each of its 151 States parties, ultimately, it will be for each State that is presented with a [ICS or MIC] award to determine for itself whether, and to what extent, a private waiver may serve to foreclose its own review”⁶⁹.

In addition to the above, there are structural criticisms singularly pertaining to each of the proposed mechanisms of reform.

As to the ICS, the first reason for concern stays in the composition of the body. Canada, which is a single State, has the right to appoint 5 judges, i.e. the same number of judges which can be appointed by the EU that, however, entails 28 States (*sic!*). The remaining 5 judges will be appointed among nationals of third countries; among these judges the president of the tribunal and the president of each panel will be selected. While this could be seen as a means to ensure neutrality, it is to be noted that the highest powers in the newly established court are being conferred to the members of the court which less than others have contacts with the reality of the countries which will be affected by future decisions. This is something that generates some disappointment in the present author, because it could undermine the legitimacy of the new adjudicating bodies. Moreover, criticisms arise from the fact that national laws will be used only as a matter of fact by the tribunal; on the

⁶⁸ Against the applicability of the New York Convention to the newly proposed courts see P. BERNARDINI, fn. 10, p. 49, saying that “[u]nder the New York Convention an award is meant to be a decision on the outcome of a process that qualifies as arbitration since it is made by arbitrators or by permanent arbitral bodies. These essential elements appear to be foreign to the ICS since neither the Tribunal nor the Appellate Tribunal are permanent arbitral bodies. The reference by the new system to awards appears therefore inappropriate, certainly not capable of transforming the members of the Tribunal and the Appellate Tribunal into arbitrators. The doubtful applicability of the New York Convention to decisions rendered under the ICS system constitutes a disadvantage when compared with the ISDS system, the Convention representing an indispensable tool to ensure worldwide recognition and enforcement of foreign awards”.

⁶⁹ N. JANSEN CALAMITA, *The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, p. 615.

basis of the experience of existing arbitration tribunals, this appears nonsensical. Indeed, at least in principle, national law has always been applicable by tribunals and often the parties (both in contracts and in treaties) have sometimes chosen to let arbitrators determine their disputes in accordance with national law, considering that investment disputes finally concern domestic matters⁷⁰.

With specific reference to the MIC, moreover, an important question related to a matter of treaty law arises. It is well known that almost all BITs contain a so-called “sunset clause”, or “survival clause”, that operates in the cases of their termination, and the effect of which is to freeze for investors the possibility to take advantage of the legal framework regulating foreign investment enshrined in a certain BIT for a period of time (usually from 10 to 20 years) after the termination of such BIT⁷¹. It has still to be determined how the opt-in convention would relate to these clauses. Will investors maintain their right set forth in the BIT for the duration of the sunset clause? Will this right exist only in cases of denunciation of the relevant BIT by a party or also in the cases of mutual termination? All these issues, right now, do not find a definitive answer, but – according to the majority of scholars – it is likely that investors will be, in *all* cases of BIT termination, considered entitled to pursue their rights established through BITs until the expiration of the relevant sunset clause, with the effect of seriously prejudicing the effectiveness of the entry into force of the proposed new ISDS mechanism⁷².

Finally, with regard to the AB scenario, it is to be ascertained whether it can be considered compatible with the ICSID Convention. An amendment to the ICSID Convention is *de facto* impossible, considering that it requires the agreement of all 161 Contracting Parties⁷³. Hence, in the likely case that only a certain number of the ICSID Parties ratifies the opt-in convention, the latter could work as an *inter se* modification of the ICSID Convention, which would be amended in its part concerning the finality of arbitral awards and the annulment of arbitral decisions. *Inter se* modifications, however, are subject to the requirements of Article 41 of the VCLT⁷⁴.

⁷⁰ See, in this regard, A. GIARDINA, *La legge regolatrice dei contratti di investimenti nel sistema ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, p. 677 ff.; D. PAUCIULO, *Il diritto applicabile dai tribunali arbitrali ICSID nella soluzione delle controversie tra Stato e investitore privato*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (eds.), fn. 37, p. 71 ff.

⁷¹ G. ZARRA, *The Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs*, in *The American Review of International Arbitration*, 2014, p. 584 ff. See also G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, p. 82, who take into account the existence of this issue but not provide the readers with any solution to it.

⁷² Please refer to the authorities mentioned in G. ZARRA, fn. 71, pp. 584-585. In this regard, it has to be recalled that States have freely decided to confer certain rights to investors through BITs and they are then not free to withdraw these rights *ad libitum*. See J. PAULSSON, *The Power of States to Make Meaningful Promises to Foreigners*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 343. For a sceptical position regarding the effectiveness of “sunset clauses” in cases of mutual termination see T. VOON, A. MITCHELL, J. MUNRO, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2014, p. 455. On the subject see also J. HARRISON, *The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 935; J. POHL, *Temporal Validity of International Investment Agreements: A Large Sample Survey of Treaty Provisions*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2013/04, p. 1 ff.

⁷³ See Article 66 of the Washington Convention.

⁷⁴ It is to be noted, in this regard, that the ICSID Convention came into force in 1966, prior to the VCLT (which came into force in 1980). It is, however, arguable that Article 41 VCLT applies because it reflects customary international law. See, in this regard, A. REINISCH, *Will the EU's Proposal Con-*

According to this rule, the modification in question shall not be prohibited by the relevant treaty, shall not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations, and – most importantly for what presently of interest – shall not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole. With reference to the latter of the requirements set forth by Article 41 VCLT, it appears that the finality of arbitral awards set forth by Article 53 – which expressly prohibits any form of review in the merits of ICSID awards and is aimed at facilitating their circulation⁷⁵ – is one of the pillars of the ICSID Convention and, as a consequence, the amendment of such a rule could not be subject to *inter se* modifications⁷⁶.

In conclusion, it clearly emerges that the critical points briefly outlined above could constitute serious drawbacks of the proposed reforms, to be carefully taken into account prior to making any decision with regard to the adoption of these new mechanisms of ISDS.

4. As already said, investment arbitration has been established in order to allow nationals of a certain country to solve disputes related to their investments in a foreign country before a competent, neutral and efficient adjudicative body, far from the inefficiencies and the politicization of national courts⁷⁷. The mechanism of party appointment has, in this regard, functioned as a guarantee of neutrality, granting that investors and States were put on the same level in the course of investment disputes⁷⁸. States accepted this kind of situation because they wanted to attract foreign investment by ensuring that their sovereign decision, if unlawful, would have been submitted to the rule of law⁷⁹.

cerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration, in *Journal of International Economic Law*, 2016, p. 12. Similarly see J. PAUWELYN, *Conflicts of Norm in Public International Law*, Cambridge, 2003, p. 305; A. RIGAUX, D. SIMON, *Article 41*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford, 2011, p. 994; K. ODENDAHL, *Article 41*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, 2012, p. 723.

⁷⁵ “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention”.

⁷⁶ For a similar opinion see N. JANSEN CALAMITA, *The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime*, available at ssrn.com, 2017, p. 20. *Contra* see G. KAUFMANN-KOHLER, M. POTESTÀ, fn. 11, pp. 83-85, A. REINISCH, fn. 74, p. 16, who focus on the objective of the ICSID Convention which – in their view – is only to provide ISDS between States and foreign investment.

⁷⁷ For an analysis of why and how the ISDS system has been developed see J.C. THOMAS, H.K. DHILLON, *The Foundations of Investment Treaty Arbitration: The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 459 ff.

⁷⁸ Precisely for this reason it has been recently said that a viable alternative for investment arbitration, in the case where States should replace arbitration with an investment court, could be the recourse to commercial arbitration between private investors and State entities for disputes related to contracts with such State entities. See N. LAVRANOS, *Is Commercial Arbitration an Alternative to Investment Treaty Arbitration in Light of the Increasing Aversion against BITs and ISDS?*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, p. 302 ff.

⁷⁹ See J. PAULSSON, fn. 72, p. 232 ff.

Investment arbitration is quite a recent product. The first ICSID arbitration has taken place in 1972⁸⁰ and, until the '90s, ICSID faced not more than 2 cases per year⁸¹. It is obvious, in this regard, that this dispute settlement mechanism has faced a transition period in which adjudicators had to calibrate the decision-making process to the changing needs of the surrounding global environment. In Anthea Roberts' words, investment arbitration is now living its adolescence: after having overcome the phase of its infancy – in which, it is admitted, there has been the (founded or not) perception that investors enjoyed too much power in front of States – now certain self-adjustments are taking place, with the effect of rebalancing the powers of the disputing parties⁸². It is likely that such a rebalancing, which regards all the criticisms outlined above and whose features will be immediately examined, will be completed in investment arbitration's adulthood, which will take some time to take place⁸³.

As to jurisdictional issues, we can assist to three kinds of adjustments. First of all, arbitral tribunals are now often recognizing that, in order to be qualified as an investor of a certain country, an individual or a legal entity shall necessarily have an effective business in such a country⁸⁴. Secondly, in all cases in which purposeful changes of nationality have been put into place with the sole scope of taking advantage of a certain BIT, it is today peaceful that an abuse of process is taking place, with the effect of depriving investors of the BIT's protection⁸⁵. Thirdly, and most importantly, arbitrators are now applying legal tools aimed at avoiding parallel proceedings involving substantially identical claims (such as abuse of process and collateral estoppel)⁸⁶.

⁸⁰ *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1.

⁸¹ According to J.C. THOMAS, H.K. DHILLON, fn. 77, p. 472, when the Washington Convention was drafted in 1965, "the Centre was not expected to be very busy".

⁸² A. ROBERTS, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, in *American Journal of International Law*, 2013 p. 49; similarly see C.A. ROGERS, *The Politics of International Investment Arbitrators*, in *Santa Clara Journal of International Law*, 2013, p. 240. In this regard it is also worth noting that States are redrafting BITs in order to better safeguard their regulatory power. See, in this regard, the BIT between Nigeria and Morocco, of 3 December 2016, at investmentpolicyhub.unctad.org; and the proposed draft of Italian Model BIT, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 396 ff.

⁸³ See G. ZARRA, *The Relevance of State Interests in Recent ICSID Practice*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2016, p. 487 ff. This circumstance was already theorized by J. E. ALVAREZ, *The Return of the State*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2011, p. 223 ff. See also C. SCHREUER, U. KRIEBAUM, *From Individual to Community Interest in International Investment Law*, in U. FASTENRATH et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 1079 ff.

⁸⁴ *Tenaris S.A. and Talta Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award of 29 January 2016, para. 134 ff. Similarly, with regard to claims started by shell companies, see *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8, Award of 26 July 2016.

⁸⁵ See, for a very recent decision in this regard, *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Panama, S.A. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Award of 2 June 2016. Other references are contained in G. ZARRA, fn. 83, p. 497.

⁸⁶ For an application of collateral estoppel, it is worth here mentioning the award in *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC, and Mr. David Fischer v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No., ARB/12/11, Decision on Jurisdiction of 1 February 2016 and Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017, para. 260 ff. The problem of parallel proceedings has been solved on the basis of the doctrine of abuse of process, in *Orascom TMT Investment Sárl v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35, Award of 31 May 2017, para. 539 ff. These arguments have also been appreciated with

Transparency, which initially was considered as an issue in investment arbitration, has been adequately addressed by the ICSID Rules and by the practice of arbitration tribunals⁸⁷, who have routinely published their awards and allowed for submissions by *amici curiae*. The road towards transparency has been now completed by the UNCITRAL Rules on Transparency and the Mauritius Convention, which will ensure the full accountability of arbitral proceedings.

Issues of independence and impartiality, which initially have never brought to a disqualification of an arbitrator due to the very high threshold which was applied in the ICSID context⁸⁸, have recently brought to various disqualifications due to the conflict of interests that arbitrators had with one of the parties, with their law-firm or with the dispute at hand⁸⁹. Tribunals now tend to apply the “reasonable third party

sympathy in *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Respondent’s Application Under Rule 41(5) of 20 March 2017, para. 170.

⁸⁷ See, *inter alia*, *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae” of 15 January 2001. On this subject see L.A. MISTELIS, *Confidentiality and Third Party Participation*, in *Arbitration International*, 2005, p. 211 ff.; A. HENKE, fn. 49, p. 138.

⁸⁸ See, e.g., in this regard, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, Twenty Grand Offshore, LLC, Point Marine, LLC, Twenty Grand Marine Service, LLC, Jackson Marine, LLC and Zapata Gulf Marine Operators, LLC v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator of 23 December 2010, according to which “multiple appointments as arbitrator by the same party in unrelated cases are neutral since in each case the arbitrator exercises the same independent arbitral function ... The mere fact of holding three other arbitral appointments by the same party does not, without more, indicate a manifest lack of independence or impartiality on the part of Professor Stern”. Similarly, see *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17 and ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal of 12 May 2008, where Prof. Kaufmann-Kohler was not disqualified notwithstanding the fact that she was a member of the Board of Directors of UBS, which – in turn – was an important shareholder of the Claimant, Vivendi. According to the other two arbitrators, this circumstance did not amount to a “manifest lack of impartiality”.

⁸⁹ See, first of all, *Caratube International Oil Company LLP & Mr Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr. Bruno Boesch of 20 March 2014, which is the first case in which the two co-arbitrators accepted a claim for disqualification of their third colleague on the basis of the fact that he acted in an arbitration involving similar facts and therefore could not be considered as “having Chinese walls in his mind”. This could have determined that the arbitrator make a pre-judgment of the dispute and was, as a consequence, not independent. In *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties’ Proposal to Disqualify a Majority of the Tribunal of 12 novembre 2013, the Chairman of ICSID accepted to disqualify Mr. Jose Maria Alonso, appointed by the Claimant, because of his partnership in the law-firm Baker & McKenzie’s office in Madrid, in light of the fact that the Caracas and New York offices of the same firm were involved in other arbitration proceedings against Venezuela and this circumstance could have determined an exchange of information among the various proceedings. According to the Chairman, a reasonable third party would have thought so. Finally, in *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña of 13 December 2013, the ICSID Chairman accepted to disqualify Prof. Orrego Vicuña because he sent a letter in aggressive tones to Ecuador’s lawyers which accused him of not being impartial. According to the Chairman, “[s]uch comments do not serve any purpose in addressing the proposal for disqualification or explaining circumstances relevant to the allegations that the arbitrator manifestly lacks independence or impartiality” and a reasonable third party observer would consider the arbitrator not impartial. On all these decisions, see M. IOVANE, *L’influence de la multiplication des juridictions internationales sur l’application de droit international*, The Hague, 2017, pp. 359, 360 and 362.

observer” or “justifiable doubt” standards instead of the “manifest lack of independence of impartiality”⁹⁰, which was initially required.

The host States’ power to regulate in matters of public interest has been recently clearly recognized in a case concerning a claim for indirect expropriation of a tobacco industry for reasons connected to the adoption, by the host State, of certain measures (which generated a prejudice to the investor’s rights) aimed at diffusing the knowledge of the damages of smoking and at preventing the health damages arising from smoke. According to the tribunal, the purpose of the measures was a policy objective which rendered lawful the State’s action and did not involve any necessity for compensation of the investor⁹¹. Human rights considerations are also being taken into account by investment arbitrators, who have also recently allowed a human rights counterclaim⁹².

As to the problems on the inconsistency of decisions, today the so-called “taking into account approach” – according to which arbitrators have an obligation to consider previous awards on similar issues in their decisions – is today almost unanimously applied by investment tribunals⁹³. It perfectly ensures a balance between predictability and justice of the concrete case, by requiring that awards are well reasoned with respect to previous decisions, while giving arbitrators the possibility to operate a distinguishing and depart from previous decisions if justice so requires. In this regard, it is worth mentioning what has been stated by C. Tams, according to whom “ICSID’s lack of any hard mechanism for bringing about consistent decisions (...) is no exception. Just as other systems of dispute settlement, the ICSID system has so far sought to bring about consistency through soft mechanisms. Previous decisions have usually been regarded not as binding, but as *persuasive precedents*”⁹⁴.

Finally, with regard to the lack of a control mechanism, the present author submits that the annulment mechanism provided by the ICSID Convention is the perfect way for balancing the needs for finality and efficiency with the requirement for a correct decision⁹⁵. Indeed, it ensures that the arbitral award, to which the parties have voluntarily submitted, is final, while granting that it can be annulled (and not substitute by a second appeal decisions) only for serious procedural grounds (mainly related to the principle of due process) or for manifest excess of powers⁹⁶.

⁹⁰ See, in this regard, also A. HENKE, fn. 49, p. 138.

⁹¹ *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. Arb/10/7, Award of 8 July 2016. On this subject see G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, p. 95 ff.

⁹² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, para. 1140 ff. On this decision see F.M. PALOMBINO, *Il diritto all’acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Florence, 2017, p. 47 ff.

⁹³ F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Heidelberg, 2017, p. 151 ff.; G. ZARRA, fn. 7, p. 30 ff.; G. ZARRA, *Orderliness and Coherence in International Investment Law: An Analysis Through the Lens of State of Necessity*, in *Journal of International Arbitration*, 2017, p. 653 ff.

⁹⁴ C. TAMS, fn. 10, p. 19

⁹⁵ The same opinion has been expressed by P. BERNARDINI, fn. 10, p. 47, according to whom “[a]s confirmed by the ECJ, annulment is the form of review of awards that balances finality with correctness by providing a relief limited to the violation of a few essential principles”.

⁹⁶ According to Article 52 of the ICSID Convention, “[e]ither party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the follow-

Annulment, therefore, ensures that the decision is correctly assumed, but avoids to replace the award with another decision by the AB – which in principle is not necessarily more correct than the first instance award – and whose legitimacy is exactly the same of the previous decision.

5. This essay has analysed the main features of the proposed reform to the current system investor-State dispute settlement, namely investment arbitration. We have started by analysing the characteristics of the investment court system enshrined in the newly drafted EU's Free Trade Agreements and have then moved to the analysis of the project for a multilateral investment court proposed both by the EU Commission and the Geneva Centre for International Dispute Settlement in a study commissioned by UNCITRAL. We have also analysed the project for a permanent appellate body, developed by the same Geneva Centre, which is a less intrusive reform, based on the remaining in force of the current investment arbitration system, to which a permanent appellate body with full power of review of first instance decisions will be added.

The proposed reforms of investment arbitration try to address some criticisms that, during the short time of life of this method of dispute settlement, have been raised against it. However, such reforms - on the one hand - seem to too easily renounce to the essential features of arbitration which have granted the success of the ISDS mechanism and a growth in the number of foreign investment, and – on the other hand – completely ignore the positive developments which investment arbitration is achieving through self-adjustments put into place by arbitrators⁹⁷. In this regard, it is arguable that the objective that the reforms want to achieve through drastic amendments of the ISDS system could be more easily achieved through slighter reforms of the existing mechanism, without renouncing to the undeniable advantages that investment arbitration has.

The proposers of the reforms appear not to take into account that investment arbitration is still in its adolescence and that, prior to criticize it so strongly, one should wait for its full maturity, which needs time to be achieved. They also completely neglect the circumstance that “[w]alking away from international arbitration as a means of Investor-to-EU dispute resolution would mean walking away from [a] tried and tested culture of freedom and flexibility. It would also mean walking away from the New York Convention. If that is the way forward, if this is what is considered improvement of ISDS process, then we must answer quite lucidly the basic questions why we are improving and what precisely needs improvement”⁹⁸. Such a lucid answer, as well as the reasonable foreseeability of an improved scenario for ISDS from an analysis of the proposed reforms, does not come to the mind of the present author⁹⁹.

ing grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based”.

⁹⁷ A. HENKE, fn. 49, p. 135.

⁹⁸ S. NAPPERT, fn. 10, p. 5.

⁹⁹ It is not surprising, from this point of view, that the EU and Japan have recently announced (on 8 December 2017) to have finalized a new trade agreement which does not include any ISDS mechanism. See ec.europa.eu. It is not clear what are the reasons for such a lack. According to some sources, it is due to the Japanese refusal for providing for the inclusion of ICS in the treaty. See A. HAGELÜKENUND, T.

In addition to the above, it must be pointed out that many of the criticisms moved to investment arbitration are related to the application of substantive standards of treatment of foreign investments and, surprisingly enough, the envisaged reforms (save as, partially, the CETA) are not planned to amend the substantive law framework regulating foreign investment. This will have the effect to create “a court without material law” which is, in the present author’s view, not exactly what is needed in order to adapt the regulation of foreign investment to the current need of States to safeguard their power to regulate in essential policy subjects¹⁰⁰.

In conclusion, it seems that the proposed reforms of the ISDS system are mainly driven by the political concerns of certain States which want to reaffirm their full control on the system of ISDS. However, States who are calling for these (allegedly urgent) reforms are the same States which put into place the current ISDS mechanism (allegedly favouring investors) at a time when they did not envisage that they could have been also sued as respondents in investment arbitration proceedings¹⁰¹. Should the proposed reforms go through, it could only be said – agreeing with Prof. Michael W. Reisman – that “the empire has struck back”¹⁰²!

Abstract

The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step Forward or a Hasty Reform?

In this essay the author analyses the ISDS mechanism envisaged by the CETA and the proposal for a Multilateral Investment Court and/or an Appellate Body envisaged in the recent working papers issued by the Geneva Centre for International Dispute Settlement upon commissioning by UNCITRAL. The paper tries to assess whether the newly proposed ISDS mechanisms are able to reach the goals that their drafters had in mind and further discusses whether the current investment arbitration system is putting into place certain self-adjustment mechanisms which could, alone, address the criticisms that ISDS attracted. In conclusion, the author maintains that – prior to putting into place a reform that will let us lose all the undeniable advantages that investment arbitration has – an in-depth reflection is required.

KIRCHNER, *Das Handelsabkommen zwischen EU und Japan ist beschlossen. Kritiker fürchten Nachteile für Verbraucher*, 8 December 2017, at www.sueddeutsche.de; see also, on the subject, R. ALLEN, *New EU-Japan Trade Deal: EU Declares ISDS “Dead”*, 17 July 2017, at globalarbitrationnews.com.

¹⁰⁰ See the criticism to the newly proposed MIC made by the German Association of Judges (Deutscher Richterbund) in November 2017, at www.drj.de. See also J.C. THOMAS, H.K. DHILLON, fn. 77, p. 501, who states that the problem is more one relating to substantive standards in investment treaties rather than a procedural one.

¹⁰¹ See, in this regard, P. BERNARDINI, fn. 10, p. 45, according to whom “[t]hat this development was unexpected is not a sufficient reason for the change of attitude towards the ISDS system, and this development seems to be the result of a process whereby more and more developing countries have become important outward investors, which has changed the context in which treaties have until now been applied. However, the possibility of their application in the opposite direction is inherent in their bilateral nature”.

¹⁰² W.M. REISMAN, *The Empire Strikes Back: The Struggle to Reshape ISDS*, 2017, at papers.ssrn.com, p. 12 ff.

Giuseppe Pascale*

“Esternalizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle *gross violations* dei diritti umani commesse in Libia

SOMMARIO: 1. Introduzione. Gli obiettivi dell'Italia e dell'UE di controllare e di ridurre i flussi migratori nel Mediterraneo e i risultati recentemente raggiunti. – 2. La politica migratoria di esternalizzazione delle frontiere attuata dall'Italia con il sostegno dell'UE e il trattenimento in Libia dei migranti provenienti da Stati terzi. – 3. La commissione di *gross violations* dei diritti umani a danno dei migranti trattenuti sul territorio libico e la responsabilità internazionale della Libia. – 4. La possibilità di configurare una forma di responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE connessa alla responsabilità internazionale della Libia precedentemente delineata. – 5. Le norme sulla responsabilità internazionale per complicità. – 6. *Segue*: i requisiti e i caratteri della responsabilità internazionale per complicità. – 7. La responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle *gross violations* dei diritti umani dei migranti compiute in Libia.

1. Da ormai diversi anni, il controllo e la riduzione dei flussi migratori provenienti dall'Africa e dal Medio Oriente costituiscono degli obiettivi prioritari per gli Stati membri dell'UE. L'importanza del raggiungimento di tali obiettivi si accentua per gli Stati che gestiscono le frontiere esterne dell'UE. Com'è noto, configurandosi naturalmente come Paesi di primo approdo dei richiedenti asilo, in applicazione del c.d. regolamento Dublino III, tali Stati sopportano i più pesanti oneri derivanti dalla crisi migratoria¹. Essi subiscono anche le maggiori ripercussioni politiche ed

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹ Lo Stato membro di primo ingresso del richiedente asilo deve farsene carico, occupandosi dell'esame della sua domanda di asilo, dell'accoglienza, dell'eventuale rimpatrio e di ogni altra questione connessa, ai sensi dell'art. 13 del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato mem-

“emotive” di detta crisi, che si manifestano non solo quando si verificano delle gravi tragedie, purtroppo non infrequenti, ma anche in occasione di incidenti locali che assumono grande visibilità. Il caso dell’Italia, che con la Grecia rappresenta la più permeabile frontiera esterna dell’UE, è paradigmatico.

In Italia da più parti si invocano azioni di forte contrasto ai flussi migratori che attraversano il Mediterraneo dirigendosi verso le coste nazionali. Per dare séguito a tali richieste, l’Italia non può bombardare i “barconi” degli scafisti, né chiudere i propri porti alle imbarcazioni che trasportano le persone salvate dai naufragi². Ai sensi del diritto internazionale, l’Italia non può nemmeno intercettare i migranti nelle acque internazionali e respingerli verso i Paesi di provenienza o di transito, dato che, *inter alia*, essi probabilmente verrebbero qui sottoposti ad atti di tortura e altre gravi violazioni dei loro diritti. Nella sentenza resa nel caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, la Corte EDU ha chiarito che l’Italia deve rispettare l’obbligo di *non-refoulement* non solo in relazione ai migranti che si trovano sul territorio nazionale o alla frontiera, ma anche rispetto ai migranti che in alto mare sono posti sotto il controllo di organi statali italiani³. Peraltro, da una lettera recentemente inviata dal Commissario del Consiglio d’Europa per i diritti umani, Muižnieks, al Ministro degli Interni italiano,

bro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide – rifusione (c.d. regolamento Dublino III). Ne deriva una situazione di chiaro squilibrio strutturale tra gli Stati membri i cui confini coincidono con le frontiere esterne dell’UE e gli altri Stati. Su questo punto, e per una più attenta analisi del c.d. “sistema Dublino”, svolta in particolare rispetto al principio di solidarietà che dovrebbe applicarsi tra gli Stati membri in materia migratoria *ex art. 80 TFUE*, v. M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell’UE*, in *Costituzionalismo*, 2016, reperibile *online*, p. 287 ss., in particolare pp. 299-302 per quel che concerne la regola dello “Stato di primo ingresso” e gli altri criteri fissati per la determinazione dello Stato competente e per il richiamo dell’ulteriore bibliografia in proposito. In tema, v. anche G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, p. 459 ss., e C. DI STASIO, *La crisi del Sistema europeo comune di asilo (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2017, p. 209 ss. È attualmente in corso d’esame una proposta di riforma del regolamento Dublino III, secondo cui il Paese d’arrivo non sarà più automaticamente responsabile per il trattamento delle domande di asilo, sulla quale il Parlamento europeo ha già espresso la sua posizione comune.

² Per un commento sulla proposta di bombardamento dei “barconi” degli scafisti, v. G. CARELLA, *Tratta degli esseri umani, uso della forza internazionale e prevenzione dei naufragi (... dello Stato di diritto)*, in *SIDI Blog*, 5 maggio 2015, reperibile *online*. A proposito dell’invocata chiusura dei porti italiani allo scopo di bloccare gli sbarchi dei migranti, v. P. DE SENA, F. DE VITTOR, *La “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, *ivi*, 1° luglio 2017.

³ Sentenza della Corte EDU [GC] del 23 febbraio 2012. L’obbligo di *non-refoulement* è previsto dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati e da diversi altri trattati, tra cui la Carta dei diritti fondamentali dell’UE (art. 19). La CEDU non sancisce tale obbligo, che nella giurisprudenza dalla Corte omonima è comunque ricavato con un’interpretazione estensiva ed evolutiva del divieto di tortura posto dall’art. 3. In ogni caso, sembra che l’obbligo di *non-refoulement* sia ormai previsto da una norma internazionale consuetudinaria. Resta fermo che esso non comporta il diritto di asilo, ma solo quello di non essere respinti in un Paese non “sicuro” e di vedere esaminata la propria domanda di asilo. In proposito, v. Ufficio dell’Alto commissariato ONU per i rifugiati, *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, 4 novembre 1997, reperibile *online*. Tra i tanti scritti sul tema, v. per tutti E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of non-refoulement*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003, p. 140 ss., e F. SALERNO, *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487 ss.

Minniti, si evince che l’obbligo di *non-refoulement*, come interpretato nella sentenza *Hirsi*, si applicherebbe anche alle azioni italiane nelle acque libiche⁴.

Allora, di concerto con l’UE, il Governo italiano ha optato per una strategia antimigratoria alternativa, che consiste nell’“esternalizzazione” delle proprie frontiere in Libia, Paese in cui notoriamente convergono quasi tutte le ondate migratorie provenienti dall’Africa sub-sahariana e talvolta anche dal Nord Africa e dal Medio Oriente prima di attraversare il Mediterraneo⁵. Di fatto, come si evidenzierà nel paragrafo seguente, l’Italia ha ottenuto che la Libia – *rectius*, i diversi attori che detengono il potere nel territorio libico⁶ – blocchi i migranti entro i suoi confini, impedendo che salpino verso le coste italiane. È stato così ripreso e sviluppato il modello di cooperazione già sperimentato con il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008 dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, Berlusconi, e dal Capo di Stato libico, Gheddafi, appunto con lo scopo principale di arginare le migrazioni nel Mediterraneo⁷.

In effetti, dopo l’“esternalizzazione” delle frontiere italiane in Libia, gli arrivi di migranti in Italia si sono affievoliti. A dimostrazione di ciò, basti confrontare i

⁴ V. il documento CommHR/INM/sf0345-2017, del 28 settembre 2017, reperibile *online*.

⁵ Secondo l’OIM, i migranti che salpano dalla Libia verso l’Italia provengono per il 60% dall’Africa sub-sahariana, per il 32% dal Nord Africa e per il 7% dal Medio Oriente. Sulle ragioni della convergenza in Libia di tali ondate migratorie, v. il *report* n. 179 dell’ONG International Crisis Group, *How Libya’s Fezzan Became Europe’s New Border*, del 31 luglio 2017, reperibile *online*.

⁶ Com’è noto, la Libia è attualmente caratterizzata da una forte instabilità politica. In verità, un Governo centrale con sede nella capitale libica formalmente esiste. Si tratta del Governo di riconciliazione nazionale presieduto da Serraj, costituito nel gennaio 2016 in applicazione dell’intesa conclusa tra le parti del conflitto libico il 17 dicembre 2015 a Skhirat, in Marocco, grazie alla mediazione dell’ONU (per il testo v. il sito della Missione delle Nazioni Unite in Libia), che lo hanno prontamente riconosciuto come unico detentore del potere esecutivo in Libia (v. le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 2259/2015 e 2278/2016, confermate da altre successive risoluzioni). Con la dichiarazione resa al termine del *Summit* di Parigi del 13 marzo 2016, anche Francia, Germania, Italia, Regno Unito, UE e USA hanno qualificato il Governo di Serraj come il solo legittimo Governo libico (v. lo *Statement on Libya* sul sito della diplomazia francese). Il Governo di riconciliazione nazionale controlla parzialmente la Tripolitania, ma non è in grado di tenere unite le altre componenti dello Stato libico: mentre la Cirenaica, a Est, è sottoposta al Governo presieduto dal generale Haftar con sede a Tobruk, nel resto della Libia, e principalmente nella regione meridionale del Fezzan, varie bande e tribù controllano singole città o territori, fluttuando tra alleanze precarie. Tale quadro è documentato nel *Final Report of the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011)*, UN doc. S/2017/466, del 1° giugno 2017, redatto su richiesta del Consiglio di sicurezza ONU e reperibile *online*. Come si vedrà nel prosieguo, per ottenere l’“esternalizzazione” in Libia delle proprie frontiere, l’Italia ha dovuto negoziare non soltanto con il Governo di Tripoli, ma anche con gli attori che controllano i territori meridionali.

⁷ Il Trattato di Bengasi prevede che la Libia cooperi con l’Italia nel contrasto all’immigrazione; in cambio, l’Italia si impegna ad assistere la Libia, finanziandone le infrastrutture, fornendo assistenza tecnica e formando la guardia costiera e la guardia di frontiera. Soprattutto, il Trattato stabilisce che l’Italia versi alla Libia notevoli somme di denaro per il pattugliamento costante della costa. Per maggiori dettagli, v. N. RONZITTI, *Luci e ombre del Trattato tra Italia e Libia*, in *Affari Internazionali*, 8 febbraio 2009, reperibile *online*. All’indomani dell’intervento italiano in Libia nel 2011, il Trattato di Bengasi non si è estinto ma, al più, è stato sospeso. Pur essendo stato criticato già nel 2008 da chi denunciava che la sua attuazione avrebbe condotto a numerose violazioni dei diritti dei migranti da parte delle autorità libiche, tale Trattato è stato poi confermato dal Processo verbale del 3 aprile 2012 intercorso tra i Ministri degli Interni italiano e libico (reperibile *online*). Inoltre, esso è oggi ripreso dal *Memorandum* del 2 febbraio 2017 (su cui v. *infra*, par. 2), che ne conferma la validità. Anche nell’archivio *online* del Ministero degli Esteri il Trattato di Bengasi risulta in vigore dal 2 marzo 2009.

dati dell'estate del 2017 con quelli dello stesso periodo del 2016. Le note di aggiornamento del Ministero degli Interni sottolineano che ad agosto gli sbarchi si sono ridotti dell'81%, mentre a luglio il calo era stato del 66%⁸. Tali dati sono confermati dall'Agenzia per i diritti fondamentali dell'UE⁹, da alcune ONG¹⁰ e da varie fonti giornalistiche¹¹. Il flusso dei migranti appare di conseguenza diminuito anche se ci si colloca nel più ampio contesto dell'UE¹².

Dopo aver illustrato la politica di “esternalizzazione” delle frontiere italiane in Libia, attuata con il sostegno dell'UE, si darà conto delle *gross violations* dei diritti umani subite dai migranti provenienti da Stati terzi che vengono trattenuti sul territorio libico. Nel prosieguo, si delinea la responsabilità internazionale della Libia per tali violazioni, soprattutto alla luce del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti adottato dalla Commissione del diritto internazionale (CDI) nel 2001¹³. Si cercherà poi di inquadrare il ruolo dell'Italia in relazione alle medesime violazioni, volgendo in particolare lo sguardo all'art. 16 del Progetto del 2001, inerente all'aiuto o all'assistenza prestati da uno Stato per la commissione di un illecito da parte di un altro Stato. In aggiunta, si esaminerà l'ipotesi secondo cui anche l'UE fornirebbe aiuto o assistenza nella realizzazione dell'illecito libico, tenendo conto in particolare del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali adottato nel 2011 dalla CDI¹⁴, sulla falsariga del Progetto del 2001.

2. Il modello dell'esternalizzazione (anche detto dell'*outsourcing*) ha origine nelle scienze economiche, dove indica la pratica delle imprese di ricorrere ad altre imprese per lo svolgimento di alcune fasi del proprio processo produttivo o per attività di supporto. Tale modello economico è talvolta impiegato anche dagli Stati quando affidano la gestione di certi servizi pubblici a imprese private straniere¹⁵. Nel diritto internazionale delle migrazioni, il modello dell'esternalizzazione ha

⁸ V. la sezione “dati e statistiche degli sbarchi e dell'accoglienza dei migranti” del sito del Ministero degli Interni.

⁹ V. i *Regular Overviews of Migration-Related Fundamental Rights Concerns*, pubblicati dall'Agenzia per i diritti fondamentali dell'UE sul proprio sito.

¹⁰ Oltre ai rapporti delle ONG citati nel prosieguo, v. *Analisi flussi gennaio/agosto 2017*, pubblicata online da Save the Children.

¹¹ Tra le varie fonti giornalistiche, v. *Libia, arrivano meno migranti*, in *Repubblica*, 8 agosto 2017; *Perché gli sbarchi sono diminuiti?*, in *Il Post*, 10 agosto 2017; *Migranti, l'UE: “in Italia sbarchi in calo dell'81% ad agosto”*, in *Il Messaggero*, 6 settembre 2017.

¹² La Commissione europea ha recentemente presentato alcuni documenti che attestano i buoni risultati conseguiti nella gestione dei flussi migratori dai nuovi strumenti messi in campo dall'UE e dai suoi Stati membri, tra cui principalmente l'Italia. In particolare, il 15 novembre 2017, essa ha diffuso la comunicazione COM(2017)669 fin., contenente il *progress report* sull'Agenda europea sulla migrazione, e l'allegato intitolato *Best Practices on the Implementation of the Hotspot Approach*, che menzionano diversi dati, da cui si evince la netta diminuzione sia dei richiedenti asilo sia del numero dei morti e scomparsi in mare.

¹³ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, UN Doc. A/56/10.

¹⁴ *Draft Articles on Responsibility of International Organizations, with Commentaries*, UN Doc. A/66/10.

¹⁵ In tema, v. I. MCCARTHY, A. ANAGNOSTOU, *The Impact of Outsourcing on the Transaction Costs and Boundaries of Manufacturing*, in *International Journal of Production Economics*, 2004, p. 61 ss., p. 63, dove si legge che l'esternalizzazione si realizza attraverso “an agreement in which one company contracts-out a part of the existing internal activity to another company abroad”. Nell'esternalizzazione vi è dunque un rapporto tra due imprese di diversa nazionalità, cosa che permette di distinguere questo mo-

ispirato la prassi del trasferimento del controllo e della gestione dei flussi migratori dagli Stati di (auspicata) destinazione a quelli di transito. In sostanza, i primi stipulano degli accordi internazionali o raggiungono delle intese politiche con i secondi, che accettano di trattenere entro i propri confini i migranti, ai quali viene così impedito di approdare negli Stati di destinazione. In cambio, questi ultimi si impegnano a inviare agli Stati di transito finanziamenti, mezzi tecnologici e supporti logistici indirizzati al rafforzamento delle frontiere e alla creazione di centri di accoglienza. Inoltre, gli Stati di destinazione spesso si occupano della formazione della guardia costiera, della guardia di confine e del personale impiegato nei centri di accoglienza degli Stati di transito. È dunque in questo senso che gli Stati di destinazione effettuano l'esternalizzazione delle proprie frontiere negli Stati di transito¹⁶.

Sembra che l'Australia per prima abbia ideato un sistema di esternalizzazione delle proprie frontiere per controllare le ondate migratorie¹⁷. Il modello australiano ha poi riscosso successo presso alcuni Governi europei, tra cui quello italiano, che sin dal c.d. Processo di Khartoum del 2014 è tra i più convinti promotori dell'esternalizzazione delle frontiere esterne dell'UE quale strategia congiunta di contrasto ai flussi migratori¹⁸. Come anticipato nell'introduzione, l'Italia attua anche una propria politica di esternalizzazione. Nel momento in cui si scrive (gennaio 2018), mentre degli accordi o delle intese sono in corso di negoziazione con i Paesi dell'Africa sub-sahariana da cui partono i migranti¹⁹, tra cui specialmente

dello da quello della delocalizzazione, consistente nel trasferimento all'estero di parte delle attività produttive di un'impresa, senza che tali attività siano affidate ad altre imprese ma, al più, a filiali o sedi estere.

¹⁶ Cfr. F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed “esternalizzazione” della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche dell'esclusione*, Macerata, 2012, p. 183 ss., e 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. Inoltre, v. i saggi raccolti in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015. Come indicato da Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge, 1998 (rist. 2016), p. 12 ss., il fenomeno della esternalizzazione delle frontiere nazionali, indipendentemente dal fine perseguito, costituisce una delle motivazioni principali e, allo stesso tempo, un'inevitabile conseguenza della “fine della geografia” imposta dalla globalizzazione; da un lato, la “fine della geografia” agevola certe politiche (come quelle di esternalizzazione per il contrasto ai flussi migratori) e, dall'altro, essa permette di porre gli individui sotto la responsabilità di Stati il cui *standard* di rispetto dei diritti umani è basso.

¹⁷ A proposito dell'esternalizzazione delle frontiere attuata dall'Australia a Nauru e nell'isola di Manus e delle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani che sarebbero ivi commesse, è stata presentata una comunicazione all'Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale (CPI): v. il *Communiqué to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court under Article 15 of the Rome Statute. The Situation in Nauru and Manus Island: Liability for Crimes Against Humanity*, del 14 febbraio 2017, reperibile *online*. Secondo la Stanford International Human Rights and Conflict Resolution Clinic, che ha effettuato la comunicazione, la politica australiana di esternalizzazione delle frontiere in Paesi non “sicuri” configura delle violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani, per le quali i singoli governanti che la promuovono possono personalmente incorrere in responsabilità penale internazionale per crimini contro l'umanità.

¹⁸ V. la *Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process*, resa da trentanove Stati africani ed europei, dall'Unione africana e dall'UE, al termine dell'*EU-Horn of Africa Migration Route Initiative*, promossa dall'Italia e svoltasi a Roma il 28 novembre 2014. La Dichiarazione è consultabile sul sito dell'OIM.

¹⁹ La piena e corretta attuazione della politica di esternalizzazione delle frontiere dallo Stato di destinazione (l'Italia) allo Stato di transito (la Libia) dipende anche dalla gestione dei confini che quest'ultimo condivide con gli Stati di origine dei flussi migratori. Inoltre, il rafforzamento dei confini libici

il Niger²⁰, l'Italia ha individuato da tempo lo Stato di transito in cui effettuare l'esternalizzazione delle sue frontiere in chiave antimigratoria: la Libia.

Lo strumento principale della politica di esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia è il *Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana²¹. Si tratta di un accordo internazionale bilaterale, stipulato in forma semplificata ed entrato quindi in vigore alla data della firma²², avvenuta a Roma il 2 febbraio 2017, la cui durata prevista è di tre anni con rinnovo tacito alla scadenza per altri tre anni se nessuna delle due parti si oppone. Il *Memorandum* è stato sottoscritto dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, Gentiloni, e dal

meridionali è complementare al rafforzamento dei confini settentrionali. Pertanto, il 21 maggio e il 28 agosto 2017 si sono svolti a Roma due vertici tra i Ministri degli Interni italiano e libico e i loro omologhi ciadiano, maliano e nigerino. Nel corso di questi vertici, sono state raggiunte delle intese per un maggiore controllo dei confini condivisi dai quattro Paesi africani, la creazione di una rete di contatti diretti tra questi Paesi e l'Italia e lo sviluppo di centri di accoglienza lungo le aree di confine. Tali intese sono state iscritte nell'ambito di una c.d. "cabina di regia" per la gestione congiunta dei flussi migratori. Sul sito del Ministero degli Interni italiano sono disponibili i comunicati stampa riguardanti i due incontri e l'istituzione della c.d. "cabina di regia". L'Italia sta attualmente negoziando intese simili anche con Camerun, Eritrea, Nigeria e Repubblica Centrafricana, dai quali pure provengono numerose ondate migratorie dirette verso l'Europa: v. G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDI Blog*, 11 settembre 2017, reperibile *online*.

²⁰ Alla fine di dicembre 2017, il Governo italiano ha annunciato che, a norma della l. 145/2016 sulle missioni internazionali, presenterà al Parlamento una richiesta di autorizzazione per l'invio di circa cinquecento militari in Niger. L'iniziativa italiana si prefigge ufficialmente di contribuire alla lotta al terrorismo di matrice islamica nel Sahel, affiancandosi all'impegno già assunto a tal fine da altri Paesi europei, tra cui principalmente la Francia con l'operazione *Barkhane*. Sembra, però, che la missione italiana abbia anche l'obiettivo di provare a bloccare sul nascere i flussi migratori che dal Niger, passando per la Libia, tentano poi di attraversare il Mediterraneo, dirigendosi verso l'Italia. Per maggiori informazioni v., tra gli altri, J.P. DARNIS, *Niger: la missione militare italiana, un nuovo corso*, in *Affari Internazionali*, 21 dicembre 2017, reperibile *online*, e G. GAIANI, *Luci e ombre sulla missione italiana in Niger*, in *Analisi Difesa*, 25 dicembre 2017, reperibile *online*. In precedenza, l'Italia aveva già stanziato circa 50 milioni di euro per lo sviluppo di un programma di imprenditoria femminile in Niger (v. il Protocollo di accordo relativo all'esecuzione del programma per la responsabilizzazione delle donne e lo sviluppo locale, con due allegati, firmato a Roma il 31 marzo 2017 dal Presidente del Consiglio italiano e dal Presidente della Repubblica nigerina e subito entrato in vigore), dietro il quale, secondo alcuni giornali, si nasconderebbe il sostegno al rafforzamento delle frontiere nigerine per contrastare le migrazioni illegali (v., per esempio, *Dall'Italia 50 milioni al Niger per rinforzare le sue frontiere in chiave antimigratoria*, in *La Stampa*, 1° aprile 2017). Sia la missione militare recentemente annunciata, sia i flussi finanziari inviati nel marzo 2017 potrebbero iscriversi nel contesto di un'intesa (o forse un accordo stipulato in forma semplificata) in precedenza raggiunta tra i Ministri della Difesa dei due Paesi, il cui testo non è stato reso pubblico, ma cui fanno cenno le fonti appena citate.

²¹ Il testo del *Memorandum* è disponibile nell'archivio *online* del Ministero degli Esteri. La sua stipulazione era stata concordata il 9 gennaio 2017, in occasione della missione a Tripoli del Ministro degli Interni italiano: v. il comunicato *Minniti a Tripoli: al via una nuova fase di cooperazione tra i due Paesi*, reperibile *online*. Sul *Memorandum*, v. A. PALM, *The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The Baseline of a Policy Approach Aimed at Closing All Doors to Europe?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2 ottobre 2017, reperibile *online*, e M. TAZZIOLI, *Rethinking Containment through the EU-Libya Migration Deal*, in *Völkerrechtsblog*, 23 ottobre 2017, reperibile *online*.

²² Come si noterà, il *Memorandum* si annovera sia nell'ampia categoria dei trattati di natura politica sia in quella dei trattati che impongono oneri alle finanze. Pertanto, la sua stipulazione in forma semplificata potrebbe ritenersi non conforme all'art. 80 Cost., che richiede l'autorizzazione parlamentare per la ratifica dei trattati appartenenti alle due categorie.

Capo del Governo di riconciliazione nazionale libico, Serraj. Ai negoziati hanno però partecipato anche i “sindaci” dei villaggi abitati dalle tribù Tuareg e Toubou, che nei fatti governano le aree semidesertiche del Fezzan, nella Libia meridionale²³.

In sintonia con il modello di esternalizzazione delle frontiere sopra descritto, il *Memorandum* prevede un maggiore impegno della Libia nel controllo dei suoi confini e l’obbligo dell’Italia di fornire supporto a tal fine. Nello specifico, è previsto che l’Italia invii in Libia dei formatori della guardia costiera e delle guardie di confine; presti assistenza tecnica, tecnologica e finanziaria per il completamento del sistema di controllo dei confini libici meridionali; sostenga tutti gli organismi libici incaricati della lotta contro l’immigrazione clandestina; finanzia l’istituzione o l’adeguamento dei centri di accoglienza libici e la formazione del personale ivi impiegato. Inoltre, l’Italia accetta di avviare dei programmi per lo sviluppo sociale delle regioni libiche attraversate dai flussi migratori. Più in generale, l’Italia si impegna a destinare aiuti alla Libia attraverso il Fondo per l’Africa²⁴ e a favorire investimenti che stimolino la crescita libica²⁵.

In seguito, il 2 agosto 2017, in risposta a una richiesta del Governo di Tripoli, pervenuta nel quadro della cooperazione stabilita con il *Memorandum*, l’Italia ha approvato l’invio di una missione di sostegno alla guardia costiera libica, aggiungendo così un tassello alla politica di esternalizzazione delle proprie frontiere in Libia. Nello specifico, il Parlamento italiano ha autorizzato il distacco di unità navali italiane nel mare territoriale e nelle acque interne della Libia per lo svolgimento di azioni di contrasto ai flussi migratori irregolari e al traffico di esseri umani²⁶.

Nello stesso periodo, l’Italia ha adottato il Codice di condotta per le organizzazioni non governative impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare, che appunto le ONG sono tenute a firmare per poter continuare a intervenire nel canale di Sicilia in aiuto dei migranti. Tale documento ufficialmente dovrebbe scongiurare i rischi di collusione tra le ONG e i trafficanti di esseri umani attivi nel Mediterraneo centrale; in pratica, però, esso impedisce alle ONG di interferire nel processo di esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia. Infatti, il Codice di

²³ È facile presumere che i rappresentanti delle tribù Tuareg e Toubou siano stati invitati a partecipare ai negoziati in qualità di gestori effettivi dell’ingresso in Libia della grande maggioranza dei migranti, che passano appunto attraverso i confini meridionali della Libia, dove queste tribù sono stanziate. V. *Africa-Frontex Intelligence Community Joint Report 2016*, aprile 2017, p. 17, disponibile sul sito di Frontex.

²⁴ Il Fondo per l’Africa è stato istituito con l’art. 1, co. 621, l. 232/2016 (legge di bilancio 2017); la sua gestione è affidata al Ministero degli Esteri.

²⁵ Il *Memorandum* si compone del preambolo e di otto articoli. Gli obblighi sopra enunciati sono previsti dagli articoli 1 e 2. L’art. 3 dispone l’istituzione di un Comitato misto italo-libico, che si occuperà di individuare le priorità di intervento e monitorare l’adempimento degli obblighi assunti dalle parti. L’art. 4 riguarda la copertura finanziaria delle attività italiane in Libia. L’art. 5 prevede che il *Memorandum* sia interpretato e applicato nel rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani. Gli articoli 6, 7 e 8 hanno a oggetto la soluzione delle controversie, gli emendamenti e l’entrata in vigore. Sembra che, il 20 marzo 2017, poco più di un mese dopo l’adozione del *Memorandum*, il Governo di Serraj abbia presentato all’Italia la lista delle richieste più urgenti per la sua attuazione concreta. Si tratterebbe di attrezzature dal valore equivalente a circa 800 milioni di euro. V. l’inchiesta *Perché l’accordo tra l’Italia e la Libia sui migranti è sotto accusa*, in *Internazionale*, 29 novembre 2017.

²⁶ Come previsto dalla l. 145/2016 sulla partecipazione dell’Italia alle missioni internazionali, il 28 luglio 2017 il Consiglio dei Ministri ha trasmesso la delibera di accoglimento della richiesta libica al Parlamento, che ha appunto provveduto ad approvarla: v. Camera dei deputati, *Resoconto stenografico del 2 agosto 2017*, p. 48, e Senato della Repubblica, *Resoconto stenografico del 2 agosto 2017*, p. 71.

condotta restringe notevolmente il raggio d'azione di questi attori non statali, soprattutto poiché prevede il divieto di ingresso nei mari libici, salvo in situazioni di grave e imminente pericolo che richiedano assistenza immediata, purché non si intralcino le attività della guardia costiera libica²⁷.

L'UE appoggia la politica italiana di esternalizzazione delle frontiere. In proposito, è significativa la dichiarazione resa dal Consiglio europeo al termine del Vertice informale svoltosi alla Valletta il 3 febbraio 2017, cioè il giorno dopo la firma del *Memorandum* italo-libico, dove si legge che "l'UE accoglie con favore il *Memorandum* d'intesa firmato il 2 febbraio 2017 dalle autorità italiane e dal Presidente Serraj ed è pronta a sostenere l'Italia nella sua attuazione"²⁸. Il Consiglio europeo è andato poi oltre, lasciando intendere che l'esternalizzazione delle frontiere, così come eseguita dall'Italia, potrebbe costituire un modello per l'UE. Dopo aver rinnovato il loro sostegno al Governo di Serraj, i capi di Stato e di governo hanno anche prospettato il possibile sviluppo di una cooperazione diretta tra UE e Libia per il contrasto ai flussi migratori e per altre esigenze legate a questo obiettivo²⁹.

Il supporto dell'UE alla politica migratoria italiana e l'intenzione dell'UE di collaborare direttamente con la Libia non devono stupire. Innanzitutto, la missione navale europea EUNAVFOR MED Operazione Sophia si occupa da qualche tempo pure dell'addestramento della guardia costiera libica e, di fatto, sembrerebbe anche agevolare il trattenimento dei migranti in Libia³⁰. Inoltre, e più in generale, l'UE

²⁷ Il Codice di condotta è stato redatto dal Ministero degli Interni (sul cui sito internet è consultabile) a conclusione dell'indagine conoscitiva avviata dalla Commissione Difesa del Senato (doc. XVII n. 9, *Sul contributo dei militari italiani al controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo e l'impatto delle attività delle organizzazioni non governative*, 16 maggio 2017) dopo le polemiche innescate dalla denuncia della Procura di Trapani, poi rivelatasi infondata, di una presunta complicità di certe ONG nei crimini dei trafficanti libici di esseri umani. Il Codice è stato presentato il 31 luglio 2017 ed emendato più volte fino al successivo 8 agosto. Tra i tredici punti di cui il Codice si compone, oltre al divieto di ingresso nel mare territoriale libico, ha provocato diverse critiche l'obbligo di ricevere a bordo, su richiesta delle autorità italiane, funzionari di polizia deputati a raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico e sulla tratta di esseri umani.

²⁸ V. la Dichiarazione di Malta dei membri del Consiglio europeo, *Gli aspetti esterni della migrazione: affrontare la rotta del Mediterraneo centrale*, del 3 febbraio 2017, par. 6, lett. i), reperibile *online*.

²⁹ Come si legge nel comunicato relativo al Consiglio europeo informale della Valletta, reperibile *online*, le priorità dell'eventuale cooperazione diretta tra UE e Libia in ambito migratorio comprenderebbero: la formazione, l'equipaggiamento e il supporto della guardia costiera libica; lo smantellamento delle attività dei trafficanti di esseri umani attraverso un'azione operativa rafforzata; il miglioramento della situazione socioeconomica delle comunità libiche stanziate nelle zone costiere, presso le frontiere terrestri e lungo le rotte migratorie; un impegno volto a garantire, in Libia, capacità e condizioni di accoglienza adeguate per i migranti, soprattutto attraverso la creazione di nuovi centri di accoglienza; il sostegno all'OIM per l'intensificazione delle attività di rimpatrio volontario; il potenziamento delle campagne di informazione rivolte ai migranti. Infine, il Consiglio europeo ha sottolineato la necessità di contribuire a ridurre la pressione sulle frontiere terrestri della Libia, rafforzando anche le frontiere dei Paesi vicini.

³⁰ L'operazione navale EUNAVFOR MED è stata istituita con decisione (PESC) n. 2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015, con gli obiettivi di contribuire alla gestione delle rotte migratorie nel Mediterraneo centrale, proteggere i migranti e combattere i trafficanti di esseri umani. Articolata in quattro fasi, l'operazione è stata rinnovata dal Consiglio una prima volta, con un'estensione del mandato all'addestramento della guardia costiera libica, e una seconda volta, fino al 31 dicembre 2018, con un'ulteriore modifica del mandato finalizzata ad assicurare l'efficienza a lungo termine della formazione della guardia costiera libica. Peraltro, i compiti dell'operazione sono stati ampliati anche da alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU, tra cui la n. 2240/2015 e la n. 2292/2016. Ciò rende EUNAVFOR MED una missione "quasi congiunta" tra UE e ONU. F. MUSSI, *Countering Migrant Smuggling in the Me-*

ha già dettato una propria politica migratoria che, per certi aspetti, è assimilabile a quella italiana. È espressione di tale politica il recente “accordo” che l’UE ha concluso con la Turchia³¹, impegnandosi a versare un’ingente somma di denaro nelle casse di questo Stato, che ha così accettato di svolgere il ruolo di *gatekeeper* dei migranti che tentano di giungere in Europa seguendo la c.d. rotta balcanica³².

Del resto, le difficoltà di gestire il fenomeno migratorio “dentro” l’UE, anche applicando il principio di solidarietà tra gli Stati membri *ex art. 80* TFUE, sono state rese sempre più evidenti sia dalla manifestazione di contrapposti interessi nazionali sia dallo scarso successo della maggior parte delle politiche migratorie europee “straordinarie” adottate finora³³. Pertanto, sembra che oggi all’UE convenga favorire il contenimento dei migranti negli Stati di transito. Introdotto nella

diterranean Sea under the Mandate of the UN Security Council: What Protection for the Fundamental Rights of Migrants?, in corso di pubblicazione in *International Journal of Human Rights*, ora reperibile online, evidenzia che, pur rientrando tra gli obiettivi della missione, la tutela dei diritti dei migranti nei fatti sembra posta in secondo piano rispetto al contrasto ai flussi migratori. In tema, v. anche M. GESTRI, *EUNAVFOR MED: Fighting Migrant Smuggling under UN Security Council Resolution 2240 (2015)*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 21 ss., e F. DE VITTOR, F. MUSSI, *EUNAVFOR MED Operation Sophia One Year After: An Effective Measure to Tackle Human Trafficking and Migrant Smuggling Networks?*, in *Questions of International Law*, 5 agosto 2016, reperibile online.

³¹ Cfr. Tribunale dell’UE, ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *N.F. c. Consiglio europeo*, dove si afferma che ciò che nei comunicati stampa e nelle dichiarazioni pubbliche dell’UE viene tuttora definito “accordo tra UE e Turchia” non è un atto dell’UE, senza che però se ne chiarisca la reale natura giuridica. Nello specifico, il Tribunale nota che l’“accordo” non è stato negoziato dal Consiglio europeo (e cioè dall’UE), ma dai capi di Stato e di governo europei, senza una partecipazione attiva del Presidente del Consiglio europeo, del Presidente della Commissione e dell’Alto rappresentante, che pure erano presenti negli incontri con i delegati turchi. Inoltre, non vi è stato il coinvolgimento del Parlamento europeo, previsto dalla procedura per la conclusione degli accordi internazionali. Peraltro, il Tribunale precisa che l’espressione “UE”, quando è impiegata nei comunicati stampa delle istituzioni europee, andrebbe intesa, salvo prova contraria, come “insieme degli Stati membri”, in quanto questo sarebbe il comune sentire. Come giustamente osserva G. CARELLA, *Il sonno della ragione*, cit., sembra quasi che il Tribunale abbia posto le basi per una sorta di “Eurexit”, cioè quasi un’uscita dell’UE da se stessa. Nel frattempo, il 21 aprile 2017, l’ordinanza del Tribunale è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia, che ha quindi iscritto al ruolo la causa C-208/17 P, *N.F. c. Consiglio europeo*. In attesa della sentenza, sebbene si parli diffusamente di un “accordo” concluso tra l’UE e la Turchia in materia migratoria, sarebbe più corretto riferirsi a un’intesa tra la Turchia e i capi di Stato e di governo dell’UE.

³² Per un quadro di analisi più ampio e dettagliato della cooperazione tra UE e Turchia in materia migratoria, v. G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Eternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 221 ss., e C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.

³³ Per rendere l’idea dei contrapposti interessi all’interno dell’UE a proposito della gestione della crisi migratoria, si possono confrontare la posizione degli Stati del c.d. Gruppo EUROMED7 (Cipro, Francia, Grecia, Italia, Malta, Portogallo e Spagna; ma soprattutto Grecia e Italia), che ambisce a riformare il “sistema Dublino” nel segno della solidarietà europea ed eliminando la regola dello “Stato di primo ingresso”, e la posizione profondamente diversa degli Stati del c.d. Gruppo di Visegrad (Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria), che propone la sostituzione del principio di solidarietà con il metodo dei contributi volontari degli Stati membri. Quanto allo scarso successo delle politiche migratorie “straordinarie” finora adottate dall’UE, si considerino per esempio i risultati del c.d. Piano temporaneo di ricollocazione, approvato in deroga al c.d. regolamento Dublino III dopo la crisi del 2015-2016. Per approfondimenti, v. G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio*, cit., p. 468 ss., e M.I. PAPA, *op. cit.*, p. 305 ss.

comunicazione sull'Agenda europea sulla migrazione³⁴, poi posto tra le basi dell'istituzione del Fondo fiduciario per l'Africa³⁵, tale orientamento è stato ripreso nella comunicazione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato tra UE e Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione³⁶.

3. È ormai innegabile che i migranti trattenuti in Libia siano vittime di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani³⁷. Di recente, ha destato scalpore l'inchiesta giornalistica riguardante la riduzione in schiavitù di alcuni giovani migranti, liberati soltanto in seguito al pagamento di un riscatto o altrimenti venduti all'asta, praticata in centri di accoglienza come quello di Treet, nelle vicinanze di Tripoli³⁸. Queste e altre massicce violazioni sono altresì dimostrate nei numerosi documenti pubblicati da diverse ONG. Per esempio, si segnalano le testimonianze, raccolte in un rapporto di Oxfam, che denunciano situazioni di lavoro forzato, privazione arbitraria della libertà, rapimenti, torture e sevizie sessuali³⁹. Da ultimo, ha avuto notevole risonanza mediatica anche un rapporto di Amnesty International in cui, con molti dettagli, si descrive la mercificazione dei migranti realizzata in Libia⁴⁰.

Oltre che dalle fonti giornalistiche e dai documenti delle ONG, le *gross violations* dei diritti dei migranti compiute in Libia sono evidenziate dai rapporti diffusi da alcune organizzazioni internazionali. Negli ultimi tempi, specialmente l'Ufficio

³⁴ V. la comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 13 maggio 2015, sull'Agenda europea sulla migrazione, COM(2015)240 fin., soprattutto il titolo "Collaborare con i Paesi terzi per affrontare a monte la questione della migrazione"; per un commento, v. F. CHERUBINI, *L'Agenda europea sulla migrazione: la macchina ora (forse?) funziona, ma ne occorre comunque un'altra*, in *SIDI Blog*, 3 giugno 2015, reperibile *online*. Per i risultati più recentemente conseguiti in base all'Agenda europea sulla migrazione, v. la citata comunicazione COM(2017)669 fin.

³⁵ Il Fondo fiduciario di emergenza dell'UE per la lotta contro le cause profonde della migrazione irregolare in Africa è stato istituito a esito del vertice della Valletta sulle migrazioni, organizzato dall'UE congiuntamente all'Unione africana l'11 e 12 novembre 2015. Esso mira a promuovere una più efficiente gestione dei flussi migratori nei Paesi africani interessati, attraverso finanziamenti volti a sostenere lo sviluppo economico, la stabilizzazione democratica e il rafforzamento delle frontiere. Dunque, il Fondo non si propone espressamente di finanziare l'esternalizzazione delle frontiere europee nei Paesi africani di transito, ma rappresenta comunque uno strumento utilizzabile a tal fine. Esso dispone di una dotazione di quasi due miliardi di euro, stanziati sia dal *budget* ordinario dell'UE sia dal Fondo di sviluppo europeo, cui si aggiungono i contributi volontari degli Stati membri e di donatori privati. Per maggiori informazioni, v. la scheda intitolata *A European Union Emergency Trust Fund for Africa*, reperibile *online*.

³⁶ V. la comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, del 7 giugno 2016, sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione, COM(2016)385 fin.

³⁷ D'ora in avanti, a proposito degli stranieri trattenuti in Libia, si utilizzerà il termine "migranti" inteso nella sua accezione più generale. Infatti, le violazioni dei diritti umani in Libia sono perpetrate, senza alcuna distinzione, a danno non solo dei migranti economici, ma anche di individui che sarebbero meritevoli di asilo secondo le norme internazionali.

³⁸ V. l'inchiesta *People for Sale. Where Lives Are Auctioned for \$ 400*, reperibile sul sito della CNN e ripresa dai mezzi d'informazione italiani (v. *Libia, migranti venduti all'asta come schiavi*, in *Corriere della sera*, 14 novembre 2017, e *Perché l'accordo tra l'Italia e la Libia sui migranti è sotto accusa*, in *Internazionale*, 29 novembre 2017).

³⁹ V. il rapporto *You Aren't Human Any More*, del 9 agosto 2017, reperibile *online*.

⁴⁰ V. il rapporto *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses Against Europe-Bound Refugees and Migrants*, dell'11 dicembre 2017, reperibile *online*.

dell’Alto commissario ONU per i diritti umani ha denunciato tali violazioni in almeno tre diversi documenti: il parere dell’8 settembre 2017; la dichiarazione formulata il 12 ottobre 2017 al termine della visita in Libia; il comunicato del 14 novembre 2017⁴¹. L’Alto commissario ha precisato che “some migrants die of thirst, hunger or easily-cured illnesses, some are tortured or beaten to death while working as slave labour, others are just casually murdered. The unidentified bodies are buried in unmarked graves. Others simply disappear, unrecorded”⁴².

Informazioni analoghe si rinvergono nel rapporto del Panel di esperti sulla Libia istituito dal Consiglio di sicurezza⁴³, nei comunicati sulla Libia pubblicati negli ultimi anni dall’Ufficio dell’Alto commissario ONU per i rifugiati⁴⁴ e nella gran mole di documentazione raccolta dall’OIM, che riporta tra l’altro casi di riduzione in schiavitù anche dei migranti intercettati ai confini meridionali della Libia⁴⁵. In uno studio dell’UNICEF si pone poi l’accento sulla drammatica situazione dei minori non accompagnati, i quali spesso rimangono “intrappolati” in Libia⁴⁶. In aggiunta, anche l’Ufficio del Procuratore della CPI ha reso noto di aver ricevuto delle comunicazioni inerenti alle *gross violations* dei diritti dei migranti commesse in Libia⁴⁷. Durante un’audizione davanti al Consiglio di sicurezza, il Procuratore ha quindi dichiarato che “my Office is carefully examining the feasibility of opening an investigation into migrant-related crimes in Libya, should the Court’s jurisdictional requirements be met”⁴⁸.

Le *gross violations* dei diritti umani fin qui descritte implicano la responsabilità internazionale della Libia, innanzitutto per il mancato rispetto della norma di diritto

⁴¹ V. Ufficio dell’Alto commissario ONU per i diritti umani, *Returned Migrants Are Being Robbed, Raped and Murdered in Libya*, parere dell’8 settembre 2017; *Statement by UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra’ad Al Hussein at the End of Visit to Libya*, del 12 ottobre 2017 (si tratta della prima visita compiuta, nella storia della Libia, da un rappresentante ONU per verificare la situazione del rispetto dei diritti umani); *UN Human Rights Chief: Suffering of Migrants in Libya Outrage to Conscience of Humanity*, comunicato del 14 novembre 2017. I documenti sono tutti *online*.

⁴² La citazione è tratta dal parere *Returned Migrants Are Being Robbed*.

⁴³ V. *Final Report of the Panel of Experts on Libya*, soprattutto i paragrafi 93, 104, 105 e gli allegati 17, 30 e 31. In questo documento, tra l’altro, si riferisce come la guardia costiera libica sia composta di quelle stesse bande che esercitano il traffico e la tratta di persone.

⁴⁴ Da ultimo, v. Ufficio dell’Alto commissario ONU per i rifugiati, *UNHCR Position on Returns to Libya*, 1° ottobre 2015, e gli *updates*, reperibili *online*.

⁴⁵ V. la pagina del sito dell’OIM dedicata alla Libia.

⁴⁶ V. UNICEF, *Un viaggio fatale per i bambini. La rotta migratoria del Mediterraneo centrale*, 28 febbraio 2017, reperibile *online*.

⁴⁷ V. i rapporti annuali sulla Libia dell’Ufficio del Procuratore della CPI e, in particolar modo, i paragrafi 23-25 del più recente *Thirteenth Report Pursuant to para. 7 of UN Security Council Resolution 1970*, dell’8 maggio 2017, reperibile *online*.

⁴⁸ V. lo *Statement of ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*, 8 maggio 2017, specialmente i punti 23-33 (la citazione è tratta dal punto 29). Sembra che il Procuratore miri a ricondurre le *gross violations* dei diritti umani perpetrate in Libia, in generale, e il reato transnazionale di traffico di esseri umani, in particolare, ai crimini contro l’umanità sui quali la CPI ha giurisdizione, benché ciò inevitabilmente comporti una qualche forzatura delle pertinenti disposizioni dello Statuto di Roma. Condividendo tale strategia, la Francia ha richiesto una riunione del Consiglio di sicurezza, poi svoltasi il 28 novembre 2017, in cui si è ventilata l’ipotesi di adottare una risoluzione che qualifichi ufficialmente come crimini contro l’umanità i maltrattamenti e le violenze di massa subiti dai migranti in Libia: v. UN Doc. S/PV.8114 e il comunicato stampa SC/13094; v. anche *Esclavage en Libye: Emmanuel Macron dénonce des “crimes contre l’humanité” et saisit l’ONU*, 22 novembre 2017, reperibile *online*.

internazionale generale che ne pone complessivamente il divieto⁴⁹. Inoltre, alcune di tali violazioni attengono a diritti tutelati da specifiche norme internazionali consuetudinarie, come il diritto a non essere ridotti in schiavitù o quello a non subire atti di tortura⁵⁰. Altre violazioni si riferiscono a diritti umani sanciti in strumenti convenzionali che la Libia ha ratificato e da cui continua a essere vincolata⁵¹, nonostante il mutamento radicale di governo intervenuto dopo la c.d. Primavera araba⁵².

Le *gross violations* dei diritti dei migranti sono imputabili alla Libia, essendo materialmente commesse soprattutto da persone appartenenti alla guardia costiera e alla guardia di confine o dai dipendenti del Dipartimento per il contrasto all'immigrazione clandestina (Department to Counter Illegal Migration – DCIM) del Ministero degli Interni libico, cui è affidata la gestione dei centri di accoglienza⁵³. Gli ufficiali

⁴⁹ Per la configurazione di una norma di diritto internazionale generale che vieta di compiere *gross violations* dei diritti umani e per la specificazione dei caratteri di gravità e di sistematicità delle violazioni ai fini dell'invocazione della suddetta norma, v. il par. 30 della parte I della Dichiarazione e del Programma d'azione di Vienna, adottati il 25 giugno 1993 dalla Conferenza mondiale sui diritti umani, peraltro ripreso dall'Assemblea generale ONU nella risoluzione n. 60/147 del 16 dicembre 2005, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. In dottrina, v. L.F. DAMROSCH, *Gross and Systematic Human Rights Violations*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, febbraio 2011, reperibile *online*, la quale evidenzia come il divieto di commettere *gross violations* dei diritti umani, pur non riferendosi a un catalogo fisso di specifici diritti, sia contenuto in una norma di diritto internazionale consuetudinario di natura cogente (v. specialmente i paragrafi 10 e 11).

⁵⁰ Il divieto di schiavitù ha ormai assunto carattere consuetudinario: cfr. F. LENZERINI, *La definizione internazionale di schiavitù secondo il Tribunale per la ex Jugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 1026 ss. Invece, pare più complessa la configurazione di una norma internazionale consuetudinaria sul divieto di tortura, ma v. E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 97 ss., la quale ambisce a dimostrare come il divieto di tortura sia finanche previsto da una norma internazionale cogente.

⁵¹ Si tratta, per esempio, della Convenzione contro la schiavitù del 1926 (poi emendata nel 1953 sotto gli auspici dell'ONU), del Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966, della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984, del Protocollo per la prevenzione, la repressione e la punizione del traffico di esseri umani, specialmente donne e bambini del 2000. Sul piano regionale, si ricordano la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 e la Carta araba dei diritti umani del 2004.

⁵² Il mutamento radicale di Governo verificatosi in Libia a seguito della c.d. Primavera araba può configurare, secondo alcune tesi, un'ipotesi di successione tra Stati (per una sintesi di tali tesi, v. C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, p. 425 ss.). Tuttavia, la “nuova” Libia continua a essere vincolata dagli accordi internazionali sui diritti umani ricordati nella nota precedente, tutti stipulati dal precedente Governo di Gheddafi. Innanzitutto, una volta giunti al potere, gli insorti si erano prontamente espressi nel senso del rispetto degli impegni convenzionali assunti dal destituito Governo (*ivi*, p. 429). Inoltre, negli ultimi tempi si registra una generale propensione a favore della continuità dei trattati sui diritti umani, nonostante i mutamenti radicali di regime, in considerazione del loro “carattere speciale” (*ivi*, pp. 429-431, anche per ulteriore bibliografia).

⁵³ L'Ufficio dell'Alto commissario ONU per i diritti umani non ha esitato a definire i centri di accoglienza libici come “centri di detenzione”, sottolineando nello specifico come le condizioni del centro di Mitigia siano “of particular concern, given the horrific reports emerging from them” e come in quello di Surman siano stati registrati episodi di gravi e sistematici abusi sessuali: v. lo *Statement by UN High Commissioner for Human Rights*. Secondo l'Alto commissario anche la guardia costiera libica “beat, rob and even shoot the migrants they intercept”: v. il parere *Returned Migrants Are Being Robbed*. In sostanza, l'Alto commissario ha confermato ed esteso le denunce contenute nel rapporto del 13 dicembre 2016, *Detained and Dehumanised: Report on Human Rights Abuses against Migrants in Libya*, elaborato insieme alla Missione delle Nazioni Unite di supporto in Libia (UNSMIL), reperibile *online*.

della guardia costiera che monitora il tratto di mare prospiciente la regione della Tripolitania, operando per conto del Governo di Serraj, sono degli organi statali libici. Pur presumendo che essi agiscano *ultra vires* nel momento in cui violano i diritti dei migranti, la responsabilità internazionale della Libia non viene meno, specialmente ove si consideri la norma internazionale codificata nell’art. 7 del Progetto del 2001. Lo stesso vale per il personale del DCIM che amministra i centri di accoglienza, che fa appunto capo al Governo di Serraj. Peraltro, parecchi centri di accoglienza sono situati in Tripolitania, in aree poste effettivamente sotto il controllo del Governo di Serraj⁵⁴.

Appare problematica soltanto l’imputabilità alla Libia delle violazioni perpetrate dalle guardie che controllano i confini meridionali. In effetti, tali guardie in massima parte non rispondono né al Governo di Serraj né al Governo ribelle della Cirenaica presieduto da Haftar. Esse sono spesso autonome o svolgono le loro mansioni per conto dei “sindaci” delle città e dei villaggi del Fezzan. Allo stato corrente, però, non è del tutto chiaro se le guardie che presidiano le frontiere meridionali agiscano nel contesto di veri e propri movimenti insurrezionali o – com’è più probabile – nel quadro dell’autonomia “regionale” storicamente assicurata al Fezzan, oggi accentuatasi⁵⁵. Nella prima ipotesi, la condotta illecita di queste guardie non sarebbe imputabile alla Libia, almeno attualmente⁵⁶. Invece, nella seconda più plausibile ipotesi, troverebbe forse applicazione l’art. 9 del Progetto del 2001, che permetterebbe di imputare anche la condotta illecita di tali guardie alla Libia. Secondo l’art. 9, il comportamento di una persona o di un gruppo di persone è considerato come atto di uno Stato se quella persona o quel gruppo di persone di fatto svolge delle prerogative di governo in assenza delle autorità ufficiali e in circostanze tali da richiedere l’esercizio di quelle prerogative. Nel caso di specie, la condotta illecita delle guardie che monitorano i confini libici meridionali pare collegata ad atti propri del potere esecutivo (il presidio dei confini nazionali, appunto), che è necessario porre in essere, anche solo per ragioni di ordine pubblico e sicurezza, in un contesto in cui il governo centrale è chiaramente assente⁵⁷.

⁵⁴ La creazione dei centri di accoglienza è prevista dalla legge di riorganizzazione delle strutture del Ministero degli Interni (Decreto n. 145/2012) e perfezionata dalla legge istitutiva del DCIM (Decreto n. 386/2014), entrambe reperibili *online*. La mappa dei circa trentatré centri di accoglienza esistenti in Libia è invece aggiornata dall’OIM ed è reperibile *online*.

⁵⁵ Il Governo di Gheddafi aveva sempre concesso una certa autonomia alla popolazione del Fezzan. Attualmente, anche se le guardie che presidiano i confini libici meridionali sono autonome sia dal Governo di Serraj sia dal Governo di Haftar, non è facile stabilire se esse in effetti operino per conto di gruppi ribelli eventualmente esistenti nel Fezzan: v. *Nel Fezzan dimenticato si gioca la stabilità libica*, in *Il Manifesto*, 20 settembre 2016; *How Libya’s Fezzan Became Europe’s New Border*, 31 luglio 2017; *Libia. Minuti alle prese con l’immigrazione, “le tribù del Sud elemento di forza di una guardia di frontiera coordinata”*, 17 settembre 2017. In ogni caso, il Ministero degli Interni italiano ha associato i “sindaci” della Libia meridionale alle trattative che hanno condotto al *Memorandum* del 2 febbraio 2017, continuando poi a incontrarli periodicamente a Roma. Dal canto loro, i “sindaci” si sono impegnati a rispettare un accordo internazionale firmato dal Capo del Governo libico centrale, facendo così intendere di non identificarsi come ribelli. Sul punto, v. anche Amnesty International, *Libya’s Dark Web*, pp. 49-50.

⁵⁶ Se nel Fezzan fosse in atto un’insurrezione e se i ribelli riuscissero a costituire lì un nuovo Stato, secondo l’art. 10, par. 2, del Progetto del 2001, ogni condotta illecita del movimento insurrezionale sarebbe attribuibile al nuovo Stato. Se invece la Libia riuscisse a sedare le eventuali forze ribelli operative nel Fezzan, ogni loro azione illecita sarebbe considerata alla stregua della condotta di privati.

⁵⁷ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, commento all’art. 9, p. 49, paragrafi 1-6. Nel Commentario si precisa il rilievo dell’art. 9 rispetto agli illeciti internazionali commessi in parti del territorio di uno Stato che, nel momento considerato, sfuggono al controllo della legittima autorità di governo a

4. L'Italia declina ogni addebito di responsabilità internazionale per le *gross violations* dei diritti umani subite dai migranti bloccati entro i confini libici e quindi fuori dalla giurisdizione italiana, sottolinea ripetutamente di non aver più effettuato respingimenti verso la Libia dopo la sentenza *Hirsi* e precisa come i migranti siano trattenuti o ricondotti in territorio libico direttamente dagli stessi organi statali libici. Peraltro, secondo l'Italia, in ragione dell'irregolarità della presenza dei migranti in Libia, quest'ultima avrebbe per certi aspetti anche il diritto di proibirne la libera circolazione sul suo territorio. Con precipuo riferimento all'esternalizzazione delle proprie frontiere in Libia, enfatizzando il pieno sostegno ricevuto dall'UE, l'Italia nega di agevolare così le autorità libiche nel compimento di gravi e sistematiche violazioni dei diritti dei migranti. Anzi, alcuni esponenti del Governo italiano ritengono che il principale strumento di esternalizzazione, cioè il summenzionato *Memorandum* del 2 febbraio 2017, contribuisca a una maggiore tutela dei diritti dei migranti che si trovano in Libia, dato che l'art. 5 impegna le due Parti contraenti a "interpretare e applicare il *Memorandum* nel rispetto degli obblighi internazionali e degli accordi sui diritti umani di cui i due Paesi siano parti"⁵⁸.

Sebbene le ragioni dell'Italia appaiano a un primo sguardo plausibili, non possono comunque tacersi le critiche mosse da diversi organismi internazionali nei confronti della politica migratoria attuata dall'Italia in collaborazione con la Libia. In particolare, nella recente lettera inviata al Ministro degli Interni italiano, il Commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani ha espresso perplessità a proposito degli esiti di tale politica, mostrando preoccupazione specialmente per le condizioni in cui versano i migranti che vengono bloccati in Libia dalla guardia costiera e trasferiti nei centri di accoglienza. Il Commissario si è poi soffermato sul recente intervento

causa di situazioni di collasso totale o parziale dello Stato, conseguenti anche a rivoluzioni o conflitti. La Commissione cita il caso *Yeager* come esempio cui ricondurre la norma contenuta nell'art. 9. Il caso riguardava gli illeciti commessi dai privati che assunsero il controllo dell'aeroporto di Teheran all'indomani della rivoluzione khomeinista, quando il nuovo Governo era ancora di fatto assente in quell'area. Nella sentenza resa in questo caso, il Tribunale Iran-USA ha attribuito all'Iran gli illeciti commessi dalle guardie dell'aeroporto, in quanto queste ultime "at least exercised elements of governmental authority in the absence of official authorities": v. Tribunale per i reclami tra Iran e USA, *Kenneth P. Yeager c. Iran*, sentenza del 2 novembre 1987, par. 43. In dottrina, l'esame dell'art. 9 non sembra essere stato finora molto approfondito.

⁵⁸ La posizione dell'Italia rispetto alle *gross violations* dei diritti umani subite dai migranti trattenuti in territorio libico è sintetizzata, innanzitutto, nella lettera di risposta del Ministro Minniti al Commissario Muižnieks, immediatamente citata nel prosieguo di questo paragrafo (per i riferimenti, v. *infra*, nota 60). Inoltre, v. la trascrizione del c.d. *question time* del Ministro alla Camera dei deputati del 15 novembre 2017. Sono comunque numerose le interviste di membri del Governo italiano che rifiutano ogni addebito di responsabilità all'Italia nelle vicende libiche: v. *Italian Minister Defends Method That Led to 87% Drop in Migrants from Libya*, in *The Guardian*, 7 settembre 2017; *Italy, Going It Alone, Stalls the Flow of Migrants. But at What Cost?*, in *New York Times*, 17 settembre 2017; *Italy's Libyan "Vision" Pays off as Migrant Flows Drop*, in *Politico*, 8 ottobre 2017. È poi interessante l'audizione, davanti alla Commissione LIBE (Libertà civili, giustizia e affari interni) del Parlamento europeo, del Capo di gabinetto del Ministro Minniti, Mario Morcone, il quale ha dichiarato che l'Italia "sta svolgendo l'azione intelligente di chi vuole fare, di chi vuole investire in quei Paesi, di chi vuole cercare di recuperare diritti per quelle persone", aggiungendo che l'Italia "non si accontenta di gridare alla luna la propria solidarietà e la denuncia di lesione di diritti". Egli ha però anche anticipato che l'Italia, con l'accordo e il supporto economico dell'UE, nei prossimi mesi gestirà "un progetto pilota di coordinamento" della guardia di frontiera libica che opera sulla terraferma, mentre entro il 2023 invierà alla guardia costiera libica 285 milioni di finanziamenti provenienti da fondi europei. La trascrizione dell'audizione è reperibile *online*.

delle navi italiane nelle acque territoriali libiche e sul Codice di condotta imposto alle ONG che intendono effettuare operazioni di salvataggio nel Mediterraneo, evidenziandone le potenziali conseguenze negative ancora per i migranti trattenuti in Libia⁵⁹. Nella sua lettera di risposta, il Ministro ha fornito rassicurazioni formali, che non sembrano però sufficienti a smentire i timori del Commissario⁶⁰.

Risultano più dure le dichiarazioni dell’Alto commissario ONU per i diritti umani, il quale ha qualificato come “inumana” la politica italiana di “assistenza” prestata agli organi statali libici impegnati a intercettare i migranti e a condurli e contenerli nei “terrificanti” centri di accoglienza situati in Libia. Peraltro, l’Alto commissario ha esteso le sue critiche all’UE, che appoggia apertamente la politica migratoria italiana e in qualche modo presta anch’essa forme di “assistenza” alle autorità libiche⁶¹.

Vanno nella stessa direzione i documenti diffusi da alcune ONG. È interessante la lettera pubblica di Medici senza frontiere dove, accanto alle violazioni dei diritti umani commesse in Libia, si denuncia la “complicità” degli Stati europei, che nei fatti continuano a praticare un malcelato respingimento dei migranti verso la Libia⁶². Dopo aver reso note le violazioni praticate nei confronti dei migranti dalle autorità libiche, anche il succitato rapporto di Amnesty International delinea le responsabilità dell’UE, dell’Italia e degli altri attori internazionali che “assistono strettamente” tali autorità⁶³. Il rapporto si focalizza anche sulla cooperazione instaurata tra il Ministero degli Interni italiano e il DCIM del Ministero degli Interni libico, che amministra i centri di accoglienza dei migranti⁶⁴.

I documenti fin qui menzionati hanno naturalmente uno scopo di denuncia soprattutto politica. Nondimeno, sul piano del diritto internazionale, fermo restando che la Libia è direttamente responsabile per le *gross violations* dei diritti umani perpetrate a danno dei migranti bloccati entro i suoi confini, sembra in effetti rilevante anche l’assistenza assicurata dall’Italia e dall’UE alla Libia in esecuzione della politica di esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria.

Nell’ottica dello Stato di destinazione, tale politica non appare in sé contraria al diritto internazionale, almeno quando è attuata in cooperazione con uno Stato di transito “sicuro”⁶⁵, ossia uno Stato che esamina le domande di asilo ricevute, che

⁵⁹ Si tratta della lettera già citata nel par. 1; per i riferimenti, v. *supra*, nota 4.

⁶⁰ Il Ministro Minniti ha risposto al Commissario Muižnieks con una lettera dell’11 ottobre 2017, consultabile sul sito del Ministero degli Interni e su quello della Rappresentanza permanente d’Italia presso il Consiglio d’Europa. In essa si legge che “l’Italia non sottovaluta affatto il tema del rispetto dei diritti umani in Libia e, anzi, lo considera cruciale, al punto da farne una componente essenziale della complessiva strategia sviluppata dal Governo”.

⁶¹ V. i documenti pubblicati dall’Ufficio dell’Alto commissario già menzionati *supra*, nota 41. Nel testo è in particolare richiamata una parte del comunicato *UN Human Rights Chief: Suffering of Migrants in Libya*.

⁶² V. il documento *Libya: Open Letter – European Governments Are Feeding the Business of Suffering*, del 6 settembre 2017, reperibile *online*.

⁶³ V. Amnesty International, *Libya’s Dark Web*, specialmente p. 6, dove si legge che “the European Union, its member States – and Italy in particular – have pursued their own goal of restricting the flow of refugees and migrants across the Mediterranean, with little thought, or seeming care, for the consequences for those trapped in Libya as a result”.

⁶⁴ *Ivi*, soprattutto p. 7.

⁶⁵ Anche F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare*, cit., p. 193 ss.; F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo ... o quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 63

non viola l'obbligo di *non-refoulement* e che rispetta i diritti dei migranti⁶⁶. Senza dubbio la Libia non possiede tali requisiti. Anzi, come già illustrato, è del tutto evidente che i migranti bloccati in Libia subiscono delle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, perpetrate da organi statali libici. Inoltre, l'ordinamento libico non riconosce il diritto di asilo e qualifica l'ingresso e il soggiorno irregolari come reati punibili con la detenzione⁶⁷. In più, la Libia non aderisce alla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati. D'altronde, già nella sentenza *Hirsi*, accertando la responsabilità dell'Italia per violazione dell'obbligo di *non-refoulement*, la Corte EDU aveva qualificato la Libia come uno Stato non "sicuro"⁶⁸.

Prestando assistenza alla Libia allo scopo di attuare l'esternalizzazione delle proprie frontiere, l'Italia e l'UE cooperano con uno Stato non "sicuro" e quindi facilitano le autorità di quello Stato nella realizzazione delle gravi e sistematiche violazioni dei diritti dei migranti. Per chiarire dal punto di vista del diritto internazionale il quadro così delineato, occorre adesso volgere l'attenzione alle norme sulla responsabilità internazionale di uno Stato o di un'organizzazione internazionale per *complicità* nell'altrui illecito⁶⁹.

5. Nel diritto penale dei principali ordinamenti interni, l'istituto della complicità indica in genere una forma di partecipazione o di concorso nell'azione criminosa o colpevole di altri. In linea di principio, l'atto del complice non costituisce in sé un reato ma produce conseguenze penali se e in quanto è connesso all'altrui reato⁷⁰.

Nei Progetti del 2001 e del 2011, la *ratio* della complicità è posta, *mutatis mutandis*, alla base della responsabilità di uno Stato o di un'organizzazione internazionale per gli atti di aiuto o assistenza che, pur essendo leciti, agevolano la realizzazione di

ss., p. 76 ss., si sofferma sulla conformità della politica di esternalizzazione delle frontiere al diritto internazionale, distinguendo la posizione dello Stato di destinazione da quella dello Stato di transito. Per quest'ultimo, secondo l'A., tale politica si sostanzia di fatto nella limitazione del diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, garantito da molte norme internazionali, tra cui soprattutto l'art. 12 del Patto ONU sui diritti civili e politici. Pertanto, perlomeno la condotta dello Stato di transito, "sicuro" o meno, sarebbe contraria al diritto internazionale, rendendo l'esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria una pratica illecita.

⁶⁶ Per una più precisa nozione di Stato "sicuro", v. i documenti dell'EASO, l'Agenzia dell'UE istituita allo scopo di fornire agli Stati membri informazioni utili a tale qualificazione. In dottrina, v. per tutti G. CELLAMARE, *In tema di "Paese sicuro" nel sistema europeo di asilo*, in E. TRIGGIANI *et al.* (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 417 ss.

⁶⁷ V. la legge che disciplina l'uscita, l'ingresso e la residenza dei cittadini stranieri in Libia (Decreto n. 6/1987) del 20 giugno 1987, ancora in vigore e reperibile *online*, anche in inglese.

⁶⁸ Sentenza *Hirsi*, paragrafi 36 ss., 97 ss., specialmente 127 ss.

⁶⁹ Il termine "complicità" naturalmente definisce un istituto proprio del diritto interno e, per molti versi, non si presta a essere impiegato nel diritto internazionale, con riferimento agli Stati. Al più, di "complicità" potrebbe parlarsi nel diritto internazionale penale. A ogni modo, tale termine è stato ormai trasposto anche nel diritto della responsabilità internazionale, tanto da essere impiegato da quasi tutti gli autori che si sono occupati del tema dell'assistenza nell'illecito internazionale, finanche nei titoli di alcune monografie di seguito citate. Per tali motivi, oltre che per opportunità di scorrevolezza della trattazione, il termine "complicità" verrà utilizzato anche in questa sede. Per la differente accezione del termine "complicità" nel diritto della responsabilità internazionale e nel diritto internazionale penale, v. *infra*, nota 105.

⁷⁰ Cfr. J. GARDNER, *Complicity and Causality*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2007, p. 127 ss., p. 132, e M. JACKSON, *Complicity in International Law*, Oxford, 2015, pp. 10-14. Nel diritto italiano, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, rist. 2014, VI ed., p. 501 ss.

un illecito da parte di un altro Stato o di un'altra organizzazione⁷¹. In questo modo, la responsabilità per complicità viene differenziata dalla corresponsabilità, cioè la concomitante responsabilità di due o più Stati e/o organizzazioni internazionali nella commissione del medesimo illecito. Infatti, nelle situazioni di corresponsabilità l'atto del corresponsabile è già in sé illecito⁷². La responsabilità per complicità è quindi “derivativa” rispetto alla responsabilità “principale” dell'autore dell'illecito, mentre la corresponsabilità è parimenti “principale”.

Le norme sulla responsabilità internazionale dello Stato per complicità sono inserite nel cap. IV del Progetto del 2001 (articoli 16-19). L'art. 19 contiene una disposizione di chiusura, secondo cui la responsabilità “principale” dello Stato autore dell'illecito rimane impregiudicata in caso di assistenza prestata da altri Stati. L'art. 18 è dedicato alla circostanza della coercizione di uno Stato nei confronti di un altro per la realizzazione di un illecito e non è chiaramente applicabile alla posizione dell'Italia in relazione alle *gross violations* dei diritti dei migranti perpetrate in Libia. L'art. 17 si occupa del caso in cui uno Stato impartisca direttive a un altro per la commissione di un illecito. Se dietro l'attività di formazione degli organi statali libici svolta dall'Italia si celassero delle direttive riguardanti direttamente la gestione dei migranti che ambiscono a sbarcare sulle coste italiane, potrebbe azzardarsi l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 17. Tuttavia, allo stato corrente, risulta assai difficile sostenere che tali direttive esistano e, ancor più, che esse indichino alla Libia di violare in maniera grave e sistematica i diritti dei migranti ivi trattenuti. Nella situazione in esame è invece applicabile l'art. 16, relativo all'aiuto o all'assistenza prestati da uno Stato a un altro Stato per la commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo⁷³. L'art. 16 recita: “[a] State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and b) the act would be internationally wrongful if committed by that State”⁷⁴.

L'art. 16 si basa su un progetto di disposizione presentato per la prima volta dal Relatore speciale Ago nel suo settimo rapporto con l'ambizione di trasporre l'istituto della complicità nel diritto della responsabilità internazionale⁷⁵, ancorché

⁷¹ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, introduzione al cap. IV, pp. 64-65.

⁷² L'art. 47 del Progetto del 2001 riguarda la corresponsabilità. Nei fatti, non è certamente semplice tracciare la differenza tra la responsabilità per complicità e la corresponsabilità. In proposito, v. M.L. PADELLETTI, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Milano, 1990, pp. 70 ss., 147 ss., e più recentemente V. LANOVY, *Complicity in an International Wrongful Act*, in A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS (eds.), *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, 2014, p. 134 ss., specialmente p. 144.

⁷³ L'art. 16 del Progetto del 2001 è esattamente rubricato “Aid or Assistance in the Commission of an Internationally Wrongful Act”.

⁷⁴ Il regime previsto dall'art. 16 del Progetto del 2001 ha naturalmente carattere generale e si applica in via residuale rispetto alle specifiche norme convenzionali, che impongono agli Stati parti il divieto di prestare assistenza ad altri Stati parti in certe circostanze: cfr. ampiamente H.P. AUST, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, 2011, p. 376 ss.

⁷⁵ Si trattava dell'allora art. 25, rubricato “Complicity of a State in the Internationally Wrongful Act of Another State”: v. R. AGO, *Seventh Report on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, I, p. 60, per il testo dell'articolo proposto, e pp. 53-60, per il relativo commento. Sugerendo di inserire questa disposizione nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato, Ago mutò l'impostazione che aveva dato alla trattazione della questione nel 1939, quando

in un quadro di sviluppo progressivo della materia⁷⁶. In seno alla CDI sorsero però dei dubbi sulla configurabilità di forme di complicità in senso proprio nel diritto internazionale⁷⁷. Allora, in luogo del termine “complicità”, si preferì utilizzare l’espressione “aiuto o assistenza”⁷⁸, poi mantenuta nell’attuale art. 16 dal Relatore speciale Crawford⁷⁹.

Secondo il Commentario della CDI, l’art. 16 potrebbe applicarsi al caso in cui uno Stato mettesse le proprie basi militari a disposizione di un altro Stato che compie *raid* aerei contro un terzo Stato in violazione del diritto internazionale⁸⁰. Allo stesso modo, l’art. 16 dovrebbe probabilmente venire in rilievo ogniqualvolta lo Stato territoriale facilitasse gli agenti di un altro Stato nel rapimento di cittadini di uno Stato terzo, come accade nella pratica delle c.d. *extraordinary renditions*⁸¹. In

aveva scritto: “ce qui paraît inconcevable en droit international, c’est toute forme de complicité, de participation, ou de provocation au délit” (R. AGO, *Le délit international*, in *Recueil des Cours*, 1939-II, 68, p. 415 ss., p. 523).

⁷⁶ V. *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, I, p. 240.

⁷⁷ *Ivi*, II, pp. 98-105. Sull’uso del termine “complicità” nel diritto della responsabilità internazionale, v. *infra*, nota 105.

⁷⁸ Come si vedrà meglio tra breve, nell’attuale art. 16 del Progetto del 2001, corrispondente all’art. 25 in origine proposto da Ago, non compare il termine “complicità”, ma continua a essere utilizzata l’espressione “aiuto o assistenza”. Oltre che per risolvere i dubbi in origine espressi dalla CDI, si potrebbe ritenere che tale espressione fosse volta a codificare due forme distinte di connessione dell’atto di uno Stato con l’altrui illecito. L’“assistenza” potrebbe quindi indicare una partecipazione più intensa e complessa dell’“aiuto” nel compimento dell’altrui illecito. Tuttavia, non si trova alcuna traccia di questa ipotetica differenza né nei lavori della CDI né nelle posizioni espresse dagli Stati davanti alla stessa CDI o nel corso dei dibattiti in seno all’Assemblea generale ONU. Pertanto, è presumibile che i due termini siano impiegati come sinonimi, in maniera quasi pleonastica o perifrastica. L’espressione “aiuto o assistenza” è presente anche nell’art. 41, par. 2, del Progetto del 2001, che impone agli Stati di non riconoscere come legittima una situazione creata da un altro Stato attraverso una violazione grave di norme imperative del diritto internazionale generale e di non prestare aiuto o assistenza nel mantenere tale situazione. Sebbene tale disposizione attenga alle conseguenze dell’illecito e non sia pertanto in questa sede esaminata, è comunque interessante notare come neanche nel commento all’art. 41 ci si soffermi sull’eventuale differenza tra i due termini: v. *Draft Articles on Responsibility of States*, p. 115, paragrafi 11-12.

⁷⁹ Dopo il dibattito in seno alla CDI, l’art. 25 presentato da Ago venne rinumerato come art. 27 e intitolato “Aid or Assistance by a State to Another State for the Commission of an Internationally Wrongful Act”. L’art. 27 fu mantenuto nel Progetto poi approvato in prima lettura nel 1996. Nella sua formulazione finale, esso stabiliva dei requisiti rigorosi allo scopo di dimostrare la responsabilità dello Stato assistente: bisognava accertare sia l’intenzionalità della condotta di tale Stato sia il carattere essenziale della sua assistenza per la commissione dell’illecito da parte dello Stato assistito. L’art. 27, però, ammetteva che la responsabilità dello Stato assistente potesse sorgere anche per l’assistenza prestata nella violazione di un obbligo vincolante esclusivamente lo Stato assistito. Per il testo dell’art. 27, v. *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, II, p. 99; per un commento, v. B. GRAEFRATH, *Complicity in the Law of International Responsibility*, in *Revue belge de droit international*, 1996, p. 370 ss. In vista dell’approvazione del Progetto in seconda lettura nel 2001, l’art. 27 fu rinumerato come art. 16, nuovamente rubricato “Aid or Assistance in the Commission of an Internationally Wrongful Act” e in gran parte modificato nel contenuto: v. J. CRAWFORD, *Second Report on State Responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, II, pp. 49-51, 54. Per un confronto tra l’art. 16 del Progetto del 2001 e l’art. 27 del Progetto del 1996, v. N. SCHRIJVER, *Regarding “Complicity in the Law of International Responsibility” from Bernhard Graefrath (1996-II): The Evolution of Complicity in International Law*, in *Revue belge de droit international*, 2015, p. 444 ss.

⁸⁰ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, commento all’art. 16, pp. 66-67, par. 8.

⁸¹ L’esempio delle c.d. *extraordinary renditions* è valorizzato con riferimento all’art. 16 del Progetto del 2001 da P. PUSTORINO, *Responsabilità internazionale degli Stati*, in *Enciclopedia del diritto*, An-

queste circostanze, lo Stato che concede le basi militari e lo Stato territoriale sarebbero responsabili per complicità o, più precisamente, secondo il dettato dell’art. 16, per aver aiutato o assistito lo Stato autore dell’illecito. Dal punto di vista materiale, in base a quanto si legge nel Commentario, si può supporre che la responsabilità internazionale per complicità sorga per qualsiasi tipo di assistenza: commerciale, finanziaria, logistica, militare, politica⁸². È invece incerto se tale responsabilità possa essere invocata anche con riferimento a forme di aiuto o di assistenza che si sostanzino in una omissione⁸³.

Il Progetto del 2011 si occupa della responsabilità internazionale per complicità negli articoli 14 e 58. L’art. 14 tratta della responsabilità internazionale dell’organizzazione internazionale che aiuta o assiste uno Stato o un’altra organizzazione nella commissione di un illecito⁸⁴. L’art. 58 prevede invece la responsabilità internazionale dello Stato (membro o non membro) che aiuta o assiste un’organizzazione nella realizzazione di un illecito, fermo restando che gli atti posti in essere da uno Stato ai sensi del diritto dell’organizzazione di cui è membro non conducono alla sua responsabilità internazionale per complicità⁸⁵.

Entrambi gli articoli sono formulati sulla falsariga dell’art. 16 del Progetto del 2001. La scarsa prassi inerente alla responsabilità internazionale per assistenza prestata da (o a favore di) una organizzazione internazionale ha indotto la CDI a non operare delle differenziazioni sostanziali nella formulazione degli articoli 14 e 58

nali, VII, 2014, p. 908 ss., p. 915. In proposito, cfr. anche la sentenza della Corte EDU [GC] del 13 dicembre 2012, *El-Masri c. Ex Repubblica Iugoslava di Macedonia*, par. 154 ss.

⁸² Cfr. E. DE WET, *Complicity in the Violations of Human Rights and Humanitarian Law by Incumbent Governments through Direct Military Assistance on Request*, in corso di pubblicazione in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, al momento reperibile online, p. 1 ss., p. 3.

⁸³ Sul problema della configurabilità della responsabilità internazionale per complicità rispetto ad atti omissivi, v. A. A. D. BROWN, *To Complicity...and Beyond! Passive Assistance and Positive Obligations in International Law*, in *Hague Yearbook of International Law*, 2014, p. 133 ss., che ipotizza anche l’ulteriore e diversa nozione di responsabilità internazionale per complicità derivante da inazione. In proposito, la CDI tace. Invece, O. CORTEN, P. KLEIN, *The Limits of Complicity as a Ground for Responsibility: Lessons Learned from the Corfu Channel Case*, in K. BANNELIER, T. CHRISTAKIS, S. HEATHCOTE (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law*, London, 2011, p. 314 ss., richiamando pure la risalente sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso del *Canale di Corfù*, sostengono che da un atto omissivo non derivi alcuna forma di responsabilità per complicità, poiché situazioni del genere condurrebbero più che altro alla violazione di obblighi di *due diligence*.

⁸⁴ Inserito in apertura del cap. IV del Progetto del 2011, intitolato “Responsibility of an International Organization in Connection with the Act of a State or Another International Organization”, l’art. 14 dispone: “[a]n international organization which aids or assists a State or another international organization in the commission of an internationally wrongful act by the State or the latter organization is internationally responsible for doing so if: (a) the organization does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that organization”.

⁸⁵ Collocato all’inizio del cap. V, rubricato “Responsibility of a State in Connection with the Conduct of an International Organization”, l’art. 58 del Progetto del 2011 prevede, al par. 1, che “[a] State which aids or assists an international organization in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) the State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State” e precisa, al par. 2, che “[a]n act by a State member of an international organization done in accordance with the rules of the organization does not as such engage the international responsibility of that State under the terms of this article”.

del Progetto del 2011 rispetto a quella dell'art. 16 del Progetto del 2001⁸⁶. Anzi, i requisiti e i caratteri della responsabilità internazionale per complicità individuati nell'art. 16 del Progetto del 2001 sono riportati in maniera pressoché identica negli articoli 14 e 58 del Progetto del 2011. Pertanto, il discorso svolto nel paragrafo seguente sui requisiti e sui caratteri della responsabilità degli Stati per complicità varrà anche a proposito della responsabilità per complicità delle (o a favore delle) organizzazioni internazionali.

6. Tra i requisiti e i caratteri che qualificano la responsabilità internazionale per complicità, rileva preliminarmente la connessione tra l'atto lecito dello Stato assistente e l'atto illecito dello Stato assistito. Tale connessione deve essere intesa nel senso di una "agevolazione". Infatti, dalla formulazione dell'art. 16 si desume che, affinché sia configurabile la responsabilità per complicità, è necessario che uno Stato con la sua assistenza *faciliti* un altro Stato nella realizzazione di un illecito. In altre parole, non occorre che l'assistenza prestata sia *indispensabile* per il compimento dell'illecito, presumendosi che lo Stato assistito sia o sarebbe comunque in grado di commettere l'illecito. Il Commentario della CDI evidenzia il punto, rimarcando che l'assistenza concessa deve contribuire in modo sufficientemente significativo all'attuazione dell'illecito e specificando che "there is no requirement that the aid or assistance should have been essential to the performance of the internationally wrongful act"⁸⁷.

A norma della lett. a) dell'art. 16, è responsabile lo Stato che fornisce assistenza a un altro Stato nella *consapevolezza* di agevolare così il comportamento illecito. L'interpretazione del requisito della consapevolezza non è chiara, non essendo definito il livello di specificità richiesta. Nella sentenza resa nel caso dell'*Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro)*, la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha applicato l'elemento della consapevolezza in modo rigoroso, come "piena consapevolezza"⁸⁸. Essa ha però valutato tale elemento in relazione al caso di specie, quindi rispetto all'assistenza prestata nella commissione del crimine di genocidio,

⁸⁶ V. *Draft Articles on Responsibility of International Organizations*, commento introduttivo al cap. IV, p. 35, par. 1, e commento all'art. 14, p. 36, par. 1.

⁸⁷ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, commento all'art. 16, p. 66, par. 5. Peraltro, in seno alla CDI, rispetto alla corrispondente disposizione inserita nel Progetto del 1996, era stato osservato che la condotta di uno Stato che si fosse rivelata essenziale per il compimento dell'illecito di un altro Stato non sarebbe dovuta rientrare nella nozione di "aiuto o assistenza", perché avrebbe probabilmente implicato essa stessa un illecito. In proposito, v. soprattutto la dichiarazione di Ushakov, in *Yearbook of International Law Commission*, 1978, I, p. 239, par. 11: "while participation must necessarily be of an active and direct character, [complicity] must not be too direct, because then the participant (...) becomes a co-author of the offence, and that goes beyond complicity". Come già accennato *supra*, nota 72, è notevolmente complesso il problema inerente all'individuazione di una soglia oltre la quale l'atto di uno Stato non rappresenta più una forma di assistenza nella commissione dell'illecito altrui ma costituisce esso stesso un illecito, delineando così uno scenario di corresponsabilità di due Stati, e non più di responsabilità di uno Stato per complicità nell'illecito di un altro Stato. Per un tentativo di chiarimento della questione, v. M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 67 ss.; S. TALMON, *A Plurality of Responsible Actors. International Responsibility for Acts of the Coalition Provisional Authority in Iraq*, in P. SHINER, A. WILLIAMS (eds.), *The Iraq War and International Law*, Oxford, 2008, p. 185 ss.; H.P. AUST, *op. cit.*, pp. 219-225.

⁸⁸ Sentenza del 26 febbraio 2007, par. 432.

i cui caratteri di illecito internazionale sono evidentemente peculiari. In situazioni meno specifiche, potrebbe apparire corretto il riscontro del requisito della consapevolezza anche quando lo Stato assistente avrebbe dovuto essere ragionevolmente consapevole di facilitare con la sua assistenza la condotta illecita dello Stato assistito⁸⁹.

In base alla lett. b) dell'art. 16, la responsabilità internazionale per complicità può sorgere soltanto in relazione a condotte illecite concernenti la violazione di norme internazionali vincolanti sia lo Stato assistito sia lo Stato assistente. Si tratta del requisito della c.d. *opposability*⁹⁰.

Tra gli elementi che determinano la responsabilità internazionale per complicità *ex art. 16* del Progetto del 2001, oltre a quelli appena ricordati, la CDI ne aggiunge un altro nel Commentario: l'intenzionalità. Nello specifico, essa prevede che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 16, “the aid or assistance must be given *with a view to facilitating the commission of the wrongful act*”, puntualizzando di seguito che “a State is not responsible for aid or assistance under Article 16 unless the relevant State organ *intended*, by the aid or assistance given, to facilitate the occurrence of the wrongful conduct”⁹¹. Si pone così il problema del valore effettivo dell'intenzionalità nella definizione della responsabilità internazionale per complicità⁹².

⁸⁹ In dottrina, è stato suggerito di accertare questo elemento applicando un *test* che tenga conto della notorietà della propensione dello Stato assistito a compiere illeciti; dell'esistenza di documenti riguardanti la progressiva commissione di illeciti da parte dello Stato assistito; degli interessi dello Stato assistente nella regione in cui lo Stato assistito commette l'illecito; della prossimità geografica tra lo Stato assistente e la regione in cui lo Stato assistito realizza l'illecito; della mancata conclusione dell'illecito dello Stato assistito previamente accertato, che quindi è ancora in corso di svolgimento quando l'altro Stato presta la propria assistenza: così V. LANOVY, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁹⁰ Per esempio, non potrebbe invocarsi la responsabilità per complicità di uno Stato che assistesse un altro Stato nella violazione di un obbligo bilaterale contratto da questo secondo Stato con uno Stato terzo, dal momento che l'obbligo in questione sarebbe inesistente per lo Stato assistente. La proposta di inserire il requisito della c.d. *opposability* nell'art. 16, in origine avanzata dalla Svezia per conto del gruppo dei Paesi scandinavi (v. *Yearbook of the International Law Commission*, 1981, II, parte 1, p. 77), è stata in seguito accolta dal Relatore speciale Crawford, che ne ha ricollegato la *ratio* alla regola *pacta tertiis neque nocent neque iuvant*, codificata nell'art. 34 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (v. *Second Report*, p. 51). Alcuni autori ritengono che tale requisito sia superfluo o ne mettono in dubbio l'appartenenza alla norma consuetudinaria sulla responsabilità internazionale per complicità. Essi reputano inoltre che l'inclusione della c.d. *opposability* nell'art. 16 finisca con l'offrire perlopiù una clausola di salvaguardia, favorevole in molte circostanze allo Stato complice. Così C. GUTIÉRREZ-ESPADA, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, 2005, pp. 215-220; H.P. AUST, *op. cit.*, pp. 265-266; V. LANOVY, *op. cit.*, pp. 158-159. In senso analogo, v. la dichiarazione di Economides, in *Yearbook of International Law Commission*, 1999, I, p. 68, par. 5.

⁹¹ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, commento all'art. 16, p. 66, par. 3, per l'enumerazione dei tre requisiti, e par. 5, per la specifica indicazione dell'elemento dell'intenzionalità e per la citazione; il corsivo è aggiunto.

⁹² Una parte della dottrina si è interrogata sull'effettivo valore dell'intenzionalità nella definizione della responsabilità internazionale per complicità. Secondo J. QUIGLEY, *Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility*, in *British Year Book of International Law*, 1986, p. 77 ss., p. 113, non esiste una reale differenza tra intenzionalità e consapevolezza ai fini della configurazione della responsabilità per complicità nel diritto internazionale. Del resto, lo stesso Ago aveva dichiarato che la complicità “necessarily presupposes intent to collaborate (...) and hence knowledge of the specific purpose”: v. *Seventh Report*, par. 72. Invece, B. GRAEFRATH, *op. cit.*, p. 378, ritiene che, per la definizione della responsabilità internazionale per complicità, l'intenzionalità debba essere accertata autonomamente dalla consapevolezza, con l'eccezione del caso in cui uno Stato assista un altro Stato nel compimento di violazioni del diritto internazionale che interessano l'intera comunità internazionale. In maniera pressoché simile, H.P. AUST, *op. cit.*, pp. 235-249, suggerisce un'interpretazione non

Il riferimento all'intenzionalità nel Commentario, nonostante l'assenza di un'espressa indicazione di tale requisito nel testo dell'art. 16, rappresenta probabilmente una soluzione di compromesso raggiunta in conseguenza delle diverse posizioni espresse in proposito dagli Stati in seno ai lavori di codificazione delle norme sulla responsabilità internazionale⁹³. Infatti, mentre il Regno Unito e gli USA ritenevano che occorresse menzionare l'elemento dell'intenzionalità nel testo dell'art. 16⁹⁴, i Paesi Bassi reputavano più che sufficiente l'indicazione del requisito della consapevolezza⁹⁵. Altri Stati, come per esempio la Corea del Sud e la Danimarca, assumevano invece delle posizioni più sfumate⁹⁶. Il punto non è stato chiarito neanche negli anni successivi, in occasione dell'elaborazione del Progetto del 2011 sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali. Nel suo ottavo rapporto, il Relatore speciale Gaja ha dichiarato di aver volutamente scelto di non approfondire la questione in esame, nonostante le sollecitazioni ricevute, proprio a causa delle posizioni discordanti degli Stati e delle organizzazioni internazionali⁹⁷.

La norma sulla responsabilità internazionale degli Stati per complicità, così come codificata nell'art. 16 del Progetto del 2001, può ritenersi conforme al diritto internazionale generale. Invero, nel corso del processo di elaborazione del Progetto del 2001, un numero non elevato di Stati (tra cui l'Italia) si era espresso a favore della natura consuetudinaria della norma contenuta nell'art. 16⁹⁸. Pertanto, pur riportando l'opinione di tali Stati nel Commentario, la CDI aveva evitato di prendere una posizione netta sul punto⁹⁹. Nondimeno, in seguito, la CIG ha dichiarato la corrispondenza del dettato dell'art. 16 al diritto internazionale consuetudinario nella pronuncia resa nel caso del *Genocidio*¹⁰⁰. Benché la CIG non abbia condotto un'attenta rigo-

rigorosa dell'intenzionalità nel caso di assistenza prestata nella violazione di norme cogenti, ma non rinuncia a considerarla tra i requisiti che qualificano la responsabilità internazionale per complicità; anzi, questo A. attribuisce un peso notevole all'intenzionalità al fine di delineare la responsabilità di uno Stato per complicità in illeciti non riguardanti norme cogenti (v. specialmente p. 249). Pur riferendosi al caso specifico della complicità di uno Stato nella commissione di atti di genocidio, P. PALCHETTI, *State Responsibility for Complicity in Genocide*, in P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention – A Commentary*, Oxford, 2009, p. 380 ss., p. 389, ritiene che la frase “with the view to facilitating” utilizzata dalla CDI nel commento all'art. 16 vada intesa nel senso di richiedere che l'atto di fornire assistenza abbia carattere deliberato.

⁹³ Invece, secondo E. DE WET, *Complicity*, cit., p. 21, il riferimento all'intenzionalità nel Commentario avrebbe lo scopo di riportare la responsabilità per complicità entro confini più certi, evitando che essa sia invocata in maniera eccessivamente ampia.

⁹⁴ V. *Yearbook of International Law Commission*, 1998, II, parte 1, p. 129.

⁹⁵ *Ivi*, 2001, II, parte 1, p. 52.

⁹⁶ *Ibidem*. La Danimarca si è espressa a nome del gruppo dei Paesi scandinavi, comprendente anche Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia.

⁹⁷ V. *Eighth Report on Responsibility of International Organizations*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, II, parte 1, pp. 95-96, paragrafi 45-49, specialmente il par. 49, dove Gaja richiama le posizioni contrastanti di Banca mondiale, Cuba e UE.

⁹⁸ Si tratta di Bulgaria, Cipro, Cecoslovacchia, Cina, Danimarca (per conto del gruppo degli Stati scandinavi), Etiopia, Federazione Russa, Grecia, Italia, Giamaica, Giappone, Mali, Messico, Nigeria, Nuova Zelanda, Romania, Slovenia, Trinidad e Tobago, Tunisia, Ucraina, Venezuela. Cfr. H.P. AUST, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁹⁹ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, commento all'art. 16, p. 66, par. 2.

¹⁰⁰ Sentenza *Genocidio*, p. 217, par. 420. Sebbene nel caso di specie fosse chiaramente applicabile l'art. III, lett. e), della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del genocidio, prima di verificare la responsabilità della Serbia per complicità nel genocidio perpetrato in Bosnia, la CIG si è soffermata in via generale anche sull'art. 16 del Progetto del 2001.

gnizione degli elementi costitutivi della norma consuetudinaria sulla responsabilità internazionale per complicità, le conclusioni cui essa è giunta sono state condivise dalla dottrina che negli anni successivi ha affrontato il tema¹⁰¹. La posizione della CIG è stata altresì ripresa dalla c.d. Commissione Mucyo, istituita dal Parlamento del Ruanda per far luce sul coinvolgimento della Francia nel genocidio del 1994. Nel suo rapporto finale, tale Commissione ha tentato di provare la responsabilità internazionale della Francia per complicità nel genocidio ruandese, citando anche l'art. 16 quale espressione di una consuetudine internazionale¹⁰². Di recente, pure l'Austria, il Regno Unito, la Turchia e gli USA hanno richiamato, *inter alia*, la natura consuetudinaria del dettato dell'art. 16 per supporre la responsabilità degli Stati (primi fra tutti l'Iran e la Federazione Russa) che forniscono aiuti alle parti coinvolte nel conflitto siriano per complicità nelle violazioni commesse in tale contesto¹⁰³. Infine, vale la pena rammentare che il Bundesverfassungsgericht tedesco, già nel 2003, aveva riconosciuto che la norma contenuta nell'art. 16 ha valore consuetudinario¹⁰⁴.

Quanto al succitato elemento dell'intenzionalità, nel quadro della ricostruzione della norma consuetudinaria sulla responsabilità internazionale per complicità, sembra preferibile non tenerne conto. Infatti, nella pronuncia resa nel caso del *Genocidio*, la CIG ha dichiarato la natura consuetudinaria della disposizione codificata nell'art. 16 senza accennare all'elemento aggiuntivo dell'intenzionalità¹⁰⁵. Inoltre, la prassi

¹⁰¹ Così G. NOLTE, H.P. AUST, *Equivocal Helpers – Complicit States, Mixed Messages and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 1 ss., pp. 7-10; V. LANOVY, *op. cit.*, p. 135; M. JACKSON, *op. cit.*, p. 150 ss.; E. DE WET, *Complicity*, cit., p. 4. Per una più ampia discussione, v. H.P. AUST, *op. cit.*, cap. 4.

¹⁰² V. il rapporto finale, del 5 agosto 2008, diffuso dalla Commission nationale indépendante chargée de rassembler les éléments de preuve montrant l'implication de l'État français dans la préparation et l'exécution du génocide perpétré au Rwanda en 1994, istituita dal Parlamento ruandese il 14 aprile 2005, con l. 5/2005, reperibile *online*. Il rapporto ha avuto risonanza in Francia: v., per esempio, *Le Rwanda publie son réquisitoire contre la France*, in *Le Monde*, 6 agosto 2008. In argomento, v. anche F. REYNTJENS, *Political Governance in Post-Genocide Rwanda*, Cambridge, 2013, pp. 148-149.

¹⁰³ Sulla posizione dell'Austria, v. *Austrian Position on Arms Embargo in Syria*, in *The Guardian*, 15 maggio 2013. Con riferimento alle posizioni di Regno Unito e USA, v. UN Doc. S/PRV.7777, del 25 settembre 2016, pp. 5-9. Rispetto alla posizione britannica, v. anche *Russian Arms Shipment Bound for Syria Foiled by Britain's Insurers*, in *The Guardian*, 19 giugno 2012, e *Boris Johnson: Russian Complicity in War Crimes Precludes Syria Talks*, *ivi*, 20 ottobre 2016. Quanto alla posizione della Turchia, v. *Turkey Accuses Russia of Supplying Syria with Munitions*, *ivi*, 11 ottobre 2012. V. anche E. DE WET, *Complicity*, cit., pp. 9-10.

¹⁰⁴ Decisione del 5 novembre 2003, caso n. 1506/03, *Al-M.*, la cui traduzione in inglese è reperibile *online*. Tale decisione è riportata e commentata da A. NOLLKAEMPER, *Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts*, in *American Journal of International Law*, 2007, p. 760 ss., p. 780; M. JACKSON, *op. cit.*, p. 151; E. DE WET, *Complicity*, cit., p. 4.

¹⁰⁵ Sentenza *Genocidio*, par. 420 ss. La CIG ha poi aggiunto che avrebbe comunque valutato l'eventuale complicità della Serbia anche in ragione della sua intenzionalità, precisando però il rilievo dell'intenzionalità alla luce del carattere assai peculiare dell'illecito di genocidio e delle specifiche norme convenzionali applicabili (par. 421). Del resto, l'analisi in seguito condotta per verificare la complicità della Serbia non ha ruotato intorno all'art. 16 del Progetto del 2001 ma all'art. III, lett. e), della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del genocidio: un'importante differenza tra le due disposizioni risiede appunto nel rilievo dell'intenzionalità. Alla luce di questa differenza, oltre che di altre, e riprendendo quanto accennato *supra*, note 69, 77 e 78, sembra che per quel che concerne l'istituto della complicità non vi sia molta coincidenza tra il diritto della responsabilità internazionale (nel cui ambito si dovrebbe quindi utilizzare più propriamente l'espressione “aiuto o assistenza”) e il diritto internazionale penale (nel cui contesto si parla invece di complicità in senso proprio): cfr. A. BUFALINI,

in proposito è circoscritta. È stata già sottolineata anche la difficoltà di individuare, almeno in seno ai lavori di codificazione, una propensione della maggior parte degli Stati a favore dell'inclusione dell'intenzionalità tra i requisiti della responsabilità internazionale per complicità. Infine, il rilievo che nel Commentario si conferisce all'intenzionalità potrebbe creare una sorta di contraddizione all'interno dello stesso Commentario, dove, rispetto all'art. 2 del Progetto del 2001, si legge a chiare lettere che "it is only the act of a State that matters, independently of any intention"¹⁰⁶.

Nel Commentario al Progetto del 2011 non si trova invece traccia della posizione della CDI sull'eventuale corrispondenza del dettato degli articoli 14 e 58 di tale Progetto al diritto internazionale generale. La natura consuetudinaria delle norme sulla responsabilità internazionale per complicità dello Stato e/o dell'organizzazione internazionale che aiutano o assistono un altro Stato e/o un'altra organizzazione nella realizzazione di un illecito internazionale non è stata neanche oggetto di dibattito in seno alla CDI, verosimilmente a causa dell'assai scarsa prassi in proposito. È dunque presumibile che si sia scelto di inserire gli articoli 14 e 58 nel Progetto del 2011 in un'ottica di sviluppo progressivo del diritto internazionale.

7. Si è osservato che la politica di esternalizzazione delle frontiere elaborata dagli Stati di destinazione allo scopo di contrastare i flussi migratori, condivisibile o meno sui piani politico e morale, potrebbe astrattamente essere considerata lecita ai sensi del diritto internazionale¹⁰⁷. Nondimeno, nelle particolari circostanze del caso di specie, tale politica configura la responsabilità dell'Italia per complicità nelle *gross violations* dei diritti umani che la Libia compie a danno dei migranti¹⁰⁸. Infatti, ricorrono tutti i requisiti e i caratteri individuati nell'art. 16 del Progetto del 2001.

Innanzitutto, la condotta in sé lecita dell'Italia è posta in connessione con la condotta illecita della Libia¹⁰⁹. La piena attuazione della politica di esternalizzazione delle frontiere dell'Italia in Libia comporta l'invio di aiuti e la prestazione di assistenza da parte della prima nei confronti della seconda. In questo modo, in linea con gli obiettivi di tale politica, l'Italia ottiene che i migranti siano bloccati in Libia. Allo stesso tempo, però, con il suo aiuto e la sua assistenza, l'Italia facilita in maniera significativa – quantunque non essenziale¹¹⁰ – anche gli organi statali libici

La responsabilità internazionale dello Stato per atti di genocidio: un regime in cerca di autonomia, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 571 ss., pp. 574-579.

¹⁰⁶ V. *Draft Articles on Responsibility of States*, commento all'art. 2, p. 36, par. 10. V. LANOVY, *op. cit.*, p. 152, considera tale passaggio del Commentario come premessa e scrive che "construing intent as one of the conditions for responsibility for complicity is at odds with the general framework of international responsibility of States and international organizations".

¹⁰⁷ In proposito, v. *supra*, parte finale del par. 4.

¹⁰⁸ Per le circostanze del caso di specie, v. ancora *supra*, parte finale del par. 4. Giungono alla medesima conclusione, rispetto non solo all'Italia ma anche all'UE, gli autori di alcuni *post* di recente apparsi online: v. S. TALMON, *Brother, Where Art Thou? Libya, Spaces of Violence and the Diffusion of Knowledge*, in *Völkerrechtsblog*, 11 ottobre 2017; R. MACKENZIE-GRAY SCOTT, *Torture in Libya and Questions of EU Member States Complicity*, in *EJIL Talk!*, 11 gennaio 2018; A. SKORDAS, A "Blind Spot" in the Migration Debate? *International Responsibility of the EU and Its Member States for Cooperating with the Libyan Coastguard and Militias*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 30 gennaio 2018.

¹⁰⁹ R. MACKENZIE-GRAY SCOTT, *op. cit.*, conferma che "there is a sufficient nexus between this 'aid or assistance' of EU states and its contribution to torture in Libya".

¹¹⁰ Sembra infatti ragionevole supporre che la Libia sia nelle condizioni di porre in essere delle violazioni gravi e sistematiche dei diritti dei migranti anche senza l'assistenza italiana.

che compiono le gravi e sistematiche violazioni dei diritti dei migranti¹¹¹. In primo luogo, l'Italia coopera in varia misura con la guardia costiera e le altre autorità che presidiano i confini libici per agevolare il contenimento dei migranti in Libia¹¹². In secondo luogo, l'Italia contribuisce al conseguente internamento dei migranti nei centri di accoglienza gestiti dal DCIM, in quanto la costruzione e amministrazione di tali centri, così come la formazione del personale ivi impiegato, dipendono in parte dalle risorse stanziare dall'Italia¹¹³. Si è in precedenza illustrato come le *gross violations* dei diritti umani imputabili alla Libia si verificano appunto quando le autorità libiche intercettano i migranti nelle aree di confine o in mare e poi all'interno dei centri di accoglienza¹¹⁴.

¹¹¹ L'aiuto e l'assistenza offerti dall'Italia alle autorità libiche che violano massicciamente i diritti dei migranti si concretizzano non solo con l'adozione di atti interni (come il Codice di condotta imposto alle ONG), ma anche attraverso le misure di attuazione di accordi o intese (quale appunto il *Memorandum* del 2 febbraio 2017). Come chiarito da V. LANOVY, *op. cit.*, pp. 142-143, “complicity can also originate on the basis of cooperation under less formal arrangements or memoranda of understanding between States or inter-agencies. These may allow for a non-scrutinized exchange of intelligence, operational collaboration, common training, and exchanges of technical equipment that is used, for example, for the commission of human rights violations by other States”. Nel caso di specie, con riferimento a tutti gli Stati membri dell'UE in generale, e non solo all'Italia, R. MACKENZIE-GRAY SCOTT, *op. cit.*, precisa che “the ‘aid or assistance’ spoken of is the funding, technical and logistical support given to Libyan border control authorities by EU states”.

¹¹² Per esempio, la succitata missione nelle acque libiche deliberata dal Parlamento italiano in risposta alla richiesta del Governo di Tripoli (v. *supra*, par. 2) conduce a tale esito. Peraltro, tale missione non sarebbe in linea con l'art. 3, par. 2, della risoluzione dell'Institut de droit international sull'assistenza militare su richiesta, adottata durante la sessione di Rodi del 2011, secondo cui “l'assistance militaire est interdite lorsqu'elle s'exerce en violation (...) des normes généralement reconnues en matière de droits de l'homme”, se si accogliesse l'interpretazione, conforme all'art. 16 del Progetto del 2001, secondo cui è vietato l'intervento militare che si traduca in forme di assistenza nella violazione dei diritti umani da parte dello Stato territoriale: così E. DE WET, *Complicity*, cit., pp. 1-3. Si può pure ricordare il decreto del Ministro degli Esteri italiano n. 4110/47, con cui un finanziamento di 2,5 milioni di euro è stato trasferito dal Fondo per l'Africa al Ministero degli Interni per la riparazione di quattro motovedette da riconsegnare alla guardia costiera libica. Il 14 novembre 2017 l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione ha impugnato davanti al TAR Lazio il suddetto decreto per sviamento di fondi pubblici, ritenendo che il Governo italiano in realtà utilizzi il Fondo per “pagare” la guardia costiera libica e i “sindaci” dei villaggi libici meridionali ai quali è affidata la gestione dei flussi migratori diretti verso l'Italia (v. il sito www.asgi.it). Sono poi significativi i tanti episodi denunciati dalle ONG cui è impedito di prestare effettivo soccorso ai naufraghi individuati nel Canale di Sicilia a causa del Codice di condotta a esse imposto (v. ancora *supra*, par. 2). Per esempio, il 23 novembre 2017, pur avendo avvistato dei gommoni in difficoltà, la nave Aquarius dell'ONG SOS Méditerranée ha dovuto aspettare quattro ore prima di intervenire, poiché la centrale operativa della guardia costiera italiana aveva imposto che soltanto le motovedette libiche procedessero ai salvataggi. In conseguenza di quanto accaduto, SOS Méditerranée ha accusato l'Italia di fermare o ritardare l'intervento dei mezzi di soccorso delle ONG per favorire gli interventi della guardia costiera libica, che ha naturalmente riportato i migranti in Libia. In proposito, *inter alia*, v. *La denuncia della ONG: Soccorsi in mare ritardati per dare priorità ai libici, noi costretti a guardare impotenti*, in *Repubblica*, 27 novembre 2017. Denunce simili nei confronti dell'Italia sono state pubblicamente formulate anche da altre ONG, come Sea Watch e Pro Activa Open Arms.

¹¹³ A norma dell'art. 2, paragrafi 2 e 3, del *Memorandum* del 2 febbraio 2017, una parte dell'aiuto finanziario che l'Italia destina alla Libia riguarda l'istituzione o l'adeguamento dei centri di accoglienza per i migranti e la formazione del personale del DCIM ivi impiegato. A proposito del coinvolgimento dell'Italia nella rete dei centri di accoglienza libici, v. anche il rapporto di Amnesty International, *Libya's Dark Web*, pp. 7, 26-29.

¹¹⁴ V. ampiamente *supra*, paragrafi 3 e 4.

Anche l'elemento della consapevolezza risulta soddisfatto. Le autorità libiche violano i diritti dei migranti in maniera notoriamente generalizzata e sistematica, come peraltro è confermato dalle inchieste giornalistiche, dalle denunce delle ONG e dai rapporti delle organizzazioni internazionali¹¹⁵. È da ritenere che l'Italia sia a conoscenza di tutto ciò da tempo, almeno sin dall'epoca della sentenza *Hirsi*¹¹⁶. Pertanto, l'Italia non può non avere anche la consapevolezza del fatto che l'aiuto e l'assistenza offerti alla Libia per il trattenimento dei migranti o per la costruzione e la gestione dei centri di accoglienza facilitano gli organi statali libici nella commissione di *gross violations* dei diritti dei migranti¹¹⁷.

Quanto alla c.d. *opposability*, gli illeciti commessi dalla Libia consistono nella violazione non solo di norme consuetudinarie, come il divieto di praticare la schiavitù e l'obbligo di non commettere atti di tortura, ma anche di norme convenzionali, che sono parimenti incombenti sull'Italia. È sufficiente ricordare che entrambi gli Stati sono parti della Convenzione del 1926 contro la schiavitù, così come emendata nel 1953 sotto l'egida dell'ONU¹¹⁸, del Patto del 1966 sui diritti civili e politici¹¹⁹, della Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti¹²⁰ e del Protocollo del 2000 per la prevenzione, la repressione e la punizione del traffico di esseri umani¹²¹.

Infine, non è necessaria alcuna dimostrazione dell'intenzionalità dell'Italia al fine di provarne la responsabilità per complicità nel caso di specie¹²². Come evidenziato nel paragrafo precedente, l'intenzionalità non si annovera tra gli elementi dell'art. 16 e della corrispondente norma consuetudinaria.

¹¹⁵ V. *supra*, par. 3.

¹¹⁶ Come già osservato, nella sentenza *Hirsi* la Corte EDU ha qualificato la Libia come uno Stato non "sicuro": v. *supra*, par. 4, specialmente la parte corrispondente alla nota 68. La stessa Corte avrebbe potuto andare oltre e almeno menzionare la responsabilità dell'Italia per complicità nelle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani subite dai migranti in Libia. In particolare, dopo aver accertato la responsabilità "principale" dell'Italia per la violazione, tra l'altro, dell'obbligo di *non-refoulement*, essa avrebbe potuto perlomeno citare l'ipotesi della responsabilità dell'Italia anche per complicità negli atti di tortura e nei trattamenti inumani e degradanti patiti dai migranti una volta rientrati in Libia. In tal senso, cfr. l'opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque, pp. 12-13. La correlazione tra l'art. 16 e la violazione dell'obbligo di *non-refoulement* è confermata ed enfatizzata da C.J. TAMS, *The Abuse of Executive Powers: What Remedies?*, in A. BIANCHI, A. KELLER (eds.), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford, 2008, p. 313 ss., p. 318.

¹¹⁷ Si potrebbe qui svolgere, *mutatis mutandis*, un ragionamento analogo a quello seguito dalla Corte EDU nelle sue sentenze riguardanti i casi di estradizione o di espulsione. In tali sentenze, essa accerta la responsabilità dello Stato per il solo fatto di aver consapevolmente esposto un individuo al rischio reale di subire all'estero delle violazioni dei diritti umani. Peraltro, per la valutazione della nozione di rischio reale cui è sottoposto l'individuo da estradare o da espellere, la Corte prende di solito in considerazione soprattutto la situazione generale di rispetto dei diritti umani nel Paese di estradizione o di espulsione e verifica che quest'ultimo sia un Paese "sicuro". Cfr. le sentenze dell'11 gennaio 2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, par. 138 ss.; [GC] del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, par. 126 ss.; del 23 settembre 2010, *Iskandarov c. Federazione Russa*, par. 127 ss. In proposito, v. P. PUSTORINO, Art. 3, 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. 63 ss., pp. 71-73, 84-87, e, per una più ampia discussione, anche M. JACKSON, *Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 817 ss.

¹¹⁸ Ratificata dall'Italia il 4 febbraio 1954 e dalla Libia il 14 febbraio 1957.

¹¹⁹ Ratificata dall'Italia il 15 settembre 1978 e dalla Libia il 15 maggio 1970.

¹²⁰ Ratificata dall'Italia il 12 gennaio 1989 e dalla Libia il 16 maggio 1989.

¹²¹ Ratificata dall'Italia il 2 agosto 2006 e dalla Libia il 24 settembre 2004.

¹²² *Contra*, ma limitatamente al caso di specie, cfr. S. TALMON, *op. cit.*, e A. SKORDAS, *op. cit.*

In alcuni documenti prima citati, tra cui spiccano quelli pubblicati dall'Ufficio dell'Alto commissariato ONU per i diritti umani e da Amnesty International, ci si riferisce anche all'UE, la cui condotta è associata a quella dell'Italia per ciò che concerne l'assistenza prestata alla Libia¹²³. In effetti, come più volte ricordato, l'UE sostiene pubblicamente la politica migratoria italiana. Lo stesso Ministro degli Interni italiano, rispondendo alla lettera del Commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani, ha sottolineato che l'Italia attua la propria politica migratoria in stretta collaborazione con l'UE. Peraltro, si è visto che l'UE promuove anche una propria politica di progressiva esternalizzazione delle frontiere e che, in tale ambito, la missione navale EUNAVFOR MED Operazione Sophia, addestrando la guardia costiera libica, in qualche modo favorirebbe il trattenimento dei migranti in Libia¹²⁴.

Già *prima facie*, dunque, non sembra difficile provare che anche l'UE è responsabile per complicità nelle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani subite dai migranti bloccati in Libia¹²⁵. Prima di tutto, l'aiuto e l'assistenza concessi alla Libia dall'UE, quasi al pari e per le medesime ragioni dell'aiuto e dell'assistenza assicurati dall'Italia, sono connessi alle massicce violazioni commesse dagli organi statali libici. Inoltre, così come poc'anzi dimostrato per l'Italia, anche l'UE è o dovrebbe essere consapevole che il proprio aiuto e la propria assistenza facilitano le *gross violations* dei diritti dei migranti perpetrate in Libia. Infine, le norme internazionali consuetudinarie che stabiliscono i divieti di schiavitù e di tortura dovrebbero vincolare tanto la Libia quanto l'UE. La sussistenza di tali requisiti permetterebbe quindi di richiamare la norma sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali per complicità nell'illecito di uno Stato, contenuta nell'art. 14 del Progetto del 2011, la cui già illustrata formulazione è pressoché analoga a quella dell'art. 16 del Progetto del 2001.

Invero, con poche eccezioni, tra cui una sarebbe rappresentata dalla succitata missione navale EUNAVFOR MED Operazione Sophia, le forme di assistenza in ambito migratorio prestate alla Libia dall'UE sono meno “evidenti” di quelle assicurate dall'Italia. Si tratta perlopiù di contributi finanziari, spesso inviati contestualmente ad altri Stati africani e indicati come intesi a promuovere esternamente i

¹²³ V. *supra*, paragrafi 3 e 4. Probabilmente in reazione alle critiche dell'Alto commissario, l'UE ha recentemente proposto a ONU e Unione africana (UA) l'istituzione di una *task force* congiunta con compiti attinenti sia al contenimento dei flussi migratori nel Mediterraneo sia al monitoraggio dei centri di accoglienza che ospitano i migranti trattenuti in Libia. L'UE vorrebbe così mostrarsi disposta ad abbracciare un approccio più chiaro nella gestione della crisi migratoria nel Mediterraneo, quasi sottoponendosi a una sorta di “controllo” da parte dell'UA e, soprattutto, dell'ONU. Non si conoscono ancora i dettagli di questa proposta, né si capisce se essa sarà avviata in base a un vero e proprio accordo stipulato dalle tre organizzazioni internazionali o a seguito di una intesa politica. Allo stato attuale, si sa soltanto che la proposta prevede anche ulteriori interventi dell'UE in Africa in ambiti correlati alle migrazioni, quali quello dello sviluppo economico, dell'incremento degli investimenti diretti esteri e della lotta al cambiamento climatico. In proposito, v. il *Joint Statement on the Migrants Situation in Libya*, reso al termine del V Summit tra UA e UE, svoltosi il 29-30 novembre 2017 ad Abidjan, reperibili *online*.

¹²⁴ V. *supra*, par. 2.

¹²⁵ Nel rapporto di Amnesty International, *Libya's Dark Web*, p. 7, si chiarisce che “EU and Italian officials cannot plausibly claim to be unaware of the grave violations being committed by some of the detention officials and [Libyan Coast Guard] agents with whom they are so assiduously co-operating. Nor can they credibly claim to have insisted on key rights protection mechanisms and guarantees from their Libyan counterparts, as, in reality, they have not done so. They are, as a result, complicit in these abuses and in breach of their own human rights obligations”. Per maggiori dettagli, v. pp. 56-59. In proposito, cfr. anche R. MACKENZIE-GRAY SCOTT, *op. cit.*

valori democratici dell'UE, ad agevolare la ripresa economica o a incentivare lo sviluppo. La gestione dei flussi migratori è collegata a tali obiettivi, ma non è posta in primo piano. Sembra invece che altre risorse, più precipuamente stanziati dall'UE per il contrasto ai flussi migratori nel Mediterraneo, giungano in Libia in via indiretta, attraverso gli Stati membri. Così, tali risorse transitano prima quasi sempre per l'Italia¹²⁶, dove poi confluiscono spesso nelle spese destinate alla politica migratoria nazionale, e vengono quindi da qui canalizzate soprattutto verso la Libia¹²⁷.

Abstract

Borders Outsourcing to Control Irregular Migration and the International Responsibility of Italy and the EU for Complicity in the Human Rights Gross Violations Perpetrated in Libya

As widely known, Libyan authorities have been committing gross human rights violations to the detriment of migrants coming from abroad and arrested in their territory. According to international law, Libya is directly responsible for such violations. The present essay argues that Italy is responsible for complicity in the gross human rights violations perpetrated in Libya. It further suggests that also the EU is probably responsible for complicity in the same context. In particular, Italy has adopted a policy of borders outsourcing to Libya with the aim of controlling and reducing irregular migration. The EU has been supporting such policy. The responsibility of Italy and the EU for complicity is assessed in light of the relevant international norms, as basically codified in the UN ILC Drafts on State Responsibility (2001) and on International Organisations Responsibility (2011) for Internationally Wrongful Acts.

¹²⁶ Il “passaggio” dall'Italia delle risorse dell'UE destinate al controllo delle migrazioni nel Mediterraneo centrale è testimoniato dalla Commissione europea nella già citata comunicazione COM(2017)669 fin., accompagnata da allegati su questioni specifiche, tra i quali si segnalano quello con i dati sul sostegno diretto dell'UE all'Italia per i problemi legati alla crisi migratoria e quello dedicato al Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa. Inoltre, v. la scheda informativa sul contributo finanziario dell'UE alla politica migratoria italiana, intitolata *Managing Migration. EU Financial Support to Italy*, del 6 settembre 2017. Per una sintesi di tali documenti e per i rispettivi collegamenti ipertestuali, v. il comunicato stampa della Commissione, *Agenda europea sulla migrazione: consolidare i progressi compiuti*, reperibile *online*.

¹²⁷ Per esempio, nel preambolo del *Memorandum* italo-libico del 2 febbraio 2017 si rinvia, per quel che riguarda la copertura finanziaria, al meccanismo definito nell'art. 19 del Trattato di Bengasi del 2008, che proprio in tema di lotta alle migrazioni prevede che un onere pari al 50% sia direttamente imputato a carico del bilancio italiano (di fatto pagato attraverso una tassa versata dalle imprese italiane che operano in Libia, come l'ENI), mentre le risorse pari al restante 50% dovranno essere tratte dai finanziamenti ricevuti dall'UE. L'art. 4 del *Memorandum* ribadisce che l'Italia provvederà al finanziamento delle iniziative menzionate negli articoli precedenti senza oneri aggiuntivi per il bilancio statale, avvalendosi in parte dei fondi provenienti dall'UE. Inoltre, a titolo di esempio, si ricorderà che, nel corso di una audizione davanti alla Commissione LIBE del Parlamento europeo, è stato reso noto che l'UE finanzia un progetto pilota dell'Italia per il coordinamento della guardia di frontiera libica e che canalizzerà verso l'Italia 285 milioni di euro entro il 2023 da destinare alla formazione della guardia costiera libica; v. *supra*, nota 58. A conferma di questa notizia, v. *EU and Italy Put Aside €285m to Boost Libyan Coast Guard*, in *EU Observer*, 29 novembre 2017, reperibile *online*.



Note e Commenti

Concetta Maria Pontecorvo*

Recent Developments in the Implementation and Enforcement of the EU Timber Regulation: Signals of an Emerging “Due Diligence Jurisprudence”?**

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The regulatory framework of the Timber Regulation: its original content and actual scope. – 3. The Commission’s delegated and implementing regulations (2012) and the Commission’s Guidance Document for the Timber Regulation (2013, 2016). – 4. The role of the Timber Regulation within the EU and the international anti-illegal logging legislative framework and its possible relevance for other EU regulatory regimes. – 5. EUTR implementing practice: where do we are five years after its entry into application? – 6. Recent national EUTR case-law: signals of an emerging “due diligence jurisprudence”? – 7. Concluding remarks.

1. Illegal logging (that is, the harvesting of timber in contravention of the laws and regulations of the country of harvest)¹ and the associated deforestation are a global problem with significant negative economic, environmental and social impacts². Forests are often perceived as “private goods”. But the global benefits

* Associato di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Napoli “Federico II”.

** A broader version of this study will be published in M. BUNGENBERG, M. KRAJEWSKI, C. TAMS, J. TERHECHTE, A.R. ZIEGLER (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 9, 2018 (forthcoming).

¹ In a broader sense, illegal logging covers a wide group of illegal activities, such as harvesting, transport, processing and trade of timber, and evasion of fees and taxes related to these activities.

² In economic terms illegal logging results in lost revenues and other foregone benefits. In environmental terms it is associated with climate change, desertification, soil degradation, loss of biodiversity and forests. In social terms illegal logging can be related to conflicts over land and resources, the disempowerment of local and indigenous communities, corruption and armed conflicts. Moreover, illegal logging activities also undermine the efforts of responsible operators, by making available cheaper but illegal timber and timber products in the market place. See D. BRACK, *Illegal Logging*, Chatham House Briefing Paper, 2007, p. 1 f., and C.M. PONTECORVO, *Il regime internazionale per la protezione delle foreste*, Napoli, 2011, p. 17 ff. Compare also C. NELLEMAN (ed.), *Green Carbon, Black Trade: Illegal Logging, Tax Fraud and Laundering in the World’s Tropical Forests*, INTERPOL Environmental Crime Programme, 2012 (available online).

they provide (i.e. sinks for carbon, habitat for biota, weather-regulating services) show that they can also be properly regarded as “public goods”. Such public good character has stimulated a significant “global interest” in the sustainability of forest management practice employed in forested countries. The international community has therefore pursued several strategies to address illegal logging and deforestation³; but to date these have often proved of only limited success. Whatever the merits of these various strategies, throughout the period of their application in the 1990s and 2000s illegal logging and rapid deforestation persisted⁴.

In response to continued forest loss, around the turn of the millennium interest grew in the possibility of (indirectly) addressing deforestation by focusing on *trade* in illegal timber⁵. It is under such a perspective that the European Union has been active for over a decade and has taken a leading role in creating a market for *legal* timber.

The European Commission’s policy to fight illegal logging and associated trade was defined back in 2003, with the Forest Law Enforcement Governance and Trade (FLEGT) Action Plan⁶. The latter has led in its turn to two key pieces of legislation creating, respectively, *voluntary* and *compulsory* regimes for ensuring the legality of the timber imported into the EU internal market. The first of these legislative instruments, the FLEGT Regulation, was adopted in 2005⁷. It allows for the *control* of the

³ See extensively C.M. PONTECORVO, fn. 2, p. 97 ff.; C.M. PONTECORVO, *Verso un accordo internazionale sulle foreste in Europa? Il Draft Negotiating Text e la posizione delle organizzazioni non governative*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 754 ff., and D. BRACK, G. HAYMAN, *Intergovernmental Action on Illegal Logging*, London, 2001.

⁴ See *inter alia* FAO, *Global Forest Resources Assessment 2010*, Rome, 2010, p. 15 ff. At the current rate of loss, it has been estimated that the tropical rainforest could disappear within 100 years: see for example National Geographic, *Deforestation*, available at www.nationalgeographic.com.

⁵ See D. BROWN *et al.*, *Legal Timber: Verification and Governance in the Forest Sector*, London, 2008, p. 5 f. Restricting imports to allow only timber that complies with relevant laws of the country where it was harvested should, in principle, eliminate illegal harvests driven by foreign demand and reduce the contribution of illegal logging to deforestation. Obviously, deforestation could continue even if all logging were done legally; but eradicating illegality from the sector would, at least, enhance the ability of governments to require sustainable practices.

⁶ Commission Communication, 21 May 2003, Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT): Proposal for an EU Action Plan, COM(2003)251 fin. (hereinafter FLEGT Action Plan (2003)). The FLEGT Action Plan was launched by the EU Commission on 21 May 2003 and it was endorsed by the European Council of Ministers on November of the same year. As stated in the Commission’s communication establishing it, the Action Plan’s *ratio* is to address “the growing problem of illegal logging and the related trade” named as one of the Commission’s priorities. Besides promising support for governance reform, the Action Plan also sought to create a *market incentive* to curb illegal logging, using a licensing mechanism (based on bilateral partnership agreements with timber-exporting countries) to *promote* trade in *legal* timber. More specifically, the FLEGT Action Plan sets out the EU policy to fight illegal logging and associated trade through a series of measures available to this extent to the EU and its Member States. The Plan covers, in particular, both supply and demand side measures to address illegal logging and it targets several key regions and countries (Central Africa, Russia, Tropical South America and Southeast Asia), which together contain nearly 60% of the world’s forest and supply a large proportion of internationally traded timber. A key element of the Action Plan is the *voluntary licensing scheme* it establishes with a view to ensuring that *only* legally harvested timber is imported into the EU from countries agreeing to take part in the scheme: see D. BRACK, *Controlling Illegal Logging and the Trade in Illegally Harvested Timber: The EU’s Forest Law Enforcement, Governance and Trade Initiative*, in *Review of European Community International Environmental Law*, 2005, p. 33 ff.

⁷ Regulation (EC) 2173/2005 of the Council 20 December 2005 on the establishment of a FLEGT licensing scheme for imports of timber into the European Community (hereinafter FLEGT Regulation (2005)), adopted under Article 133 TEC and followed in 2008 by an implementing regulation: Regula-

entry of timber to the EU from countries concluding bilateral Voluntary Partnership Agreements (VPAs) with the EU⁸ and it also enacts the so called “FLEGT licensing scheme”⁹. The second legislative instrument, the EU Timber Regulation (EUTR)¹⁰, was proposed by the Commission in October 2008 and adopted by the EU Parliament and by the Council in October 2010. It is aimed at *preventing* the introduction of illegally logged timber on the EU internal market, by *a*) prohibiting the placing for the first time on such a market of timber and timber products harvested in violation of the legislation of the country of logging and *b*) requiring (*inter alia*) operators to conduct “due diligence” to ensure that the timber products which they trade in have a legal origin. The Timber Regulation has become, as a matter of fact, the *leading* pillar in the execution of the EU FLEGT Action Plan.

The EUTR entered into application on 3 March 2013, becoming applicable on all EU Member States. The Regulation is a potentially powerful tool to help the EU to exclude illegal timber from its market and to contribute to its broader objectives of environmental protection and sustainable development¹¹. Taking into account that the EU counts for about 40% of global forest product imports¹², it clearly

tion (EC) 1024/2008 of the Commission of 17 October 2008 laying down detailed measures for the implementation of Council Regulation (EC) No 2173/2005 on the establishment of a FLEGT licensing scheme for imports of timber into the European Community.

⁸ FLEGT Regulation, Article 4.1.

⁹ As a matter of fact the FLEGT Regulation establishes the internal EU legal framework for this scheme (and for putting the whole FLEGT Action Plan into effect). Once agreed, the Voluntary Partnership Agreements will include commitments and action from both parties (the EU and a third timber-exporting country) to halt trade in illegal timber, notably with a “licensing scheme” to verify the legality of timber shipment exported to the EU. The concept underlying such a scheme is that by granting “FLEGT licenses” *solely* for timber whose legality could be verified, illegal timber from partner countries can be excluded from the European market. The VPAs also promote better enforcement of forest law and promote an inclusive approach involving civil society and the private sector. Once a VPA is in place, all covered timber and timber products exported from a partner country into the EU have to comply with the licensing system. The FLEGT Regulation formed the basis for a series of prolonged negotiations of bilateral voluntary partnership agreements with major timber producing countries. The first VPA to be signed was with the Ghana, followed by the Republic of Congo, Cameroon, Indonesia, the Central African Republic and Liberia. Negotiations are ongoing with Côte d’Ivoire, Democratic Republic of the Congo, Gabon, Guyana, Honduras, Laos, Malaysia, Thailand and Vietnam. These VPAs contain detailed rules on the regulation of logging, the enforcement of legislation, the licensing of timber by the exporting VPA country as well as on the monitoring and verification of the functioning in practice of the system. If it can be ensured in this manner that the law is applied on paper and enforced in practice throughout its territory, the exporting country can issue “FLEGT licenses” for shipment of timber destined to the EU market. Indonesia was the first country in the world start issuing “FLEGT Licenses” on the 15 November 2016. The EU countries, in their turn, in principle will accept the FLEGT licensed timber as proof of legality. A functioning VPA relationship opens thus the EU doors for timber from exporting countries. It is worth noting that to date the VPA with Indonesia is, however, the only one that started operating (at the end of 2016).

¹⁰ Regulation (EU) 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market (hereinafter Timber Regulation (2010)), adopted under Article 192.1 TFEU.

¹¹ On this point see also J. BUCKRELL, A. HOARE, *Controlling the Illegal Logging: Implementation of the EU Timber Regulation*, London, 2011.

¹² According to FAO data, in 2008, 2009 and 2010 the EU accounted for, respectively, the 45%, 43% and 41% of global forest product imports (FAO, *Forestry Trade Flows*, FAOSTAT database, available at faostat.fao.org). However, only 20% of timber imports come from tropical countries, and this portion is declining rapidly because of the economic downturn in Europe and increasing barriers to trade in tropical timber products (see UN Economic Commission for Europe and FAO (2013) Forest Products Annual Market Review 2012-2013).

has a substantial potential to influence the *global* timber trade through domestic legislation¹³. Moreover, in 2015 the EU Commission completed a review of the effectiveness of the EUTR during its first two years of implementation and it also published a detailed report showing both progress and the remaining challenges in this respect. Furthermore, interesting developments have been recently occurring also in the (national) enforcement of the Regulation, with the first court cases on EUTR implementation being examined by national courts in several EU Member States. These court decisions show that four years after its entry into application the EUTR's regulatory system is actually starting to take effect in practice.

In the light of the above, an analysis of the EU Timber Regulation seems to be very timely. This study is aimed particularly at examining the original content, scope and recent normative evolution of the EUTR's regulatory system (paras 2 and 3). It is also aimed at investigating both its very relevance as a regulatory instrument (section 4) and its actual effectiveness in the light of EU Member States' implementation (section 5), and finally at discussing its recent enforcement by Member States' national courts (section 6). In its turn, such an analysis is useful (*rectius*, is legally prodromal) to evaluate: *first*, the position of the Timber Regulation within the whole EU anti-illegal logging policy framework; *second*, the role that EUTR (as a *unilateral* EU trade regulatory measure) could possibly provide as a "model" for other EU legislative regimes equally trying to ensure that EU trade with other countries may contribute to both sustainable development and the protection of human rights; *third*, the significance of some (legally relevant) "signals" emerging from recent EUTR's national implementation case-law; and *finally*, the coherence of the EU regime on forest governance – as a whole – with the EU *values* (i.e. sustainable development and human rights) lastly recognised by the Lisbon Treaty as general inspiring principles of its external action in general and of its external trade policy in particular.

2. Few years after the adoption of the FLEGT Regulation, as it became clear that not all major timber-producing countries were *actually* willing to conclude Voluntary Partnership Agreements¹⁴, existing EU instruments (that is, the FLEGT Action Plan and the FLEGT Regulation) showed to be not very effective in tackling illegal logging and trade. Therefore, the adoption of stronger measures to this extent emerged as an urgent need. It was under these circumstances that on 20 October 2010 the Regulation 995/2010 of the European Parliament and of the Council (commonly named as "Timber Regulation" and referred to by its acronym EUTR) was adopted¹⁵.

¹³ However, it should be admitted that the EUTR's value to the struggle against illegal logging actually depends on its ability to withstand a challenge (at the moment only hypothetical) in the World Trade Organisation. To date, WTO Panels have never confronted a regulation quite like the EUTR. Unlike previously litigated regulations, the EUTR (as we will see) seeks to limit trade on the basis of *foreign* definitions of legality rather than imposing *its own* substantive requirements. On the issue of the EUTR Regulation's consistency with WTO law (which is behind the scope of this study) see D. GERAETS, B. NATENS, *The WTO Consistency of the European Union Timber Regulation*, in *Journal of World Trade*, 2014, p. 433 ff., and A. FISHMAN, K. OBIDZINSKI, *European Union Timber Regulation: Is It Legal?*, in *Review of European Community International Environmental Law*, 2014, p. 265 ff.

¹⁴ The conclusion of VPAs was – in fact – *not* an urgent matter for these countries as it was relatively easy to keep on putting illegally harvested timber on the EU market.

¹⁵ Compare the Regulation's Preamble, explicitly recognising that the scale and urgency of illegal logging and related trade require "a *complement to and strengthening of* the system of VPAs" (italics added).

As a matter of fact the Timber Regulation is the second pillar the EU's regulatory framework on forest governance¹⁶ and, also, its most recent and significant addition¹⁷. It aims, in general, to address the economic, social and environmental impacts of illegal logging. For this reason, it lays down the obligations of operators who place timber and timber products *for the first time* on the EU internal market¹⁸.

In particular, the Regulation counters the trade in illegally harvested timber and timber products through three key obligations. First of all, under Article 4.1 it *prohibits* the introduction of such timber to the EU market. The prohibition is complemented in turn by two sets of further obligations, imposed respectively on Member States and on certain non-State actors that carry out timber-related economic activity in Europe, that is "operators" and "traders". An "operator" is defined in the Regulation's Article 2.c as any natural or legal person who *places* timber or products thereof (for the first time) on the European market. The same provision also defines "placing on the market" as the supply by any means, irrespective of the selling technique used, of timber and timber products *for the first time* on the market. An "operator" is to be distinguished from a "trader", who under Article 2.d is any natural or legal person selling or buying timber or timber products previously placed on the European market by operators¹⁹.

As to the prohibition established by Regulation's Article 4.1, it is the very core element of the EUTR's legislative framework. It prohibits, in particular, the placing on the EU internal market of "illegally harvested" timber and products derived from such a timber. Hence, the Regulation has in its essence significant extraterritorial effects, addressing issues and concerns that took place *outside* the EU territory²⁰. Whether the timber is "legal" depends indeed on whether it was harvested in accordance with the applicable legislation *in the country of harvest*²¹ (even if it is not an EU country)²².

¹⁶ The first one being – as mentioned above – the 2005 FLEGT Regulation.

¹⁷ See for a comment Y. LEVASHOVA, *How Effective Is the New EU Timber Regulation in the Fight against Illegal Logging?*, in *Review of European Community International Environmental Law*, 2011, p. 290 ff., and among Italian scholars C. DI STEFANO, *La regolamentazione del commercio di legname nella prospettiva della tutela internazionale delle foreste: pregi e limiti del recente Regolamento UE 995/2010*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013, p. 765 ff.

¹⁸ See Timber Regulation, Article 2.a-b. Timber products covered by the Regulation are listed in the Annex, with the corresponding Harmonised System Tariff Classification headings.

¹⁹ It is worth noting that a Guidance Document, issued by the Commission in 2013, contains more detailed definitions of terms used in the Timber Regulation: see EU Commission, *Guidance Document for the EU Timber Regulation*, September 2013 (hereinafter Commission's Guidance Document (2013)). The Guidance Document was updated by the Commission in February 2016: see *Commission notice* of 12 February 2016, C(2016)755 fin. (hereinafter Commission's Guidance Document (2016)). Both documents are available at ec.europa.eu.

²⁰ See L. ANKERSMIT, J. LAWRENCE, G. DAVIES, *Diverging EU and WTO Perspectives on Extraterritorial Process Regulation*, in *Minnesota Journal of International Law Online*, 2012, p. 14 ff., at p. 59. It is important to consider that the Regulation does not prohibit importing illegally harvested timber as such; therefore, it is not, strictly speaking, a border measure. However, it is worth noting that, contrary to the text of the Timber Regulation, the above-mentioned Commission's Guidance Document uses the term "importing" instead of "placing on the market".

²¹ See Timber Regulation, Article 2.e-h. In this respect, according to Article 2.g the elements of the (national) legislation to be taken into account include: *i*) the rights to harvest timber within legally gazetted boundaries, *ii*) due payments and duties, *iii*) environmental and forest legislation, *iv*) legal rights of third parties concerning land use and land tenure, and *v*) trade and custom formalities.

²² This may pose questions as to the WTO-consistency of the Regulation. On this point see D. GERAE TS, B. NATENS, fn. 13.

Specifically, the prohibition under Article 4.1 applies (*only*) to timber and timber products enumerated on a long list included into the Regulation's Annex²³. Moreover, according to Article 3 EUTR, two categories of timber are *automatically* considered being legally harvested for the purpose of the Regulation²⁴.

To realise the prohibition established by its Article 4.1 the Regulation imposes, as mentioned above, two distinct sets of obligations on: *a*) EU Member States, and *b*) the actors ("operators" and "traders") involved in timber-related economic activity in Europe. As far as Member States are concerned, they are required by the Regulation first of all to designate at least one "Competent authority" to implement its provisions²⁵. These authorities are charged in particular with checking whether operators fulfil their (due diligence) obligations²⁶; they are however also required to cooperate with each other, with the EU Commission and with governmental authorities in non-EU countries²⁷ to ensure compliance with the Regulation²⁸. Furthermore, Member States are required to report to the Commission on the application of the EUTR every two years, so to enable reviews of its effectiveness in order to make legislative adjustment if deemed necessary²⁹. Finally, they are also entitled to adopt (their own) penalties in cases of violations of the Regulation's provisions.

With respect to the obligations applying to non-State economic actors, as mentioned they are fashioned for two (well-distinct) groups: i.e. "operators" and "traders". The latter are required – merely – to ensure that the timber and timber

²³ As mentioned above, instead of imposing a blanket prohibition on *all* timber or timber products, the EUTR adopt a *selective* approach, specifying in its Annex *which type* of timber and timber products are subject to the regulation's prohibition.

²⁴ The first category includes the timber embedded in timber products covered by VPAs (i.e. products originating in a VPA partner-country and listed in the VPA). If these products comply with the requirements set out by the FLEGT Regulation and corresponding implementing provisions, they shall be considered to have been legally harvested. The second category consists of timber that is from species listed in Annex (A, B or C) to EU Regulation n. 338/97 (so called Wildlife Regulation: Regulation (EC) 338/1997 of the Council of 9 December 1996 on the protection of species of wild fauna and flora by regulating trade therein) and which comply with that Regulation and corresponding implementing provisions. Such timber shall also be considered to have been legally. The exemption of the latter category of timber from the EUTR's application has to be seen within the broader context of wildlife protection and taking into account that the 1973 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) is uniformly implemented by means of the Wildlife Regulation in all EU Member States. While CITES encompasses three appendices (each of which contains a list of species and regulates their trade), the Wildlife Regulation contains four categories of species (listed in Annexes A-D). For species listed in its Annex A or B (corresponding to all CITES Appendix I and II species, some Appendix III species and some non-CITES species) the conditions for trade established by the Wildlife Regulation are *more restrictive* than those set forth by CITES.

²⁵ See Timber Regulation, Article 7 and Articles 10-12.

²⁶ In this respect, Article 10 of the Timber Regulation at para. 5 specifies that where following the checks shortcomings have been detected by the competent authorities they "may issue a notice of remedial actions to be taken by the operator". The same provision also provides that "depending on the nature of the shortcomings detected, Member States may take immediate interim measures, including inter alia: (a) seizure of timber and timber products; (b) prohibition of marketing of timber and timber products".

²⁷ Through information sharing and other means.

²⁸ Timber Regulation, Article 12.

²⁹ Timber Regulation, Article 20. A third (however only optional) obligation is established for Member States by Article 13, under which these States *may* choose to facilitate non-State actor compliance with the Regulation by sharing information on illegal logging and by offering legal and other assistance.

products they deal in can be traced along the supply chain. Therefore, “traders” must (simply) retain records, going back at least five years, of *i*) the operators and (where applicable) other traders that have supplied their inventories, and *ii*) of any traders whom they have supplied timber or timber products to³⁰. “Operators”, on their side, face more demanding requirements under Article 4 of the Regulation. The companies who place timber products on the EU market for the first time must indeed exercise “due diligence”³¹, to ensure that they do not place illegally harvested timber or timber products on such a market³². The Regulation provides that it is in fact up to the companies placing timber on the internal marketplace to verify that the timber from non-VPAs countries is “legal”; and it establishes, in this respect, what is described as a “due diligence system” that these “operators” must implement. Regardless of whether the “operator” itself or a monitoring organisation³³ develops the due diligence system³⁴, such a system must comprise three (key) elements: 1) information gathering, 2) risk assessment and 3) risk mitigation. As to the first element of the due diligence system, the Regulation demands in particular that the company collects verifiable data on the origin of the timber. To this respect, relevant information that “operators” must collect and retain includes the supply chain tracking data³⁵, but extends to the country and location of harvest, the quantity and description of each product (as well as the names of the tree species represented) and the documents or other information which demonstrate that all timber in the operator’s inventory has complied with the relevant laws of the coun-

³⁰ Timber Regulation, Article 5. The same provision states that any competent authority may request these information to traders and they must be prepared to provide it.

³¹ Timber Regulation Article 4.2.

³² The fact that due diligence is only required to “operators” represents a concession by the Regulation’s drafters, who recognised that the due diligence provisions might prove quite burdensome to “traders”, and wished to avoid imposing on them unnecessary administrative costs (see in this respect Article 4.2 of EUTR, at recital 15).

³³ The Regulation at its Article 8 provides for “Monitoring organisations” (to be) recognised by the EU Commission. These organisations, which are private entities, are established to provide EU “operators” with operational due diligence systems. “Operators” can thus develop their own system of due diligence or use one developed by a monitoring organisation.

³⁴ The fact that in Article 4.3 the Regulation gives “operators” the choice to either maintain and apply their own due diligence system, or to use a due diligence system maintained by a recognized “monitoring organisation” is (perhaps) another effort to lower the compliance costs. This flexibility mechanism is especially important, because the Regulation does not specify which laws an “operator” must be familiar with to ensure that timber and timber products were harvested legally; it simply lists – as mentioned – the legislative areas that contain the particular laws that must be adhered to. Moreover, monitoring organisations may be better positioned than “operators” to follow legal developments in multiple timber-exporting countries. The EUTR also provides in Article 8 the criteria to be followed in granting recognition to monitoring organisations, sets out the requirements they must follow and establishes a protocol by which competent authorities must audit monitoring organisations and (where necessary) withdraw recognition. Further details on the process of recognizing and withdrawing recognition from monitoring organisations are provided by the clarifying Regulation 363/2012 of the Commission of 23 February 2012 (hereinafter Commission Regulation 363/2012); while further direction as to the frequency and nature of the audits that must be conducted of monitoring organisations (and as to the detailed rules concerning the due diligence system) are provided by a second clarifying regulation, Regulation 607/2012 of the Commission of 6 July 2012 (hereinafter Commission Regulation 607/2012) on which see also below.

³⁵ That is, name and address of the supplier to the operator and name and address of the trader to whom the timber and timber products have been supplied.

try in which it was harvested³⁶. As to the second component of the due diligence system – the risk assessment procedure – the Regulation establishes that, depending on the circumstances existing in the country, “operators” must analyse and evaluate the *likelihood* that the timber they introduce to the market was harvested illegally. In this respect, the Regulation provides a list of specific risk assessment criteria to consider; but the list is non-exhaustive and additional criteria may be considered if they help to determine the likelihood of illegal harvest³⁷. The final element of the due diligence system is the risk mitigation procedure. Any risk identified at the risk assessment stage that is not “negligible”³⁸ must be mitigated by “operators” by using measures that are “adequate” and “proportionate”³⁹. These measures could include requiring additional information, third-party verification, or other actions.

“Operators” and “traders” that violate their obligations under the Regulation are subject to penalties. These may include fines, seizure of inventory and suspension of the authorization to trade⁴⁰. The Regulation further specifies that penalties shall be “effective, proportionate and dissuasive”⁴¹; the Regulation devolves however authority to Member States to define their own penalties⁴². Member States have indeed wide discretion under the Regulation to choose both the form and the severity of the penalties they will apply within their territory. Moreover, Member States must each decide whether violations require a particular level of intent to warrant penalty. It is obvious that penalty design may, in fact, strongly affect the level of risk that operators are likely to embrace in choosing to deal in timber with a spectre of illegality⁴³. The establishment of severe penalties by EU Member States would, in turn, also provide a strong incentive for timber-exporting countries to negotiate VPAs, to eliminate the uncertainty that operators face in deciding whether to deal in their timber.

As to the scope of the Timber Regulation, it should be noted that if on the one hand its provisions covers *all* companies that put timber on the EU market for the first time (no matter whether they are transnational companies, small companies or medium sized enterprises), on the other hand the scope of the Regulation is limited

³⁶ Timber Regulation, Article 6.1.a. Similar to “traders”, “operators” are under the obligation to keep relevant information for five years and available to competent authorities upon request.

³⁷ See Timber Regulation, Article 6.1.b. The first group of criteria that must be considered is the *information* collected at the information-gathering stage, which is specific to the timber or timber product at issue. The second category of criteria concerns the *context* where the harvesting took place. With respect to this context, the specific criteria for the risk assessment enumerated in Article 6.1.b are: *a*) assurance of compliance with applicable legislation (which may include certification or other third-party-verified schemes covering compliance with such legislation); *b*) prevalence of illegal harvesting of specific tree species; *c*) prevalence of illegal harvesting (or practices) in the country of harvest (and/or in the sub-national region where the timber was harvested, including consideration of prevalence of armed conflicts); *d*) presence of sanctions on timber trade by the UN Security Council or the Council of the EU; and *e*) complexity of the supply chain of the particular timber or timber product at issue.

³⁸ “Negligible” is not defined in the Timber Regulation; but (as we will see) it does so the above mentioned Guidance Document for the EUTR released by the Commission in September 2013 and revised in February 2016.

³⁹ See Timber Regulation, Article 6.1.c.

⁴⁰ See Timber Regulation, Article 16.

⁴¹ See Timber Regulation, Article 19.2.

⁴² See Timber Regulation, Article 19.

⁴³ The establishment by Member States of severe penalties, eventually combined with the possibility that operators could be found liable for mere negligent violations (or – even – on the basis of strict liability) could significantly chill timber imports from sources with even a hint of illegality.

however in other ways. Indeed, *only certain* types of timber and timber products are covered by its provisions⁴⁴, while (too) many products made out of timber (i.e. printed papers – such as books, magazines and newspapers, clothes hangers, seats, tools and musical instruments) are exempted from the Regulation⁴⁵.

As a whole, the regulatory framework established by the Timber Regulation is clearly devoted to increase the proportion of legally harvested timber on the international market by incentivising timber-exporting countries to stop illegality with a view to facilitating access to the (lucrative) European market. The crucial instrument employed by the Timber Regulation to achieve this target (the prohibition on the introduction for the first time of illegal timber to the EU internal market) is an important rule lending itself to easy application. However, was it to stand alone, the prohibition would admittedly only be of very limited utility. Unless indeed a court in a timber-exporting country was to declare timber in a particular shipment (or timber originating from a particular concession) to be illegal, it would be quite difficult for European courts deciding disputes arising under the Timber Regulation to determine the legal status of such timber. The latter courts are indeed not only quite unfamiliar with foreign laws (those of the exporting countries) and probably (often) also unable to read many of such laws in their original language, but also geographically far from the relevant evidence. Moreover, as courts in developing countries (from which most of internationally traded wood is harvested) only rarely weigh in on the legality of harvested timber, European courts will not be able (either) to simply apply foreign legal rulings. Hence, the EUTR's provision on due diligence (which specify in what manner illegality has to be determined) is – as a matter of fact – very crucial to actualising the import prohibition. By enforcing the Regulation's due diligence provision, instead of relying on (quite unlikely) rulings by courts in timber-exporting countries, the EU Member States' courts can make use (and in fact, as we will see, they are recently *actually* starting making use) of other evidence in deciding whether the timber entering the EU market has been legally harvested.

3. The Timber Regulation also provides for the adoption of delegated and implementing measures by the Commission aiming, respectively, at supplementing the Regulation's content and at ensuring its uniform implementation by Member States. Consequently, following consultation with relevant stakeholders, in February and July 2012 the Commission adopted two acts of secondary legislation on the Regulation 995/2010, to complete its regulatory framework on *specific* issues on which implementation guidance seemed to be necessary and useful. Particularly on 23 February 2012, in the light of the power recognised under EUTR's Articles 6, 8 and 14 and in accordance with Article 290 TFEU, the Commission adopted the delegated Regulation 363/2012 establishing the (procedural) rules for its recognition and withdrawal of recognition of national monitoring organisations. Moreover, in line with EUTR's Preamble (recital 29) and in order to ensure uniform condition for implementation, on 6 July of the same year the Commission also adopted its implementing Regulation

⁴⁴ Such as, solid wood products, flooring, plywood, pulp and paper. As already mentioned, the timber products covered by the Regulation are listed in its Annex, using the EU Customs code nomenclature.

⁴⁵ On this point see, for instance, C. DREW, T. BARKER, *Analysis of Potential European Union Timber Regulation Scope Changes*, WWF Report, 2016, illustrating that 67% (by value, and 20% by volume) of products that contain or may contain wood do *not* fall under the scope of the Regulation.

607/2012. It includes detailed rules both on the frequency and nature of the checks by Member States' competent authorities on the monitoring organisations (to verify that they comply with the requirement of the Regulation) and on the risk assessment and risk mitigation measures which are part of the "due diligence system"⁴⁶.

Moreover, as during the consultation process for elaborating the Commission's secondary acts and after holding numerous bilateral meeting (with stakeholders, experts from Member States and members of the FLEGT Committee)⁴⁷ a common view emerged that not all issues regarding the EU Timber Regulation could *adequately* be addressed in the secondary legislation⁴⁸, it was agreed that a *guidance document* was necessary to better address the outstanding issues related to the EUTR and its non-legislative acts that had emerged as being in need for further clarification. Consequently, the Guidance Document for the EU Timber Regulation⁴⁹ was published by the Commission in September 2013, after being discussed and elaborated with the assistance of the FLEGT Committee. The document contains a series of guidelines, clarifications and definitions on ten issues included in as many chapters⁵⁰. They are preceded by an introduction (illustrating the possible role and legal relevance of these guidelines for States and operators) and are followed by two Annexes⁵¹. The list of issues covered by the Guidance document is considered by the Commission as "open" to be eventually revised (that is, to be further expanded and supplemented) in the light of the experience made in the application of the Timber Regulation. Consequently, in February 2016 (three years after the EUTR's entry into application on 3 March 2013) the Commission published, as mentioned, a *revised* version of the Guidance Document for the EU Timber Regulation⁵².

With respect to the scope and content of the revision made to the Guidance Document in 2016 by the Commission in the light of the first three years of applica-

⁴⁶ With respect to the latter measures (the most relevant to our analysis), Article 2 of the Commission's implementing Regulation specifies that operators have to apply the due diligence system "to each specific type of timber or timber product supplied by a particular supplier within a period not exceeding 12 months, provided that the tree species, the country or countries of harvest or, where applicable, the sub-national region(s) and concession(s) of harvest remain unchanged". Article 3 clarifies, in its turn, in which cases further information needs to be provided by operators on *a*) the full scientific name of tree species, *b*) the sub-national region where the timber was harvested and *c*) the concession of harvest. Finally, Article 4 specifies the criteria that certification or other third-party verified schemes referred to in the second paragraph of Article 6.1.b and in Article 6.1.c have to meet to be taken into account in the risk assessment and risk mitigation procedures.

⁴⁷ The FLEGT Committee includes officials of EU countries and works with the Commission (see Article 11 FLEGT Regulation (2005)).

⁴⁸ This for a number of reasons, such as (*inter alia*): *a*) the limits in scope of the Commission's implementing powers, *b*) the risk to restrict operators unnecessarily, by setting up a (too) rigid due diligence system, *c*) the risk to obviate their responsibility to adequately exercise due diligence.

⁴⁹ Commission's Guidance Document (2013).

⁵⁰ As for the Guidance's chapters most relevant to our analysis, the document for instance defines important terms of the Timber Regulation (such as, "placing on the market" – in chapter 4 – and "negligible risk" – in chapter 6), gives examples of cases in which a company would be considered an "operator" (in Annex I) and clarifies around the documents showing timber's compliance with applicable legislation (in chapter 4), the notion of "complexity of the supply chain" (in chapter 6), "the role of third parties verified schemes" (in chapter 6) and "composite products" (in chapter 8).

⁵¹ The two Annexes contain, respectively, an illustration of how the interpretation of "placing on the market" provided by the guidelines would apply in practice and examples of information on "composite products" that operators are required to collect under the due diligence system.

⁵² See Commission's Guidance Document (2016).

tion of the Regulation, the updated version presents some interesting amendments and additions when compared to the previous 2013 edition⁵³.

As to particularly the issue of the requirements for the documents showing timber's compliance with the country of harvest's legislation, the updated Commission's Guidance provides for important details. It establishes first of all that, in order to be able to exercise due diligence in accordance with Article 6.1 of EUTR operators "*must be able to evaluate the context and reliability of the documents they collect [as well as] to show they understand the links between the different information in the documents*". It also requires operators to assess these documents "*as a whole, with traceability throughout the supply chain*" as well as to check "*whether the different documents are in line with each other..., what exactly each document proves...and the reliability and validity of each document (meaning the likelihood of it being falsified or issued unlawfully)...*". Second, operators are (very significantly) required "*to take into account the risk of corruption specifically in relation to the forestry sector...*"; and, in cases where such a risk is not negligible, according to the guidelines "*even official documents issued by authorities cannot be considered reliable*" by operators. Furthermore, recognising that various sources provide generally available information about the level of corruption in a country (e.g. the Transparency International's Corruption Perception Index – CPI) and that "*a low CPI shows that further verification may be required (meaning that special care is necessary when checking the documents as there might be a reason to doubt their credibility)...*", the Guidance Document stresses that "*the higher the risk of corruption in a specific case, the more it is necessary to get additional evidence to mitigate the risk of illegal timber entering the EU market...*"⁵⁴. Admittedly, these elucidations significantly specify and "operationalize" (the actual content of) the "risk-based" due diligence obligation that EUTR establishes for the operators of the timber sector interested in placing for the first time their timber on the EU internal market. Relevant clarification on EUTR's provisions is also included in the new chapter 11 on the treatment of agents⁵⁵; and in the new chapter 12 on the use by operators of "due diligence certificates" in third countries⁵⁶.

⁵³ In the revised text the main modified elements include: *a*) the clarification of the requirements for documents showing timber's compliance with applicable legislation (in chapter 4), and *b*) the treatment of CITES-unlisted timber products made of CITES-listed species (in chapter 10 b)); while the additions concern: *c*) a new chapter on the treatment of Agents (chapter 11), and *d*) a new chapter on the treatment of Monitoring organisations (chapter 12).

⁵⁴ See the revised Guidance document (2016), at chapter 4, p. 7 (italics added). Examples of such additional evidence provided for by the Guidance document include: third-party-verified schemes, independent or self-conducted audits or timber-tracking technologies (e.g., with genetic markers or with stable isotopes).

⁵⁵ When defining the possible role of these actors and their position with respect to the obligations established by the Regulation's Articles 2, 6 and 10. For further details in this respect see section 2.2.3 of our chapter on the EU legal framework on trade in timber and timber products included in M. BUNGENBERG, M. KRAJEWSKI, C. TAMS, J. TERHECHTE, A.R. ZIEGLER (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2018.

⁵⁶ This issue (which is relevant to the implementation of EUTR's Article 8, Article 8 of the Regulation 363/2012 and Article 6 of the Regulation 607/2012) arises from the fact that some operators have been presented with certificates issued by non-EU sister companies of monitoring organisations and, in some cases, the operators (seem to) have been informed that these certificates relieve them from the obligation to exercise due diligence; but, the legislation does not explicitly address the treatment of such certificates. Consequently, as to these certificates the Guidance significantly stresses indeed that "receiving

Coming to the legal nature of the Commission's Guidance Document, it is worth mentioning that the same document's Introduction explicitly indicates that the Guidance does *not* have in itself a legally-binding effect, its (sole) purpose being rather "to provide explanations on certain aspects of the EU Timber Regulation and the two Commission non-legislative acts". It also specifies that the document "does not replace, add or amend anything to the provisions of the Regulation n. 995/2010, the Commission Regulations n. 363/2012 and 607/2012, which constitute the legal basis to be applied"⁵⁷. With respect to the possible role of the Guidance the Introduction, after having clarified that the issues it addresses "should not be considered in isolation as they, rather, must be used in conjunction with the legislation [they refers to]", adds that the whole document can certainly "be a useful reference material for everyone who will have to comply with the EUTR", as it provides important elucidations on parts of the legislative text that are or may be difficult to understand. On the other hand, the document may also "serve to guide national competent authorities and enforcement bodies in the process of implementation and enforcement of this legislative package"⁵⁸. A point, the latter, on which we will come back when discussing on recent (first) national case-law on Timber Regulation.

In the light of the above it is self-evident that, notwithstanding the non-legally binding nature of the Commission's Guidance Document, the clarifications and details it provides for (to the provisions of EUTR's legislative framework in general and to those of its due diligence system in particular) significantly specify, elucidate and "operationalize" the content of such framework. Consequently, in the light of the Commission's guidelines the EUTR's regulatory framework seems to be *better* (and possibly *more uniformly*) implementable and enforceable for – respectively – operators and national competent authorities on the one hand and for national courts on the other. This is particularly relevant, as far as our analysis is concerned, with respect to the elucidation and detailing of the obligations of the due diligence system, which are crucial – as mentioned – for the *very effectiveness* of the whole EUTR's legislative framework.

4. The entry into application of the Timber Regulation in March 2013 completes, in fact, the EU's anti-illegal logging regulatory framework (inaugurated, as mentioned, by the FLEGT Action Plan and further developed by the FLEGT Regulation with the establishment of its first *voluntary* pillar, based on the *bilateral* VPAs mechanism). The introduction in such a framework, by the Timber Regulation, of a second (*binding*) pillar based on a *unilateral* trade prohibition measure and – above all – on a *mandatory* due diligence system for the operators placing timber and timber products on the EU internal market, gives rise indeed to the most comprehensive legislative efforts to combat illegal logging in the world.

such a certificate *does not relieve* an operator to exercise due diligence as described under art. 6 EUTR" and that if a monitoring organisation (or its non-EU sister company) issues such a certificate, it "*should specify that this does not relieve* the operator of the due diligence obligation".

⁵⁷ Commission's Guidance Document (2013), p. 1.

⁵⁸ Commission's Guidance Document (2013), italics added. See also footnote 1 at p. 1 of the revised Guidance Document (2016) (stating however that "Nothing in this guidance document either replaces or substitutes direct reference to the instruments described", and reiterating also that "only the European Court of Justice can make final judgments on the Regulation's interpretation").

The very relevance of the Timber Regulation within the EU legislative framework on forest governance (in general) and in that against illegal logging (in particular) emerges, first, from the fact that it reduces the proportion of illegally harvested timber on the EU market (by incentivizing third States to stop illegality with a view to access the EU market). In this way, EUTR contributes to *overcome* the limits of effectiveness shown by the EU anti-illegal logging regime when *only* based on its VPAs pillar⁵⁹. Secondly, by prohibiting the placing on the EU market for the first time of illegal timber and imposing on non-State economic actors of the timber sector a due diligence obligation the EUTR *also* creates an *actual* (though indirect) *positive incentive* for timber-exporting countries to *negotiate* partnership agreements with the EU in order to benefit (via the emission of the related “FLEGT license”) of an automatic and “preferential” access to the EU internal market for their timber. In such a way, the EUTR not only *complete* the EU anti-illegal logging regulatory system but it also contributes to the *further development* of such system, by creating the factual condition for a strong interest of third (timber-exporting) countries in the negotiation of VPAs with the EU.

Moreover, the EUTR’s normative package also adds a significant value to the *international* framework on forest governance. This in terms of contribution it provides both to the efforts to halt deforestation and forest degradation, conserve biodiversity, reduce desertification and address climate change; and – also – to those aimed at reducing the economic and social impacts of illegal logging. At the same time, taking into account that – as already mentioned – the EU is a highly significant market for trade in timber worldwide, its legislative framework aimed at preventing the introduction of “illegally harvested” timber to the EU internal market has a (potentially) significant relevance also in terms of *actual* reduction of the *global* scale of such a trade at the international level. A further point of relevance of the Timber Regulation within the international regulatory regime on forest governance arises from the fact that, as explicitly recognized by the Regulation’s Preamble, in several timber-exporting countries (above all those where national legislation against illegal logging is either not adequate or not effectively implemented and enforced) trade in illegally harvested timber can also indirectly fuel armed conflicts⁶⁰. Under such a perspective the EUTR provides the EU with the opportunity to play a role not only in the promotion of economic development in the countries exporting timber to the EU internal market but also – indirectly – in the political stability and *security* of these countries.

As to the peculiar relevance of EUTR as a *regulatory* instrument, it relates to the fact that the Timber Regulation is the first EU legislative instrument establishing due diligence *obligations* on the operators of a specific economic sector. In other

⁵⁹ Given, as mentioned, the very limited interest of timber-exporting countries in entering into these agreements in absence of an *explicit* prohibition to place “illegal timber” on the EU internal market.

⁶⁰ Above all in certain highly “fragile States” (that is, politically unstable and economically backward African countries – such as the Democratic Republic of Congo or the Central African Republic), where illegal timber harvesting and the related trade are often a significant financing instrument for armed groups (with or without the involvement of transnational organised crime networks and, possibly, of terrorist groups): see S. LAWSON, *Illegal Logging in the Democratic Republic of the Congo*, Chatham House Energy, Environment and Resources Paper PP 2014/03; GLOBAL WITNESS, *The EU’s Responsibility to Act on Conflict Timber*, Briefing, June 2017, as well as GLOBAL WITNESS, *Blood Timber*, Report, July 2015 (both available at www.globalwitness.org).

words, EUTR is the first *regulatory* instrument that finally fosters a “good governance model” of harvesting in third (timber exporting) countries by making *binding* a due diligence system on the timber trading companies interested in placing their (timber) products on the EU internal market. Moreover, it is worth noting that the EUTR’s (*sectorial*) regulatory framework of forest governance is based on (and turns around) a *risk-based* mandatory system of due diligence, which – as a matter of fact – anticipates and preludes to the adoption at the *global* level (by the United Nations through their 2011 Guiding Principles on business and human rights)⁶¹ of an *international* standard of due diligence equally based on the *risk* of human rights adverse impacts (though non-legally binding). Last (but not least), as a sectorial *binding* instrument aimed at promoting environmentally sustainable development, economic growth, social benefits, political stability and therefore security in the countries exporting timber to the (highly lucrative) EU internal market, the Timber Regulation can certainly be – even – a significant and useful “regulatory model” for other EU regimes that are equally aimed at promoting these values *through trade*. The most significant parallel that may be drawn in this respect is that with the case of conflict minerals, a sector where – as it is well known – the EU is at present actively engaged in the development and implementation of a legislative framework aiming (via a due diligence obligation on importers) both at preventing fueling conflicts and serious human rights violations and at promoting sustainable economic development in mineral-rich countries⁶². Further relevant fields where the EUTR legislative regime could play an “exemplary role” may be those of biofuels⁶³ and palm oil⁶⁴.

5. The EU Timber Regulation entered into application on 3 March 2013. Since then it is legally binding on all EU Member States, which are consequently responsible for laying down effective, proportionate and dissuasive penalties and for enforcing its provisions⁶⁵. In accordance with EUTR’s Article 20, in 2015 the Commission completed its (first) review of the Regulation’s effectiveness during its first two

⁶¹ UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework* (developed by the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises and included in UNSRSG Final report to the Human Rights Council – UN Doc. A/HRC/17/31). The UN Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its Resolution 17/4 of 16 June 2011.

⁶² Regulation (EU) 821/2017 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas. See for a comment V. GRADO, *EU Approaches on ‘Conflict Minerals’: Are They Consistent with the UN/OECD Supply Chain Due Diligence Standards?*, in A. BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, Routledge, 2018 (forthcoming), and S. VAN DER VELDE, *The End of Conflict Minerals on the EU Market?*, ASSER Policy Brief No. 2017-01.

⁶³ Directive (EU) 1513/2015 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 amending Directive (EC) 70/1998 relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive (EC) 28/2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources.

⁶⁴ Regulation (EU) 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information of food information to consumers.

⁶⁵ A table with information (as at 22 February 2017) on the state of implementation of the Regulation by EU Member States (showing whether and how they comply with their obligations) can be found at ec.europa.eu. The table does not include, however, an assessment whether the penalties applicable to infringements of the provisions of the Regulation laid down by the Member States are effective, proportionate and dissuasive.

years of implementation⁶⁶. The outcomes of such review were included in an *ad hoc* report released on 18 February 2016⁶⁷.

The Commission's report finds that, generally speaking, the EU is on track to achieve its objectives to combat illegal logging and associated trade in illegal timber, though (some specific) challenges remain. Among the positive trends actually visible the Commission namely mentions the fact that EU operators are gradually taking steps to ensure the legality of their suppliers and that there is more awareness of the problem of illegal logging amongst EU consumers⁶⁸. Moreover, the Regulation seems to have also encouraged producer countries to develop systems assessing compliance with the requirements of the legislation. However, according to the report more effort is needed from both Member States and the private sector, to ensure effective and efficient application of the Regulation⁶⁹.

6. Three years after it came into application, the Timber Regulation started showing its "teeth" as to the actual enforcement of its provisions at the national level, with the appearance in 2016 of the first court cases on the Regulation before the national judges of the EU Member States. Several courts in EU Member States⁷⁰ have indeed recently recognised⁷¹ that the due diligence obligation had not been adequately implemented by operators importing timber or timber products from third countries to the EU internal market⁷². A brief overview of this case-law (and of some relevant decisions adopted by national competent authorities) is useful not only to highlight some interesting points that are starting to emerge from the evaluation by national judges of EUTR's provisions and of its implementing legislation, but also to identify possible trends arising from such recent case-law (and decisions).

Some interesting Swedish enforcement cases concern teak imports to the EU internal market from Myanmar, a large timber-exporting country whose forest legislation and harvesting practices have been often heavily criticised by NGOs⁷³. First, on

⁶⁶ The implementation review was made on the basis of Member States' biennial reports and inputs received through a public consultation and direct contacts with a broad range of stakeholders (including private sector and civil society). The results of the consultation are publicly available at ec.europa.eu, where the individual Member States' implementation reports are also available. The latter reports cover however only the period March 2013-March 2015, while the progress recorded after March 2015 is not included.

⁶⁷ EU Commission, EUTR Implementation Report of 18.2.2016, COM(2016)74 fin. According to EUTR's Article 20, the results of the evaluation will be used by the Commission to further improve the implementation and application of the Regulation.

⁶⁸ EUTR Implementation Report, at p. 4.

⁶⁹ EUTR Implementation Report, at p. 12. More specifically, it emerges from the report that since 2014 there has been significant progress in the implementation of Timber Regulation across the EU. While indeed in July 2014 there were 18 non-compliant Member States, in June 2015 the number was reduced to 4 (Greece, Hungary, Romania and Spain). Moreover, against these persistent non-compliant Member States in 2015 the Commission launched infringement procedures. Further infringement procedures have been recently also opened against Slovak (April 2017) and Belgium (October 2017).

⁷⁰ I.e. Sweden, the Netherlands, Germany, France and Great Britain.

⁷¹ In cases brought before them by national timber-importing companies sanctioned by governmental competent authorities for violating EUTR's provisions.

⁷² Mainly, from Myanmar, Cameroon, Brazil and the Democratic Republic of Congo.

⁷³ In October 2016 the London based NGO Environmental Investigation Agency (EIA), on the basis of the findings and substantiated concerns emerged from its investigations on Myanmar's teak exports to the EU (see EIA, *Overdue Diligence. Teak export from Myanmar in breach of EU rules*, October 2016, available at eia-international.org), submitted legal complaints in five EU Member States (Belgium,

5 October 2016 the Administrative Court of Jönköping *confirmed* the decision by the Swedish competent Forest Agency (Skogsstyrelsen) to sanction a timber-importing company (Almträ Nordic) for non-compliance with the due diligence requirements under the EUTR when it imported teak from Myanmar⁷⁴. The relevance of this first Swedish court case on EUTR arises from the fact that the importer Almträ Nordic did possess a document (the so called “Green Folder”) demonstrating that its timber complied with Myanmar’s forest legislation⁷⁵. However, despite *formal* possession of these papers, the Swedish Forest Authority was *not persuaded* that the timber was *actually* “legally harvested” in line with EUTR’s provisions⁷⁶. Such distrust by the Forest Authority (and its consequent request to Almträ Nordic of further evidence) was fully justified in fact by the many reports showing that Myanmar exports huge amounts of illegally logged timber (possibly with the “help” of MTE’s employees)⁷⁷; and it is also fully in line with the Commission’s Guidance Document for the EUTR⁷⁸. Against the Court decision no appeal was brought by Almträ Nordic, which rather announced it would stop its (direct) import of timber from Myanmar.

A second equally interesting Swedish case on the enforcement of EUTR concerns a further recent initiative (March 2017) by the Swedish competent Forest Agency. The latter first sent an *injunction* to a timber importing company (Retlog) to mitigate the risk for a Thai product containing Burmese teak; then – due to the lack of improvement of its due diligence system – the authority *prohibited* the com-

Denmark, Germany, Italy and the Netherlands) on placements of Burmese teak from Myanmar into the EU. These complaints regarded alleged insufficient due diligence process carried out by nine operators under the EUTR. The EIA ascribed the lack of compliance to insufficient information provided to the operators by the Myanmar Timber Enterprise (MTE). Moreover, in January 2017 EIA raised further substantiated concerns regarding also import of teak from Myanmar by operators in Belgium and the UK. Consequently to EIA’s complaints, the relevant competent national authorities started investigating on the substantiated concerns raised by the EIA’s report on the placement of teak from Myanmar into the EU. At the time of writing, national competent authorities (or, as we will see, even courts) in the Netherlands, Denmark, Sweden, Belgium, Germany and the UK have ruled that teak imports from Myanmar are unable to comply with EUTR. Cases submitted by EIA to national competent authorities are still pending in Italy and Spain. On 5 October 2017, the Italian competent authority (Ministry of Agricultural, Food and Forestry Policies, Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali) issued a guidance document specifically aimed at assisting operators and control authorities in the proper interpretation of EUTR’s provisions – and particularly those of its due diligence system – in relation to the import of timber from Myanmar (“Guidelines for direct import of wood from Myanmar”).

⁷⁴ Förvaltningsrätten Jönköping (Administrative Court Jönköping), case n. 2985-16, *Almträ Nordic AB v. Skogsstyrelsen*, 5 October 2016.

⁷⁵ These folders are compiled by the company Myanmar Forest Products Merchants’ Federation (MFP-MF) and include the permits issued by the State-owned company Myanmar Timber Enterprise (MTE, the sole official seller of timber and timber products from the country) and other official documents.

⁷⁶ Even if the areas where timber had been harvested were identified by the “Green Folder”, the latter according to the Forest Authority did not include the (required) documentation *clearly tracking* the timber supply chain (from MTE back to the forest of harvest).

⁷⁷ See e.g. EIA, *Overdue Diligence*.

⁷⁸ As mentioned, the Commission Document clearly explains (*inter alia*) that shortcomings in national governance significantly undermine the actual reliability of the documents proving compliance with applicable national legislation of the country of harvesting; and that it is therefore necessary “to take into account” the level of corruption existing in each specific country (see Guidance Document (2016), p. 7). These were precisely the circumstances existing in Myanmar.

pany from importing teak from Myanmar⁷⁹. What makes this case interesting is that, though the importer (even) hired Bureau Veritas to visit MTE with a view to clarifying the origin of the imported teak, this was still not sufficient to demonstrate that the timber was legally harvested as the visit did not provide *any further* information on the production process⁸⁰. The Swedish Agency therefore (rightly) interprets and applies the due diligence rules of EUTR⁸¹ in a way that makes more difficult for companies importing timber from countries with high level of corruption⁸².

Equally interesting are also the recent rulings on EUTR of two Dutch courts, concerning timber imports (respectively) from Cameroon and from Brazil. In the first court case, on 24 May 2017 the District Court Noord Holland, rejecting an appeal by the importing company (Fibois VB Purmerend) against a previous decision by the Dutch competent authority (the Netherlands Food and Consumer Product Safety Authority, Nederlandse Voedsel-en Warenautoriteit – NVWA)⁸³, *confirmed* the decision of the authority to sanction the importer for not having collected sufficient

⁷⁹ The prohibition decision adopted by the authority (the first in Sweden under the EUTR) *only* applies however to a specific teak Thai product (containing Burmese teak) imported by Retlog from a specific Thai supplier. In other words, the decision only prohibits the company from placing on the EU internal market the *specific* teak Thai product (also made by Burmese teak) from its specific Thai supplier.

⁸⁰ See *Biltemas logistikföretag förbjuds att sälja teak från Burma*, 22 March 2017, available at www.skogsaktuellt.se.

⁸¹ Such interpretation is indeed totally in line with EUTR (unequivocal) prohibition to place illegal timber on the EU internal market and the way the due diligence rules are formulated. Moreover, it has to be kept in mind that the revised Commission's Guidance Document clearly explains that the higher the risk of corruption in a specific case, the more it is necessary to get additional evidence to mitigate the risk of illegal timber entering the EU market; and it also mentions third-party schemes as a means of obtaining such additional evidence (p. 7). According to the Forest Agency, Retlog neither adequately implemented EUTR's provisions nor was able (by the visit of Bureau Veritas to MTE) to provide the required further evidence on the origin of the imported timber.

⁸² For developments on further prohibition decisions recently issued by the Swedish competent authority in May and July 2017, see the study mentioned at footnote 55. It is worth mentioning that following the Swedish developments on timber (teak) imports to the EU market from Myanmar, the Danish authorities on 17 March 2017 released in their turn a formal *injunction* against *all* Danish operators, ordering them to stop introducing into the country's market Myanmar's teak (see *Denmark sanctions entire Myanmar teak industry*, 16 March 2017, available at www.mizzima.com). Significantly, on the same day of the Danish authorities' injunction the Myanmar Ministry of Natural Resources and Environmental Conservation (MONREC) reacted to these developments, by a statement recognising that their current country system may be complex for external parties and may also present challenges for operators to demonstrate the chain of custody required for due diligence under the EU Timber Regulation. The Burmese authorities also stressed to be committed to improving these systems and have been working on developing a comprehensive Timber Legality Assurance System (MTLAS) that will meet international best practice standards (see MONREC, *Statement of progress in Timber Legality Assurance in Myanmar*, 16 March 2017). Moreover, in August 2016 Myanmar adopted a nationwide (temporary) logging *moratorium* that lasted till the end of March 2017. In June 2017 Myanmar also published a draft Forest Law, reported to include stricter penalties for – *inter alia* – illegal harvest of timber or misuse of harvesting permits, including fines and imprisonment (*Briefing Note for the Competent Authorities implementing the EU Timber Regulation*, June-July 2017, p. 4).

⁸³ According to the NVWA the timber importer Fibois did not comply with the EUTR rules when introducing a shipment of Azobé timber from Cameroon on the Dutch market. It therefore adopted a sanction measure whereby the operator would forfeit 1800 € for each cubic meter of wood and/or timber product placed on the EU market up to a maximum of 90.000 €. Interestingly, the NVWA's reasoning is (correctly) grounded on the fact that, given the high level of corruption in Cameroon, there is a high chance that the wood was not legally harvested and the company should have consequently exercised more caution.

verifiable information⁸⁴. According to the Court, the company – in particular – did not identify the origin of the shipment of timber and its risk inventory did not meet the requirements of the Timber Regulation. Moreover, as none of the risk-limiting measures required by the situation in Cameroon was taken by the importer Fibois, the Court agreed with the competent authority that the EUTR’s due diligence requirements have not been fully met and, consequently, the authority was allowed to sanction the importing company. Furthermore, in another more recent court case the Amsterdam District Court (ruling on an appeal by Greenpeace Netherlands against a previous decision of the Dutch competent authority NVWA) on 4 July 2017 decided that NVWA failed to enforce the EUTR without a proper reason in a number of cases where Dutch companies had imported timber from Brazil without complying with the EUTR’s due diligence requirements⁸⁵. Greenpeace Netherlands had originally requested the Dutch authority to inspect several companies importing timber from the Brazilian Amazon region and to sanction those non-compliant with the EUTR’s due diligence system. Upon this request, inspections were carried out and showed that, in fact, several Dutch operators were non-compliant with the Timber Regulation. However, the request for prosecution submitted by Greenpeace was rejected by the authority, which only issued written warnings to non-compliant importers⁸⁶. As mentioned, such decision of the authority was appealed by Greenpeace before the Amsterdam District Court, which (correctly) found the Dutch enforcement policy unreasonable where it classified violations of EUTR’s Articles 4.2, 4.3 and 5 as minor issues resulting in warnings only for first time offenders. Moreover, the Amsterdam Court recalled that the Timber Regulation was adopted in October 2010 and entered into application in March 2013, thereby allowing operators a *significant* amount of time to prepare for complying with its obligations. Lastly, the Court set out that when companies violate the law, the latter must be enforced and authorities can decide not to do so *only* in special circumstances, which were lacking however in the case at issue. Consequently, the decision of the Dutch authority not to prosecute importers non-compliant with EUTR was considered insufficiently motivated and hence *rejected* by the Court, which ordered the NVWA to take a new decision in six weeks⁸⁷.

⁸⁴ *B.V. X v de staatssecretaris van Economische Zaken*, Rechtbank Noord-Holland 24-05-2017, AWB - 16 5358, ECLI:NL:RBNHO:2017:4474 (available at uitspraken.rechtspraak.nl).

⁸⁵ *Stichting Greenpeace Nederland v de staatssecretaris van Economische Zaken*, Rechtbank Amsterdam 4-7-2017, AMS 15/5067, ECLI:NL:RBAMS:2017:4926, available at uitspraken.rechtspraak.nl.

⁸⁶ NVWA refused to sanction the companies notably on the ground that the rules *were still rather new* and it found therefore reasonable to provide operators with a further possibility to bring their business operations in line with the *new* legal regime. As a matter of fact, a guidance document on the enforcement policy under the Dutch nature protection legislation prescribed warnings to first offenders: see NVWA, Specific Intervention Policy Nature Protection Legislation (*Specifiek interventiebeleid natuurwetgeving*), IB02-SPEC08 natuur, version 2.1 of 16-07-2015.

⁸⁷ Besides the above mentioned Swedish and Dutch cases, similar court decisions on EUTR have been adopted over the last months in other EU Member States. In Germany, for instance, the Administrative Court of Cologne (*Verwaltungsgericht Köln*) dismissed an action against a measure of confiscation of shipments of timber (wengé wood) imported in Germany via Belgium from the Democratic Republic of Congo, which had been adopted in 2013 by the German competent authority (German Federal Agency for Agriculture and Food, *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, BLE): see *Briefing Note for the Competent Authorities implementing the EU Timber Regulation*, April-May 2017, p. 1. In its ruling the German Court agreed with the competent authority’s findings that the falsified supporting documents justified the confiscation. Furthermore, in Germany after reports of illegal logging in Myanmar, the national competent authority also carried out checks on companies importing teak from this country.

The above illustrated recent EUTR enforcement practice shows, first of all, that *all* companies placing timber on the market for the first time fall under the scope of the Timber Regulation, no matter whether they are transnational corporations, medium or small sized companies. Moreover, the EUTR's enforcement practice made by EU Member States' court rulings (but also, *lato sensu*, by national competent authorities' decisions) against those operators of the timber sector violating or not adequately complying with the Regulation's requirements also shows that EUTR is starting to take (actually) effect. Indeed, if until recently it seemed that EU Member States' competent authorities were (sometimes) "not willing" (and in other cases "not fully able") to start enforcing EUTR⁸⁸, the recent court decisions from Sweden and the Netherlands and the rulings from some other EU national judges show that the situation is starting significantly changing.

Overall, these cases can also actually help operators, competent authorities and judges in other EU Member States to better understand, apply and enforce EUTR in practice. At the same time, the court cases enforcing EUTR's provisions significantly contribute (and they will increasingly do so in the future) to creating a body of "due diligence jurisprudence", able in its turn to (further) clarifying the details of the obligations of due diligence for timber importers thereby operationalising EUTR's due diligence requirements. In this respect, the Commission's Guidance Document for the EUTR certainly contribute to provide for more clarity on important practical aspects of the due diligence system. Finally, it is clear that the way in which "due diligence" is interpreted (and enforced) within the EUTR regime could, also, be quite relevant to (and useful for) other EU legislative regimes where due diligence obligations are imposed on EU importers.

On findings that none of them complied with EUTR's due diligence requirements, such authority issued *injunctions* ordering the operators to take additional measures to ensure that the risk of illegality is reduced to a negligible level (see www.ble.de). Significantly in March 2017 the same authority also warned operators importing timber from Myanmar that the EUTR due diligence obligation requires them to go *beyond* official documentation and to trace timber back to not only the country but also the region of origin. Operators were warned that, in the future, if they do not comply with the injunctions, they might be imposed sanctions. In France, the Tribunal of La Rochelle is investigating a number of companies importing timber from the Democratic Republic of Congo, after Greenpeace France filled a criminal complaint against them. Greenpeace claimed that companies were violating EUTR obligations (i.e. the prohibition to import illegal timber and the obligation to conduct due diligence). This follows a previous case against illegal timber imports from the DRC, also brought by Greenpeace France, which was closed by the public prosecutor (see Client Earth, EUTR News, March-May 2017, p. 5). Finally, in the United Kingdom last 25 October 2017 at Westminster Magistrates Court a company (Angora 2011 Limited, trading as Lombok) was *convicted* (and fined 5,000 £ plus costs) after pleading guilty at the first hearing for failing to exercise the required due diligence under EUTR when placing artisan sideboard on the markets imported on June 2016 from India. A previous breach of relevant EUTR provisions had earlier been identified by the British competent authority and it led to a *notice of remedial action* being served on Lombok on 28 April 2015. This was followed by a *warning letter* dated 7 October 2015 when the company failed to comply with notice. On October 2016, the authority's officers visited Lombok's central London showroom and found the required due diligence checks had not been made for an artisan sideboard for sale imported from India. See UK Government, Press Release: *Company fined for failure to check product was made from legally-harvested timber*, 1 November 2017 (available at www.gov.uk).

⁸⁸ As the Dutch Greenpeace case shows, there was sometimes a sort of reluctance by national authorities to apply the relevant EUTR's provisions even in cases when operators were found not being in compliance with the Regulation's due diligence system.

7. In conclusion, the EU's legislative framework on timber trade – based on the unilateral and binding EUTR's regulatory pillar – can play a relevant role in improving timber governance in producing countries and, therefore, in contributing to the sustainable (environmental, economic and social) development of both these countries and (indirectly) of the EU itself.

Moreover, in fostering sustainable development and human rights in third countries *through trade mechanisms* establishing unilateral or bilateral conditional access to the EU internal market for foreign timber and timber products⁸⁹, the EU's legal framework on timber governance is – also – in line with the recent evolution experienced by EU external trade policy in the light of the general objectives of its external action as established by Article 21 TEU⁹⁰. That is, with the Lisbon Treaty's call on the EU external action to take environmental and human rights values “on board”.

Abstract

Recent Developments in the Implementation and Enforcement of the EU Timber Regulation: Signals of an Emerging “Due Diligence Jurisprudence”?

This paper assesses the EU Timber Regulation since its entry into application on 3 March 2013. After examining the original content, scope and recent normative evolution of the EUTR's regulatory system, it investigates both the Regulation's very effectiveness (in the light of its actual implementation by EU Member States in the period 2013-2017) and its recent enforcement by EU countries' national courts. The paper also discusses the position of the Timber Regulation within the whole EU anti-illegal logging policy framework and the role that EUTR (as a *unilateral* EU trade regulatory measure) could possibly provide as a “model” for other EU legislative regimes.

⁸⁹ Cf. also, recently, and D. GERAETS, B. NATENS, *Governing through Trade in Compliance with WTO Law: A Case Study of the European Union Timber Regulation*, in J. WOUTERS *et al.* (eds.), *Global Governance through Trade*, Cheltenham, 2015, p. 272 ff.; W.T. DOUMA, S. VAN DER VELDE, *Protection of Fundamental Rights in Third Countries through EU External Trade Policy: The Case of Conflict Minerals and Timber*, in C. PAULUSSEN *et al.* (eds.), *Fundamental Rights and International and European Law*, The Hague, 2016, p. 101 ff.; W.T. DOUMA, *The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments*, in *European Business Law Review*, 2017, p. 197 ff.

⁹⁰ See, *inter alia*, also for further bibliographical references E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione Europea*, Torino, 2012, p. 138 f.; C. VEDDER, *Linkage of the Common Commercial Policy to the General Objectives for the Union's External Action*, in C. HERMANN, M. KRAJEWSKI, J. P. TERHECHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2013, p. 115 ff.; M. CREMONA, *Values in EU Foreign Policy*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (eds.), *I valori dell'Unione Europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 3 ff.; M. CREMONA, *A Quiet Revolution - The Changing Nature of the EU's Common Commercial Policy*, in M. BUNGENBERG *et al.* (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, p. 3 ff. On Article 21 TEU see (also for further bibliographical references), M.E. BARTOLONI, E. CANNIZZARO, *Commento all'articolo 21 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, II ed., p. 232 ff.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 27 ff.; and A. ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU's Common Commercial Policy: A Test of Coherence*, in M. BUNGENBERG *et al.* (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, p. 111 ff.

Ilaria Anrò*

Tardiva trasposizione della direttiva 2004/80 e responsabilità dello Stato: nuove pronunce e nuovi interventi del legislatore

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I presupposti della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea. – 3. L'*iter* di trasposizione della direttiva 2004/80 sull'indennizzo delle vittime di reato. – 4. La sentenza della Corte d'appello di Torino: il caso e le questioni all'esame dei giudici. – 5. L'interpretazione della nozione di "reati intenzionali violenti": la portata del precetto della direttiva 2004/80 e il margine di discrezionalità dello Stato. – 6. L'interpretazione dell'art. 12 della direttiva 2004/80 alla luce della sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2016, tra situazioni puramente interne e discriminazioni alla rovescia. – 7. La previa escussione dell'autore del reato. – 8. I recenti interventi del legislatore italiano.

1. La direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, ha stabilito un sistema di cooperazione tra gli Stati UE per garantire a tutte le vittime di un reato, commesso in uno Stato diverso da quello in cui hanno la residenza, di conseguire un indennizzo da detto Stato, ove l'autore del reato sia ignoto o insolvente. La direttiva dispone poi che gli Stati – per l'operatività del meccanismo di cui sopra – si dotino di un generale sistema di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti commessi nei relativi territori, a favore delle vittime, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato¹.

Come noto, l'Italia si è resa responsabile di una duplice infrazione con riferimento alla trasposizione di detta direttiva. La prima è stata accertata con la sentenza del 29 novembre 2007, avente ad oggetto la mancata adozione nel termine prescritto delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie

* Ricamatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

¹ L'art. 12 della direttiva prevede al par. 1 che "[l]e disposizioni della presente direttiva riguardanti l'accesso all'indennizzo nelle situazioni transfrontaliere si applicano sulla base dei sistemi degli Stati membri in materia di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori". Il par. 2, invece, sancisce che "[t]utti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime".

per conformarsi alla direttiva². Con la più recente pronuncia dell'11 ottobre 2016, la Corte di giustizia ha, invece, censurato l'Italia per aver omesso di adottare tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti, con particolare riferimento all'art. 12, par. 2, della direttiva³.

Solo con la l. 7 luglio 2016, n. 122⁴, articoli 11-16, l'Italia ha tentato di porre rimedio al proprio (duplice) inadempimento, istituendo un meccanismo di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti, ma con una serie di limitazioni oggettive e soggettive⁵. Inoltre, la l. 122/2016 ha delegato il Governo (in particolare, i Ministri dell'Interno e della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze) il compito di adottare un decreto di attuazione per determinare la quantificazione dell'indennizzo: tale delega avrebbe dovuto essere esercitata entro il 23 gennaio 2017, ma il decreto è stato emesso solo nell'agosto 2017 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale ad ottobre dello stesso anno⁶. Il legislatore è nuovamente intervenuto, recentemente, con la legge europea 2017⁷, modificando la l. 122/2016 per scongiurare nuovi addebiti di infrazione da parte della Commissione europea.

Nel quadro della situazione sopra delineata, si inserisce la giurisprudenza, in quanto, nelle more del procedimento di trasposizione della direttiva, diverse vittime di reati intenzionali violenti, commessi in Italia, nell'impossibilità di conseguire il risarcimento del danno dall'autore del reato (perché ignoto o insolvente), hanno tentato di ottenere ristoro del pregiudizio subito dallo Stato italiano, esercitando un'azione di responsabilità nei confronti di quest'ultimo proprio per la mancata attuazione della direttiva. Come evidenziato nel seguito, la giurisprudenza ha spesso adottato soluzioni e percorsi argomentativi differenti. In particolare, si sono delineati due opposti filoni giurisprudenziali: secondo un primo orientamento, la direttiva 2004/80, nel perseguire l'obiettivo di una maggiore tutela della libertà di circolazione delle persone ai fini della realizzazione del mercato interno e, dunque, garantire l'indennizzo in situazioni transfrontaliere, presuppone che gli Stati si dotino di un sistema di indennizzo generale per le vittime di reati intenzionali violenti, anche in situazioni puramente interne⁸, con conseguente accertamento della responsabi-

² Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2007, causa C-112/07, *Commissione c. Italia*.

³ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2016, causa C-601/14, *Commissione c. Italia*. Per un commento v. M. BONA, *Vittime di reati violenti intenzionali: la Corte di giustizia dichiara l'inadempimento dell'Italia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, p. 470 ss.

⁴ "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, Legge europea 2015-2016".

⁵ Dubbi circa la conformità della normativa italiana alle prescrizioni della direttiva e quindi circa la possibilità che tale intervento possa essere considerato sufficiente dalla Commissione sono stati espressi da C. AMALFITANO, *Sull'indennizzo delle vittime da reato l'Italia cerca di riparare*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 ore*, n. 46, 12 novembre 2016, p. 38 ss., nonché da M. BONA, *op. cit.*

⁶ Cfr. d.m. del 31 agosto 2017, "Determinazione degli importi dell'indennizzo alle vittime dei reati intenzionali violenti".

⁷ Cfr. l'art. 6 della l. 20 novembre 2017, n. 167, "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, Legge europea 2017".

⁸ In questo senso, v. Tribunale di Torino, sentenza del 3 maggio 2010, n. 3145, sez. IV, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 3057 ss., con commento di M. CONDINANZI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di cassazione*, confermata da Corte d'appello di Torino, sentenza 23 gennaio 2012, sez. III, reperibile su

lità dello Stato italiano per aver omesso di procedere in tal senso. Il secondo – e, ad oggi, prevalente orientamento –, invece, ritiene che la direttiva 2004/80 non imponga un tale indennizzo per le situazioni puramente interne, lasciando allo Stato piena discrezionalità sul punto, con conseguente rigetto di tutte le domande di risarcimento avanzate da residenti in Italia vittime di reati intenzionali violenti sul medesimo territorio, nei confronti dello Stato italiano, non potendo addebitarsi allo stesso alcuna violazione del diritto UE⁹. I sostenitori di questo secondo indirizzo si fondano spesso anche su una ordinanza della Corte di giustizia, ove la stessa, interpellata mediante rinvio pregiudiziale dal Tribunale di Firenze in una situazione priva di elementi transfrontalieri, si è dichiarata “manifestamente incompetente”¹⁰. Occorre dire che la Corte ha, in tal caso, precisato che dalla decisione di rinvio non emergevano elementi da cui desumere che il diritto italiano fosse tenuto a riconoscere alla vittima residente in Italia gli stessi diritti garantiti dal diritto dell’Unione ai residenti in altri Stati membri: ove il giudice del rinvio avesse precisato tale circostanza, la Corte si sarebbe, invece, probabilmente pronunciata¹¹.

In questo panorama si inserisce una recente pronuncia della Corte d’appello di Torino¹² che riapre il dibattito sulla tutela effettivamente accordata alle vittime di reati intenzionali violenti, tra norme UE e legislazione nazionale. La sentenza è particolarmente degna di interesse anche perché è una delle prime pronunce della giurisprudenza di merito dopo la pubblicazione della seconda sentenza di accertamento dell’infrazione della Corte di giustizia¹³, la quale ha ovviamente influenzato la decisione del giudice sabauda, anche se in un modo non del tutto prevedibile e – ad opinione di chi scrive – condivisibile. Inoltre, tale pronuncia è di poco precedente ai più recenti interventi normativi, a cura del Governo e del legislatore che, tuttavia, non paiono aver risolto i dubbi in materia, né aver fugato del tutto il rischio di nuove procedure di infrazione.

2. Il tema della responsabilità dello Stato per la violazione del diritto UE è fin troppo noto e basterà qui ricordarne i principali tratti¹⁴. Come è noto, il principio

Dejure.it; Tribunale di Milano, sentenza del 26 agosto 2014, n. 10441, sez. I, *ivi*, confermata da Corte d’appello di Milano, sentenza del 18 aprile 2017, n. 1653, sez. I, in www.personaedanno.it. Per entrambe le cause è attualmente pendente il giudizio presso la Corte di cassazione.

⁹ Sentenze del Tribunale di Torino, del 28 dicembre 2013, sez. I (inedita); del 20 novembre 2014, sez. IV, e del 18 aprile 2017, n. 2067, sez. IV, reperibili su *Dejure.it*.

¹⁰ Ordinanza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2014, causa C-122/13, *Paola C.*

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2016, causa C-268/15, *Ullens de Schooten*.

¹² Sentenza della Corte d’appello di Torino del 4 agosto 2017, n. 1827, sez. III, inedita. La notizia della sentenza è stata pubblicata *online* su *La Stampa.it* il 19 agosto 2017.

¹³ Nello stesso anno, a pochi mesi dalla pronuncia della Corte di giustizia, si registrano le già ricordate sentenze della Corte d’appello di Milano del 18 aprile 2017, n. 1653, sez. I, e del Tribunale di Torino, in pari data, n. 2067, cit.

¹⁴ Per un inquadramento generale del tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE v. A. BIONDI, M. FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Amsterdam, 2009; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell’Unione*, Milano, 2012; A. DI MARCO, *La responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazioni del diritto dell’UE*, Napoli, 2017. Con specifico riferimento alla direttiva 2004/80 si veda anche il contributo di M. WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, p. 923 ss.; R. MASTROIANNI, *La*

della risarcibilità del danno derivante al singolo dalla violazione del diritto UE da parte dello Stato è stato affermato dalla celebre sentenza *Francovich*¹⁵, innanzitutto con riferimento all'attività del legislatore. In quel caso si trattava della mancata trasposizione da parte dello Stato di una direttiva volta ad istituire un sistema di indennizzo ai fini previdenziali ed il risarcimento del danno fungeva quale rimedio per l'assenza di effetto diretto della norma della direttiva invocata dai ricorrenti nel giudizio *a quo*. Successivamente, la giurisprudenza comunitaria ha esteso detta responsabilità anche ad ipotesi in cui la norma violata era caratterizzata da effetto diretto¹⁶, inquadrando detto strumento quale rimedio complementare all'invocabilità stessa della norma dell'Unione di fronte al giudice nazionale.

Secondo quanto dettato dalla Corte di giustizia, la responsabilità ricorre ove vi sia una violazione sufficientemente caratterizzata, ovvero grave e manifesta, di una norma comunitaria preordinata a conferire diritti ai singoli e sussista il nesso di causalità tra la violazione ed il danno, a prescindere dall'elemento soggettivo (dolo o colpa). Il carattere manifesto e grave può desumersi da diversi elementi, che la Corte elenca a titolo esemplificativo: "il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale [riservato] alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere" alla violazione¹⁷. Detta violazione deve ritenersi comunque manifesta e grave ove essa permanga nonostante una sentenza di accertamento per infrazione da parte della Corte di giustizia (sebbene questa non sia di per sé condizione di procedibilità per la domanda di risarcimento)¹⁸. Lo Stato è responsabile non solo se la violazione è addebitabile al legislatore, ma anche se essa deriva dal fatto dell'amministrazione o del giudice¹⁹.

La giurisprudenza della Corte di giustizia non si è, invece, mai pronunciata sulla natura di detta responsabilità, ovvero se la stessa fosse qualificabile come contrattuale o extracontrattuale, lasciando tale decisione all'autonomia procedurale degli Stati membri. La giurisprudenza italiana ha inizialmente ravvisato il suo carattere extracontrattuale, applicando conseguentemente il regime di prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2947 c.c., sebbene non mancasse un orientamento minoritario che rifiutava, invece, di qualificare come illecito il comportamento del legislatore. Sul punto sono poi intervenute le SS.UU. della Cassazione, le quali hanno affermato che il comportamento del legislatore italiano che ometta di trasporre entro il termine

responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, II, Napoli, 2014, p. 1087 ss.; F. CHIOVINI, *Incompleta trasposizione della direttiva sull'indennizzo delle vittime di reato: la responsabilità dello Stato italiano all'attenzione dei tribunali nazionali e, ancora una volta, della Corte di giustizia*, in *Eurojus.it*, 2 aprile 2015.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1993, causa C-6/90, *Francovich*.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*.

¹⁷ *Ivi*, punto 56.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*.

¹⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, e del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

una direttiva può essere qualificato come anti-giuridico solo nell'ordinamento UE, ma non in quello nazionale. Conseguentemente, il danno patito dal singolo quale conseguenza della condotta del legislatore deve essere indennizzato, ma non risarcito come se fosse conseguenza di fatto illecito. Lo Stato sarebbe pertanto responsabile unicamente di un inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria, per attività non anti-giuridica, con la conseguente applicazione di un termine di prescrizione decennale²⁰.

Pochi anni dopo, nel 2012, sul punto interveniva il legislatore italiano, il quale, con la legge di stabilità, qualificava la discussa responsabilità come extracontrattuale, riconoscendo l'applicabilità del termine di prescrizione quinquennale e ponendo fine ai contrasti giurisprudenziali sul punto²¹.

Più recentemente, il legislatore è intervenuto anche sulla questione della responsabilità per fatto del giudice, a seguito di alcune pronunce della Corte di giustizia, la quale aveva censurato più volte la nostra normativa sul punto, ritenendola non idonea ad assicurare una tutela effettiva di chi avesse subito un pregiudizio a causa del potere giudiziario, specie nel caso in cui l'illecito fosse derivato dall'inosservanza del diritto UE²². Con la l. 27 febbraio 2015, n. 18 è stata modificata la precedente l. 117/1988, c.d. legge Vassalli, prevedendo la responsabilità dei giudici anche in ipotesi di violazione manifesta della legge, nonché del diritto UE, con colpa grave (art. 2, co. 3, l. 117/1988). La nuova normativa precisa anche che, per determinare la sussistenza di una "violazione manifesta" della legge o del diritto UE, occorre tenere conto del grado di chiarezza e precisione delle norme violate, nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza, risultando evidente l'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia nella specificazione di tali criteri. Inoltre, con particolare riferimento alla violazione inerente al diritto UE, la novella legislativa ha indicato anche la necessità di valutare, nell'accertamento della responsabilità del giudice, la mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, co. 3, TFUE, nonché il contrasto dell'atto o del provvedimento del giudice con l'interpretazione espressa della Corte di giustizia (nuovo art. 2, co. 3 *bis*, l. 117/1988).

²⁰ Cfr. sentenza della Cass. civ., SS.UU., del 17 aprile 2009 n. 9147. Per un'analisi di tale impostazione v. M. CONDINANZI, *op. cit.*, spec. p. 3065 ss.

²¹ L'art. 4, co. 43, l. 12 novembre 2011, n. 183, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2012)", dispone: "La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato".

²² Cfr. le sentenze della Corte di giustizia *Traghetti del Mediterraneo* e del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione c. Italia*. Era stata avviata anche la procedura n. 2009/2230 del 26 settembre 2013, ai sensi dell'art. 258 TFUE, per non conformità al diritto UE della l. 13 aprile 1988, n. 117, relativa al risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati, poi archiviata proprio grazie al menzionato intervento del legislatore. Per un approfondimento si rinvia a S. MONICI, *Responsabilità dello Stato per fatto del giudice. Qualcosa finalmente si muove?*, in *Eurojus.it*, 27 novembre 2014, e I. ANRÒ, *Responsabilità civile dei magistrati: l'Italia si adegua alle richieste dell'Unione europea?*, *ivi*, 4 marzo 2015.

3. Come ricordato, il difficoltoso *iter* di recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva 2004/80 ha dato origine a ben due procedure di infrazione *ex art.* 258 TFUE, nonché a diverse pronunce di accertamento della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE da parte dei giudici di merito²³.

La direttiva 2004/80 era diretta ad istituire un meccanismo di cooperazione tra le autorità di diversi Stati membri finalizzato a riconoscere alle vittime di reati intenzionali violenti un indennizzo da parte dello Stato sul cui territorio è stato commesso il crimine, quando l'autore resta ignoto, è insolvente o irreperibile, in situazioni transfrontaliere (art. 12, par. 1), nonché ad imporre – quale presupposto per l'operatività di detto meccanismo – la creazione di un sistema di indennizzo generale a tal fine (art. 12, par. 2). Gli Stati avrebbero dovuto dotarsi del sistema di cui all'art. 12, par. 2, entro il 1° luglio 2005, mentre per le restanti norme della direttiva il termine era fissato al 1° gennaio 2006.

Il primo atto di recepimento in Italia della direttiva è stato realizzato con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 204, il quale non è valso ad impedire l'accertamento per l'omessa trasposizione, compiuto con la sentenza del 29 novembre 2007 della Corte di giustizia. Tale trasposizione risultava, infatti, tardiva, oltre che puramente formale: il d.lgs. si limitava a disciplinare alcuni aspetti procedurali, tra cui la designazione dell'autorità competente per l'indennizzo, nonché di quella per l'assistenza della vittima, senza individuare le fattispecie di reati intenzionali violenti o precisare i requisiti dei soggetti indennizzabili. Seguiva nel 2008 un decreto ministeriale relativo alla disciplina dell'attività di competenza delle procure generali presso le Corti d'appello, anch'esso unicamente diretto ad aspetti organizzativi²⁴.

Successivamente, la Corte di giustizia è tornata a censurare lo Stato italiano con la sentenza dell'11 ottobre 2016, ove ha accertato l'infrazione consistente nella mancata adozione di tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, in situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti, in violazione dell'art. 12, par. 2. In questo secondo caso, infatti, la Corte ha riconosciuto che la normativa italiana, limitandosi a rinviare a leggi speciali che prevedevano l'indennizzo delle vittime solo per alcune fattispecie criminose (quali i reati in materia di terrorismo o di usura) non ha adempiuto alla prescrizione della direttiva di istituire detto sistema per tutti i reati intenzionali violenti²⁵. La Corte ha precisato che, se è pur vero che la direttiva è volta alla tutela dei cittadini che esercitano il proprio diritto di circolazione, e quindi in situazioni transfrontaliere, e dunque, non riguarda in linea di principio le situazioni puramente interne, ciò non toglie “che l'art. 12, paragrafo 2, di tale direttiva imponga ad ogni

²³ Per una ricostruzione completa dell'*iter* di trasposizione, nonché per una valutazione critica della normativa italiana recentemente adottata si rinvia nuovamente a C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 38 ss., nonché a M. BONA, *op. cit.* In tema di responsabilità dello Stato e trasposizione della direttiva 2004/80 si vedano anche i contributi di R. MASTROIANNI, V. BOCCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo dei reati*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 283 ss., nonché di M. CARTA, *Quali diritti per le vittime di reati intenzionali violenti secondo il diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 85 ss.

²⁴ Decreto n. 222 del 23 dicembre 2008.

²⁵ Punto 51.

Stato membro di adottare, al fine di garantire l'obiettivo da essa perseguito in siffatte situazioni, un sistema nazionale che garantisca l'indennizzo delle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento sul proprio territorio"²⁶, con un passaggio non del tutto privo di ambiguità, che si presta a diverse interpretazioni.

L'intervento del legislatore, con la già ricordata l. 122/2016, articoli 11-16, avrebbe dovuto porre fine alla situazione di incertezza che ha causato la duplice infrazione (senza comportare tuttavia alcuna condanna al pagamento di una sanzione, trattandosi di due procedure *ex art. 258 TFUE*), prevedendo una serie di norme per garantire l'indennizzo alle vittime di reati intenzionali violenti. Ai sensi delle citate disposizioni della l. 122/2016, l'indennizzo era previsto a favore delle vittime di reati dolosi commessi con violenza alla persona, nonché del reato di cui all'art. 603 *bis* c.p. (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), con l'esclusione dei reati di cui agli articoli 581 e 582 c.p. (percosse e lesioni), a meno che ricorrano le circostanze aggravanti di cui all'art. 583 c.p. Detto indennizzo era limitato al rimborso delle spese mediche ed assistenziali, ad eccezione dei reati di violenza sessuale ed omicidio, indennizzati, al contrario, anche ove non vi siano spese di questo tipo da rimborsare, ed era subordinato alla presentazione di una apposita domanda nel termine di sessanta giorni dalla decisione attestante il fatto che l'autore del reato è rimasto ignoto, ovvero dall'ultimo atto dell'azione esecutiva esperita contro questi. Inoltre, l'indennizzo era stato limitato alle vittime che sono titolari di un reddito annuo non superiore a quello previsto per l'ammissione al gratuito patrocinio e che abbiano già esperito inutilmente un'azione esecutiva nei confronti dell'autore del reato, a meno che questi sia rimasto ignoto. La vittima veniva, però, esclusa dall'indennizzo ove avesse concorso, anche colposamente, alla commissione del reato ovvero di reati connessi al medesimo e se fosse stata condannata con sentenza definitiva ovvero, alla data di presentazione della domanda, sia sottoposta a procedimento penale per uno dei reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. o per reati in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Inoltre, la l. 122/2016 stabiliva chiaramente che la vittima non avrebbe dovuto percepire, per lo stesso fatto, alcuna somma erogata a qualunque titolo da soggetti pubblici o privati. Dubbi sull'adeguatezza di tale normativa rispetto alle prescrizioni della direttiva sono stati tempestivamente espressi da autorevole dottrina, soprattutto in considerazione delle limitazioni poste all'indennizzo che, invece, dovrebbe essere sempre equo ed adeguato in virtù delle norme della direttiva e certamente non subordinato a condizioni reddituali²⁷. Peraltro, l'indennizzo – secondo l'impianto normativo – viene erogato da un fondo, il "Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell'usura e dei reati intenzionali violenti", alimentato da un contributo annuale dello Stato pari a 2.600.000 euro a decorrere dall'anno 2016. È possibile che tale Fondo non sia capiente per tutte le richieste: in tal caso i richiedenti hanno diritto ad un accesso al Fondo in quota proporzionale e all'integrazione delle

²⁶ Punto 49.

²⁷ Cfr. di nuovo C. AMALFITANO, *op. cit.*, e M. BONA, *op. cit.*

somme non percepite dal Fondo medesimo negli anni successivi, senza interessi, rivalutazioni ed oneri aggiuntivi²⁸.

Peraltro, la l. 122/2016 non prevedeva nulla per la disciplina delle situazioni anteriori all'entrata in vigore della legge, né norme transitorie. Inoltre, la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo è rimessa dalla l. 122/2016 ad un successivo decreto attuativo che avrebbe dovuto essere adottato entro il 23 gennaio 2017 (su cui v. *infra*, par. 5).

4. Nella notte del 16 maggio 2009, le signore R.G. e A.G, residenti in Italia, perdevano la vita nella propria abitazione a causa dell'incendio dolosamente provocato da Matteo Acerbi, che per tale fatto veniva condannato ad una pena detentiva di 30 anni. Egli veniva altresì condannato al risarcimento del danno a favore dei congiunti delle due vittime. I congiunti si rivolgevano, quindi, al Tribunale di Torino per chiedere la condanna dello Stato al risarcimento del danno per la mancata o non integrale trasposizione della direttiva 2004/80, in particolare della norma che dal 1° luglio 2005 prevede che gli Stati UE garantiscano adeguato ed equo ristoro alle vittime di reati intenzionali violenti impossibilitati a conseguire dai loro offensori il ristoro per il pregiudizio subito. Le vittime non avviavano, invece, alcuna procedura esecutiva nei confronti dell'autore del reato, ritenuto incapiente perché ristretto in carcere.

Il Tribunale di Torino, con sentenza del 13 luglio 2015, respingeva le domande degli attori, sulla base della propria interpretazione della direttiva 2004/80²⁹. Secondo il Tribunale, la fattispecie in esame doveva essere ritenuta “puramente interna”, essendo le vittime del reato residenti in Italia, e pertanto collocandosi al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva. Dunque, la condotta dello Stato italiano, che ha previsto nella propria legislazione l'indennizzo solo per alcune fattispecie di reato, non potrebbe integrare una violazione grave e manifesta, in quanto la direttiva 2004/80 avrebbe concesso agli Stati un ampio margine di discrezionalità nella scelta della disciplina da adottare, senza imporre l'estensione di tale sistema ai soggetti residenti nel proprio Stato in maniera generalizzata: di conseguenza, non si potrebbe addebitare all'Italia la mancata instaurazione di detto meccanismo di indennizzo per i propri cittadini, avendo agito lo Stato nei limiti concessi dalla normativa dell'Unione. In tal senso, il Tribunale di Torino dichiarava di conformarsi all'orientamento del Tribunale di Trieste (sentenze nn. 741/2014 e 328/2013), della Corte d'appello di Roma (sentenza del 9 maggio 2014), nonché delle proprie precedenti sentenze (del 28 dicembre 2013, del 20 novembre 2014 e del 15 aprile 2015) che avevano accertato l'assenza di responsabilità dello Stato proprio in ragione dell'indeterminatezza della norma di cui si rimproverava la mancata attuazione – l'art. 12, par. 2, della direttiva – circostanza che escluderebbe la violazione grave e manifesta. Secondo il giudice di prime cure, dirimente a questo fine sarebbe, inoltre, la pronuncia della Corte di giustizia del 30 gennaio 2014, ove essa si era ritenuta manifestamente incompetente a rispondere ad un quesito pregiudiziale sollevato

²⁸ Cfr. l. 122/2016, art. 14.

²⁹ Sentenza del Tribunale di Torino del 13 luglio 2015, n. 4954, sez. IV, inedita.

dal Tribunale di Firenze trattandosi di questione puramente interna³⁰. Il Tribunale sabauda riconosce l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale contrario, anche in ipotesi di situazione puramente interna, ma ritiene di non dovervi aderire.

Nell'ambito del giudizio di appello torna ad essere centrale la questione dell'interpretazione della direttiva, ovvero – in particolare – se questa imponga agli Stati di prevedere un meccanismo di indennizzo per le vittime di tutti i reati intenzionali violenti, sia in situazioni nazionali che transfrontaliere, dettando indicazioni chiare e precise in questo senso, o – al contrario – solo per alcuni reati e solo per i residenti in Stati membri diversi da quello in cui è stato commesso il fatto. Ove, infatti, l'art. 12, par. 2, fosse un precetto dai connotati indeterminati e generici, non vi sarebbe spazio per l'accertamento della responsabilità dello Stato, perché verrebbe a mancare la violazione grave e manifesta del diritto UE, nella misura in cui lo Stato italiano avesse agito entro l'ambito di discrezionalità disegnato dalla direttiva. Ove, invece, non vi fosse questa indeterminatezza, ma al contrario fosse ravvisabile nell'art. 12, par. 2, un precetto chiaro e preciso, ovvero l'obbligo per gli Stati di predisporre un sistema generale di indennizzo per tutte le vittime di tutti i reati intenzionali violenti, quale presupposto per l'operatività della tutela in situazioni transfrontaliere, allora – nella misura in cui lo Stato non avesse dato seguito a questo obbligo, non sussistendo questo sistema al momento dei fatti di causa – non si potrebbe che concludere per l'inadempimento dello Stato, con conseguente condanna al risarcimento.

Gli appellanti censuravano l'interpretazione del Tribunale di Torino, ribadendo la propria tesi circa la sussistenza dei presupposti per l'accertamento della responsabilità dello Stato italiano. In primo luogo, evidenziavano che l'art. 12, par. 2, direttiva non contiene l'espressione “transfrontaliero”, ma al contrario fa riferimento a sistemi di indennizzo nazionali, che gli Stati avrebbero dovuto adottare a tutela di tutte le vittime di reati intenzionali violenti, imponendo quindi ad essi un obbligo molto preciso e stringente. Inoltre, essi evidenziavano l'irrelevanza del riferimento all'ordinanza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2014, non essendo essa entrata nel merito della vicenda. Infine, gli appellanti – a sostegno della propria tesi circa la responsabilità dello Stato – sottolineavano che la Corte di giustizia aveva accertato due volte – nell'ambito delle ricordate procedure di infrazione – l'inadempimento dell'Italia e ciò non può essere inteso che come una prova della condotta dello Stato in aperta violazione del diritto UE.

La Corte d'appello, nella sua decisione del 4 agosto 2017, ricorda, *in primis*, che l'assoggettamento a procedura di infrazione non costituisce di per sé un presupposto per ravvisare la responsabilità risarcitoria dello Stato, tranne che nell'ipotesi in cui l'inerzia si protragga anche successivamente alla pronuncia di accertamento di detta infrazione della Corte di giustizia. A tal proposito, ritiene però che non sia rilevante la “doppia condanna” – nel senso di duplice accertamento *ex art.* 258 TFUE – dell'Italia, in quanto le due procedure avevano un oggetto diverso³¹. Particolare attenzione sarà però dedicata alla sentenza dell'11 ottobre 2016, ove la Corte ha analizzato l'infrazione dell'Italia con riferimento alla trasposizione dell'art. 12, par.

³⁰ Ordinanza Paola C.

³¹ Cfr. sentenza della Corte d'appello di Torino, n. 1827/2017, punto 4.1.

2, della direttiva, al fine di interpretare correttamente l'atto di diritto derivato per valutare l'esistenza di una sua violazione grave e manifesta³².

La Corte d'appello richiama, quindi, i presupposti per l'accertamento della responsabilità risarcitoria dello Stato, ricordando, innanzitutto, la giurisprudenza nazionale che – sulla scia di quella di Lussemburgo – ha affermato che sussiste detta responsabilità allorché una norma comunitaria, non dotata del carattere *self-executing*, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione ed il danno subito dai singoli³³. La Corte d'appello richiama altresì la giurisprudenza comunitaria, ovvero le celebri pronunce *Francovich* e *Brasserie du Pecheur*, in particolare mettendo in evidenza il punto in cui la Corte di giustizia ha affermato che “tra gli elementi che il giudice competente può prendere in considerazione [al fine di accertare il carattere grave e manifesto della violazione], vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario”.

La Corte d'appello si concentra, poi, sull'individuazione del precetto contenuto nella direttiva 2004/80. Il punto di partenza è l'analisi dei ‘considerando’, al fine di desumere la finalità e la *ratio* ispiratrice del legislatore dell'Unione³⁴. La Corte prende in considerazione, in particolare, il 1°, 2°, 6°, 7°, 8° e 9° ‘considerando’. Nei primi si pone l'accento sulla strumentalità del sistema istituito dalla direttiva rispetto al funzionamento del mercato unico, al fine di realizzare pienamente la libera circolazione delle persone. Il 9° ‘considerando’ richiama, invece, l'art. 308 TCE (ora art. 352 TFUE), quale base giuridica per l'adozione della direttiva 2004/80, essendo questa necessaria al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione e non prevedendo il Trattato poteri diversi per l'adozione di strumenti a tal fine. Secondo la Corte d'appello torinese, il richiamo a tale norma, insieme all'analisi dei lavori preparatori della direttiva, consente di concludere che il legislatore non ha inteso dettare una disciplina completa in tale materia, ma avrebbe unicamente dettato “norme minime” per realizzare uno degli obiettivi dei Trattati, ovvero il mercato interno, attraverso la libera circolazione delle persone. Infine, la Corte richiama l'11° e il 12° ‘considerando’, dedicati al sistema di cooperazione tra le autorità degli Stati membri per facilitare l'indennizzo in situazioni transfrontaliere.

I giudici torinesi passano poi all'esame, alla luce dei menzionati ‘considerando’, dell'art. 12 della direttiva, unico articolo del capo dedicato ai sistemi di indennizzo nazionali³⁵. La Corte d'appello si concentra sulla portata precettiva della direttiva

³² *Ivi*, punto 4.3.

³³ La Corte d'appello richiama la sentenza della Corte di cassazione, SS.UU., n. 9147/2009.

³⁴ Cfr. sentenza della Corte d'appello di Torino, n. 1827/2017, punto 4.3.1.

³⁵ *Ivi*, punto 4.3.2.

2004/80 con riferimento a due specifiche questioni: (i) l'individuazione dei reati intenzionali violenti; (ii) la selezione dei soggetti indennizzabili.

5. La Corte d'appello ritiene che la direttiva lasci un'ampia discrezionalità allo Stato in tema di individuazione dei reati intenzionali violenti indennizzabili, per quanto sembri contraddirsi ove afferma che “sebbene il limitato riconoscimento dell'indennizzo solo ad alcune categorie di reati comporti una trasposizione della direttiva in modo incompleto (...) certo è che sulla base del suo tenore letterale la stessa è caratterizzata dal fatto che gli Stati hanno un rilevante margine di discrezionalità nella sua attuazione”³⁶.

Essa evidenzia altresì che nemmeno la Corte di giustizia ha fatto luce sulla nozione di reato intenzionale violento, sebbene abbia chiarito che l'individuazione delle fattispecie rientranti in tale ambito alla luce della direttiva spetti agli Stati, con il limite del mantenimento dell'effetto utile di detto strumento. In particolare, secondo la Corte d'appello, la Corte di giustizia non avrebbe esplicitato se gli Stati possano limitarsi ai reati contro la persona, escludendo i reati contro il patrimonio e i reati commessi con violenza sulle cose dai quali derivino la morte o le lesioni delle persone, categoria in cui paiono dover essere inquadrati i fatti di causa.

A parere di chi scrive, non pare essere questa la corretta lettura della sentenza della Corte di giustizia: il giudice dell'Unione, infatti, al punto 38, riferendosi all'art. 12, par. 2, della direttiva afferma che “[t]ale disposizione non prevede che gli Stati membri possano circoscrivere l'applicazione del sistema di indennizzo che sono tenuti ad istituire in forza della direttiva 2004/80 ad una parte sola dei reati intenzionali violenti, commessi nei rispettivi territori”, e al punto 51 chiarisce che “non tutti i reati intenzionali violenti quali sono precisati dal diritto italiano, sono coperti dal sistema di indennizzo vigente in Italia, il che non è del resto contestato dalla Repubblica italiana. Pertanto, poiché tale Stato membro non ha pienamente attuato l'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80, occorre constatare che il ricorso presentato dalla Commissione è fondato”. Dunque, il fatto che lo Stato italiano ad oggi escluda talune categorie di reati intenzionali violenti dal sistema di indennizzo costituisce di per sé un inadempimento alla direttiva 2004/80, sebbene detto strumento abbia come principale finalità la tutela di situazioni transfrontaliere. Peraltro, la l. 122/2016 amplia notevolmente il novero dei reati indennizzabili rispetto al sistema previgente, ove la normativa di riferimento era limitata ad alcune leggi speciali per determinate fattispecie di reato, includendo sia le violenze sessuali che gli omicidi comuni ed il reato di lesioni personali, ancorché alla condizione (cfr. art. 11, co. 2) che “ricorrano le circostanze aggravanti previste dall'articolo 583 del codice penale”, il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-*bis* c.p. Lo stesso legislatore italiano, quindi, pare aver riconosciuto – a seguito delle pronunce della Corte di giustizia – l'inadeguatezza del proprio sistema

6. Secondo la Corte d'appello, il medesimo margine di discrezionalità attribuito allo Stato con riferimento ai reati indennizzabili varrebbe anche per l'individuazione dei beneficiari di detto indennizzo, ovvero allo Stato spetterebbe la scelta di tute-

³⁶ *Ivi*, punto 4.3.3.

lare – secondo lo schema della direttiva – solo coloro che risiedono in un altro Stato membro oppure anche coloro che risiedono nel proprio territorio (la direttiva non parla di cittadinanza)³⁷. L'art. 12 della direttiva, inserito in uno strumento chiaramente indirizzato alla realizzazione della libera circolazione delle persone e, quindi, alla tutela di situazioni transfrontaliere, come si evincerebbe dai 'considerando' e dal fatto che l'art. 308 TCE (oggi art. 352 TFUE) sia la base giuridica, sarebbe unicamente diretto ad imporre agli Stati l'adozione di un sistema di indennizzo in situazioni transfrontaliere.

Secondo la Corte d'appello, quindi, non vi sarebbero dubbi circa la necessità di leggere congiuntamente i due paragrafi dell'art. 12 e, conseguentemente, attribuire rilievo all'esistenza di un sistema nazionale di indennizzo unicamente per la tutela di situazioni transfrontaliere: in tal senso deporrebbe anche la considerazione che la direttiva non fa mai riferimento alla tutela, da parte dello Stato, dei propri cittadini, nonché il fatto che la disciplina delle situazioni puramente interne sia del tutto estranea all'art. 308 TCE (ora 352 TFUE). Tale ricostruzione sarebbe suffragata anche dalla pronuncia della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2016, in particolare dal punto 36 ss., ove essa evidenzia l'obiettivo della direttiva di contribuire all'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e afferma che l'art. 12, par. 2, della direttiva deve essere interpretato nel senso di attribuire il diritto all'indennizzo al cittadino che si trovi in situazioni transfrontaliere, nell'esercizio del proprio diritto alla libertà di circolazione. Al punto 49, inoltre – ricorda la Corte d'appello – la Corte di giustizia afferma chiaramente che le situazioni puramente interne non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva.

La lettura del precetto della direttiva 2004/80 da parte della Corte d'appello non pare del tutto convincente, soprattutto con riguardo alla conclusione che essa ne trae. In primo luogo, nel medesimo punto 49 citato dalla Corte d'appello, la stessa Corte di giustizia ha precisato che il fatto che il sistema di cooperazione istituito dalla direttiva 2004/80 riguardi unicamente l'accesso all'indennizzo delle vittime in situazioni transfrontaliere (ovvero per i cittadini che esercitano il proprio diritto di libera circolazione), non esclude che l'art. 12, par. 2, "imponga ad ogni Stato membro di adottare, al fine di garantire l'obiettivo da essa perseguito in siffatte situazioni, un sistema nazionale che garantisca l'indennizzo alle vittime di qualsiasi reato intenzionale violento sul proprio territorio"³⁸, purché ciò sia funzionale all'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone all'interno dell'UE. Inoltre, come già rilevato in dottrina, la direttiva, per essere compiutamente attuata, implica necessariamente l'istituzione, in ogni Stato membro, di un sistema generale (e dunque diretto anche ai residenti sul territorio nazionale) di indennizzo, esteso a tutti i reati intenzionali violenti (art. 12, par. 2), sulla cui base prevedere un sistema di cooperazione per la tutela delle situazioni transfrontaliere³⁹. Il passaggio sopra citato della sentenza della Corte di giustizia – di cui la stessa Corte d'appello conferma

³⁷ Cfr. i rilievi di C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 643 ss.

³⁸ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2016, punto 49, riportato dalla sentenza della Corte d'appello.

³⁹ Su questo v. M. CARTA, *op. cit.*, spec. p. 94, e C. AMALFITANO, *Sull'indennizzo delle vittime da reato l'Italia cerca di riparare*, cit., p. 38.

l'ambiguità parlando di “principi apparentemente contrastanti”⁴⁰ – non pare in realtà dirimente per confermare la lettura congiunta dei due paragrafi dell'art. 12, concludendo per l'assenza di qualsivoglia obbligo per lo Stato di predisporre un sistema di indennizzo generale e, dunque, anche a favore di chi risiede in Italia e sia ivi vittima di reato. Sebbene la *ratio* della direttiva non sia – come chiaramente affermato dalla Corte di giustizia – quella di tutelare le situazioni puramente interne, ma quella di favorire la libera circolazione delle persone, non se ne può direttamente escludere un obbligo per lo Stato di istituire un sistema generale di indennizzo per tutte le vittime di reati intenzionali violenti, presupposto stesso per la cooperazione istituita dalla direttiva, come afferma la stessa Corte di giustizia nel citato – e controverso – punto 49. Peraltro, alla *ratio* di tutela del mercato interno quale ispirazione della direttiva, andrebbe affiancata la considerazione dell'obiettivo di tutela delle vittime nel procedimento penale, alla base dell'adozione della direttiva 2012/29/UE sull'assistenza e la protezione delle vittime di reato⁴¹, come già suggerito in dottrina⁴².

Non si possono, peraltro, ignorare i risultati paradossali cui si giungerebbe ove si escludessero rigidamente i residenti nel territorio dello Stato ove è stato commesso il reato. Si pensi, ad esempio, ad un cittadino di un altro Stato dell'Unione residente in Italia, il quale – secondo la prospettata lettura della direttiva – non avrebbe accesso all'indennizzo, a differenza di un suo connazionale residente nel proprio Stato di origine.

In conclusione, non convince quindi la lettura dei precetti di cui all'art. 12 della direttiva offerti dalla Corte d'appello, tanto per il senso letterale della stessa normativa, quanto per l'apparente incoerenza con la sentenza dell'11 ottobre 2016, che ha accertato l'inadempimento dell'Italia all'obbligo di trasposizione dell'art. 12, par. 2, direttiva 2004/80 “non avendo adottato tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti”. Al di là dell'inciso riferito alle “situazioni transfrontaliere”, l'accertamento dell'infrazione avrebbe dovuto far concludere la Corte d'appello nel senso contrario.

Occorre, inoltre, tenere presente a tal proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di situazioni puramente interne e discriminazioni alla rovescia: come ribadito anche recentemente, una fattispecie sottoposta all'attenzione del giudice, i cui elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro, assume rilevanza comunitaria nella misura in cui è necessario interpretare le norme dell'Unione al fine di valutare se si è in presenza di discriminazioni alla rovescia⁴³. Il diritto UE, infatti, può essere applicato anche a situazioni prive di elementi transfrontalieri quando il diritto nazionale impone al giudice di riconoscere ad un cittadino del suo

⁴⁰ Cfr. sentenza della Corte d'appello di Torino, n. 1827/2017, punto 4.3.4.

⁴¹ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

⁴² Cfr. M. CARTA, *op. cit.*, spec. p. 87.

⁴³ Sentenza *Ullens de Schooten*.

Stato gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro beneficerebbe, nella sua stessa situazione, in forza del diritto UE⁴⁴.

Nel nostro ordinamento sussiste un chiaro divieto di discriminazioni alla rovescia, contenuto nella l. 24 dicembre 2012, n. 234, che all'art. 32, lett. i), sancisce, come criterio direttivo che il legislatore delegato deve rispettare nella trasposizione di atti di diritto UE, che “è assicurata la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione Europea e non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani” e all'art. 53 che “nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione ed al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea”.

Nel caso di specie, quindi, accertata l'infrazione dell'Italia per aver limitato l'indennizzo solo ad una parte dei reati intenzionali violenti commessi nel proprio territorio, detto accertamento avrebbe dovuto produrre i suoi effetti anche a favore di un cittadino italiano, residente in Italia, in virtù del divieto di discriminazioni alla rovescia. Infatti, un cittadino di un altro Stato membro, residente all'estero, vittima di un reato intenzionale violento in Italia, potrebbe ottenere il risarcimento del danno per la non corretta attuazione della direttiva 2004/80, per avere l'Italia omesso di prevedere tutte le misure per il sistema di indennizzo, mentre in una situazione analoga, un cittadino italiano, residente in Italia, non potrebbe conseguire un pari trattamento (o quanto meno, non avrebbe potuto farlo al momento della pubblicazione della sentenza qui annotata, mentre oggi la situazione potrebbe essere diversa in virtù della l. 122/2016), con una evidente discriminazione alla rovescia.

Peraltro, la l. 122/2016, nel rispetto delle prescrizioni di cui alla richiamata l. 234/2012, riconosce il diritto all'indennizzo a prescindere dal carattere di transnazionalità della fattispecie: tale normativa, tuttavia, non era applicabile alla controversia, non essendo prevista una norma transitoria o una sua applicazione retroattiva e, comunque, non essendo ancora stati adottati – al momento della sentenza – i decreti attuativi della legge europea. La Corte d'appello torinese si è, invece, appiattita sull'orientamento giurisprudenziale che esclude la responsabilità dello Stato italiano per mancata attuazione della direttiva in situazioni puramente interne, senza inquadrare correttamente il rilievo dell'accertamento contenuto nella sentenza dell'11 ottobre 2016.

La Corte d'appello non ignora che “una normativa che escludesse i cittadini e/o residenti in Italia dall'indennizzo potrebbe essere incostituzionale”, ma ricorda che al fine dell'accertamento della responsabilità dello Stato nel caso di specie occorre avere riguardo unicamente alla normativa UE. In realtà, non paiono profilarsi questioni di legittimità costituzionale per il futuro, avendo la l. 122/2016 equiparato situazioni transfrontaliere e non.

In conclusione, la Corte d'appello esclude la responsabilità dello Stato italiano per la mancata trasposizione della direttiva 2004/80, ritenendo che l'ampio margine

⁴⁴ Cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 254 e giurisprudenza ivi citata, nonché le riflessioni di M. BONA, *op. cit.*, p. 470 ss.

di discrezionalità lasciato dal legislatore comunitario porti a ritenere insussistente la violazione grave e manifesta.

7. Da ultimo, la Corte d'appello individua un profilo non esaminato dal giudice di prime cure, considerato anch'esso, tuttavia, dirimente per il rigetto dell'appello, ovvero la mancanza di una previa escussione dell'autore del reato. Secondo la Corte d'appello, sarebbe decisivo a questo fine il 10° 'considerando' della direttiva 2004/80, il quale constata che in molti casi le vittime non possono ottenere un risarcimento dall'autore del reato, perché incapiente o irreperibile. Se ne desumerebbe che l'intervento dello Stato sia unicamente configurabile quando non vi è la possibilità di ottenere un risarcimento dall'autore del reato.

Tale rilievo della Corte d'appello non pare condivisibile: non è assolutamente pacifico che il diritto all'indennizzo previsto dalla direttiva sia subordinato alla preventiva – ed infruttuosa – escussione dell'autore del reato e che dunque il diritto dei singoli da essa discendente sia subordinato all'assolvimento di questa condizione (sul punto, forse, potrebbe essere interrogata nuovamente la Corte di giustizia tramite rinvio pregiudiziale). Vi è addirittura chi si chiede se la l. 122/2016 non vada disapplicata nella parte in cui prevede tale condizione, per contrasto con la direttiva 2004/80⁴⁵. La Corte d'appello, infatti, fonda la propria interpretazione unicamente sul 10° 'considerando', il quale afferma che "le vittime di reato, in molti casi, non possono ottenere un risarcimento dall'autore del reato, in quanto questi può non possedere le risorse necessarie per ottemperare a una condanna al risarcimento dei danni, oppure può non essere identificato o perseguito". Al di là di tale 'considerando', tuttavia, la direttiva non contiene un obbligo preciso per gli Stati di prevedere una tale condizione. È pur vero che esso chiarisce che la *ratio* è quella di consentire un indennizzo quando l'autore del reato è ignoto o irreperibile ed è pur vero che una pronuncia del Tribunale di Torino, di pochi mesi precedente⁴⁶, aveva ritenuto imprescindibile, ai fini dell'accoglimento della pretesa risarcitoria nei confronti dello Stato, quale dimostrazione del nesso causale tra l'infrazione del diritto UE e il danno subito dalla vittima, la prova dell'incapienza del reo. Ciò pare, tuttavia, in contrasto anche con la giurisprudenza precedente, che non aveva richiesto la prova rigorosa della previa escussione dell'autore del reato, quando le condizioni personali dello stesso ne facessero escludere la solvibilità. In tal senso, il Tribunale di Milano aveva, infatti, chiarito che "l'impossibilità di ottenere il ristoro dei danni dagli autori dei reati non richiede, come affermato dalla Presidenza del Consiglio, la 'prova rigorosa' del preventivo non utile esercizio di azioni risarcitorie nei confronti dei responsabili e della loro non solvibilità, potendosi essa desumere nel caso di specie dalle condizioni personali (...) e dal loro perdurante stato di detenzione (...). Quanto al danno risarcibile, ritiene questo giudice che la responsabilità dello Stato italiano non sia valutabile in termini omologhi a quella propria degli autori dei reati, ma sia da ravvisare nella perdita subita dalle attrici per non avere l'Italia previsto

⁴⁵ Cfr. quanto riportato da D. BRUNI, *Indennizzo alla vittima di reato violento e intenzionale: non è sempre necessaria la preventiva escussione del reo*, in *Il familiarista.it*, 6 ottobre 2017.

⁴⁶ Sentenza del Tribunale di Torino del 18 aprile 2017, n. 2067.

un sistema che garantisca ‘un indennizzo equo e adeguato’ delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nel proprio territorio in attuazione della direttiva”⁴⁷.

È un dato che, attualmente, la l. 122/2016, all’art. 13, prescrive, tra i documenti da allegare alla domanda di indennizzo diretta allo Stato, la “documentazione attestante l’infruttuoso esperimento dell’azione esecutiva per il risarcimento del danno nei confronti dell’autore del reato”: tuttavia, tale normativa non era applicabile – come riconosciuto dalla Corte d’appello – al caso in oggetto, essendo intervenuta successivamente e non prevedendo, come detto, la l. 122/2016 disposizioni transitorie né una sua applicazione retroattiva, nonché per la mancanza di disposizioni di attuazioni (fino alla modifica operata dalla legge europea 2017 e all’adozione del d.m. del 31 agosto 2017).

8. Come sopra ricordato, recentemente, nell’ottobre 2017, il decreto per la determinazione dell’ammontare dell’indennizzo è stato finalmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, dando così attuazione alla delega contenuta nella l. 122/2016. Esso prevede, per le vittime di omicidio, un indennizzo in misura fissa, pari ad €7.200, aumentato a €8.200 ove l’autore del reato sia il coniuge o una persona legata alla vittima da una relazione affettiva; per la violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.* è previsto un importo pari a €4.800, salvo che ricorra la circostanza attenuante della minore gravità. Per tutti gli altri reati l’importo massimo è di €3.000, ma solo a titolo di rimborso delle spese mediche e assistenziali. Ad una prima analisi, gli importi in esso indicati appaiono troppo bassi per garantire un equo ed adeguato ristoro, come vorrebbe la direttiva, sebbene sia innegabile lo spazio discrezionale lasciato agli Stati sul punto, come dimostra la varietà delle legislazioni nazionali in tema. Inoltre, il fatto che l’indennizzo per le vittime di reati di omicidio sia previsto in misura fissa, senza possibilità di regolazione in ragione della gravità dei fatti, appare in aperto contrasto con il principio di proporzionalità: sarebbe forse stato meglio lasciare un margine di manovra per la determinazione da parte dell’autorità nazionale in relazione alla gravità della fattispecie. Detto decreto, entrato in vigore il giorno successivo alla pubblicazione, ovvero l’11 ottobre 2017, conferma che gli indennizzi saranno erogati attraverso il Fondo di rotazione per la solidarietà delle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive, dell’usura e dei reati intenzionali violenti, nei limiti delle disponibilità di quest’ultimo: pertanto, ove questa non sia sufficiente nell’anno della richiesta, gli aventi diritto avranno accesso al fondo *pro quota* per gli anni successivi, senza però avere diritto ad interessi o rivalutazione.

Ad oggi, per quanto è dato sapere, la Commissione europea sta analizzando nuovamente la compatibilità della normativa italiana, pur senza aver formalmente aperto una nuova procedura di infrazione. Probabilmente per rispondere ad eventuali tali nuove censure e, conseguentemente, evitare l’apertura di una nuova procedura, il legislatore è intervenuto apportando alcune modifiche alla l. 122/2016, con l’adozione dell’art. 6 della legge europea 2017. In particolare, il legislatore ha

⁴⁷ Sentenza del Tribunale di Milano del 26 agosto 2014, n. 10441. In senso conforme, sul tema della necessaria previa escussione del reo v. anche la sentenza della Corte d’appello Milano del 18 aprile 2017, n. 1653.

opportunamente abrogato l'art. 12, co. 1, lett. a), ovvero il requisito per l'accesso all'indennizzo consistente nella titolarità di un reddito annuo, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a quello previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: come già ricordato, tale limite non trovava alcun riscontro nella normativa UE ed appariva fortemente discriminatorio, riservando l'indennizzo ad una categoria ristretta di vittime, selezionate su base reddituale, e privandone tutti gli altri soggetti. Peraltro, in Italia le condizioni per essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato sono piuttosto restrittive, in quanto è necessario che il richiedente sia titolare di un reddito annuo imponibile, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a €11.528,41. Inoltre, se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante⁴⁸.

In secondo luogo, il legislatore, ha semplificato il requisito della previa escussione del reo, specificando che questa non è necessaria quando il reo stesso è stato ammesso al gratuito patrocinio e quindi ne sono già state verificate le condizioni reddituali (l'art. 6, par. 1, lett. b, legge europea 2017 ha infatti così modificato l'art. 12, co. 1, lett. b; nello stesso senso è stato modificato anche l'art. 13, co. 1, lett. b, l. 122/2016). Ancora, il legislatore ha precisato che la vittima può avere accesso all'indennizzo dello Stato se le somme che abbia eventualmente percepito da altre fonti sono inferiori a €5.000 (cfr. l'art. 6, par. 1, lett. c, legge europea 2017), eliminando un'altra limitazione all'accesso all'indennizzo di dubbio fondamento. Anche così, tuttavia, tale norma appare difficilmente compatibile con la normativa UE, in quanto priva dell'indennizzo tutti quei soggetti che abbiano ricevuto un parziale indennizzo da fonti pubbliche o private: in questo senso, basterebbe una semplice erogazione da parte di un'assicurazione privata a privare la vittima dell'indennizzo da parte dello Stato. La novella legislativa aggiunge una precisazione all'art. 13, co. 2, l. 122/2016, ovvero che la domanda di indennizzo deve essere presentata entro sessanta giorni dalla data del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna. L'art. 6, par. 1, lett. f, legge europea 2017 precisa, poi, che vi sarà un incremento delle risorse del Fondo, fino ad arrivare a quattro milioni di euro nel 2018, rendendo più accessibile l'indennizzo.

Molto rilevante poi è la previsione dell'applicazione retroattiva delle norme sull'indennizzo di cui alla l. 122/2016, in quanto all'art. 6, par. 2, legge europea si precisa che detto indennizzo spetta anche a chi sia stato vittima di un reato intenzionale violento commesso successivamente al 30 giugno 2005 e prima dell'entrata in vigore della l. 122/2016: solo in tali ipotesi, il termine per la presentazione della domanda di indennizzo è di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge europea 2017. Tale termine suscita alcune perplessità, in quanto appare stabilito in una maniera eccessivamente rigida: è possibile che molte vittime, rimaste fino ad oggi prive di tutela proprio perché la l. 122/2016 non prevedeva alcuna applicazione retroattiva, scoprono solo dopo molto tempo la modifica legislativa, rischiando di non poter presentare la domanda per lo spirare del termine.

⁴⁸ Cfr. d.d. 1° aprile 2014, "Adeguamento dei limiti di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato".

Occorrerà, quindi, attendere l'applicazione della nuova normativa da parte della giurisprudenza per verificare se le modifiche intervenute siano davvero sufficienti a garantire un equo e adeguato indennizzo alle vittime di reato e, soprattutto, l'analisi della Commissione per verificare se oggi l'Italia si sia davvero adeguata alle prescrizioni di cui alla direttiva 2004/80.

Abstract

Late Transposition of Directive 2004/80/EC and Responsibility of the State: New Rulings and New Actions by the Legislator

This article deals with the recent issues concerning the responsibility of the Italian State for the late transposition of Directive 2004/80/EC. As it is well known, Italy has been declared in breach of the European Law for the late and afterwards non-compliant transposition of the above-mentioned directive by two judgements of the ECJ. Starting from the analysis of the recent case law, the article examines the more problematic issues concerning the compliance of the Italian State with the EU directive. The article focuses, in particular, on the interventions of the Italian legislator – that is Law No. 122/2016 and, more recently, the Decree of the 31 August 2017 and Law No. 167/2017 – questioning whether they are sufficient to avoid a possible third infringement procedure.

Caterina Fratea*

La portata delle direttive in pendenza del termine di recepimento: riflessioni a margine della sentenza *Casertana Costruzioni*

SOMMARIO: 1. Premessa: cenni sugli effetti delle direttive negli ordinamenti nazionali. – 2. La posizione della Corte di giustizia nel caso *Casertana Costruzioni*. – 3. Il valore delle direttive non ancora giunte a scadenza nella giurisprudenza amministrativa in materia di *in house providing*. – 4. *Segue*: le posizioni del Consiglio di Stato in relazione all'avvalimento negli appalti pubblici. – 5. L'orientamento della giurisprudenza ordinaria. – 6. Conclusioni.

1. Obiettivo del presente lavoro è analizzare il valore attribuito dalla giurisprudenza interna alle direttive UE il cui termine di recepimento non sia ancora giunto a scadenza. Nelle pronunce esaminate, che riguardano le direttive sugli appalti pubblici¹ e sul risarcimento del danno da illecito *antitrust*², emergono posizioni

* Ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Verona.

¹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. *Amplius*, sulle direttive 2014/23 (aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24 (appalti pubblici) e 2014/25 (procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali), i contributi di H. CAROLI CASAVOLA, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*; C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*; M. URBANI, *L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*; F. DI CRISTINA, *La prevenzione dell'illegalità e l'interazione tra le amministrazioni*, tutti apparsi in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 1135 ss. V. altresì G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 101 ss.; G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, *ivi*, p. 1095 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *ivi*, p. 1127 ss.; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, *ivi*, p. 1168 ss.

² 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. In argomento sia consentito rinviare a C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza*

di diverso tenore, non solo tra giurisprudenza civile e amministrativa, ma anche all'interno di quest'ultima, solo in parte giustificabili in base alla diversità dei casi sottoposti all'attenzione delle corti domestiche.

Senza pretese di esaustività, l'analisi prende le mosse dall'efficacia che la giurisprudenza della Corte di giustizia, al di là dello scarno portato letterale dell'art. 288 TFUE, ha attribuito alle direttive. Infatti, lo schema di legislazione a due stadi, per cui questi atti producono effetti negli ordinamenti nazionali solo attraverso le misure di recepimento adottate dagli Stati membri, è stato a più riprese scalfito dalla Corte, che è giunta a riconoscere a tale fonte del diritto un valore giuridico indipendentemente dall'effettiva trasposizione da parte degli ordinamenti nazionali. Emerge *in primis* la capacità della direttiva, una volta scaduto il termine, di produrre effetti diretti nei rapporti verticali, riconosciuta, a partire dalla sentenza *Van Duyn*³, estendendo agli atti normativi derivati i principi interpretativi già enunciati a proposito delle disposizioni dei Trattati⁴. L'esigenza di tutelare il legittimo affida-

dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni, Napoli, 2015, p. 47 ss., e dottrina ivi citata. Per un'analisi del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha trasposto la direttiva in Italia, 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. COMOGGIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 991 ss.; P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017.

³ Sentenze della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974, causa 41/74 *Yvonne van Duyn c. Home Office*, ECLI:EU:C:1974:133, punto 12: l'effetto utile delle direttive sarebbe vanificato se gli interessati non potessero farle valere dinanzi ai giudici nazionali contro lo Stato che abbia ommesso di adottare le idonee misure di attuazione; 26 febbraio 1986, causa 152/84, *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1986:84; 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, ECLI:EU:C:1994:292. Specularmente, lo Stato destinatario non può imporre alle persone obblighi previsti dalla direttiva non (o non correttamente) recepita (c.d. divieto di effetti diretti verticali inversi: sentenze della Corte di giustizia, 21 ottobre 2010, causa C-227/09, *Antonino Accardo e a. c. Comune di Torino*, ECLI:EU:C:2010:624; ai fini penali v. Corte di giustizia, 3 maggio 2005, cause riunite C-387, 391 e 403/02, *Procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2005:270). Sull'efficacia diretta verticale in presenza di una direttiva non trasposta, cfr. anche sentenza della Corte di giustizia (GS) del 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Elaine Farrell c. Alan Whitty e a.*, ECLI:EU:C:2017:745, punti 28-29, in cui la Corte stabilisce che non sono cumulative le condizioni in presenza delle quali un organismo di diritto privato può essere considerato un'emanazione dello Stato, già stabilite dalla sentenza *Foster* (sentenza del 12 luglio 1990, causa C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313), vale a dire essere soggetto all'autorità o al controllo dello Stato e disporre di poteri che eccedono quelli risultanti dalle norme applicabili nei rapporti fra singoli. Tutte le sentenze della Corte di giustizia sono reperibili su curia.europa.eu.

⁴ Per una disamina dello strumento dell'efficacia diretta, v., *ex plurimis*, R. CONTI, *Direttive comunitarie dettagliate ed efficacia diretta nei rapporti interprivati: il timone passa al giudice nazionale*, in *Il Corriere giuridico*, 2005, p. 188 ss.; M. KLAMERT, *Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting the Dots*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1251 ss.; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2005, II ed., p. 92 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 171 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, V ed., p. 264 ss.; A. DI MAJO, *Diritto dell'Unione europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 311 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, II ed., p. 173 ss.; M. BOBEK, *The Effects of EU Law in the National Legal Systems*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2017, II ed., p. 143 ss.; A.L. VALVO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, s.l., 2017, II ed., p. 260 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 302 ss.

mento dei privati, i quali non possono ritenersi responsabili per l'essersi conformati a una norma vigente dell'ordinamento giuridico statale, pur portando ad escludere il riconoscimento di effetti diretti orizzontali, non è però tale da negare i c.d. effetti consequenziali o collaterali, ossia le conseguenze negative che la mancata attuazione di una direttiva, fatta valere in giudizio nei confronti di un soggetto pubblico, può produrre nei confronti di altri soggetti. In altre parole, le mere ripercussioni negative sulla posizione giuridica di un privato, anche se certe, non giustificano che si rifiuti a un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato⁵. Nei rapporti triangolari, vale a dire nelle situazioni che vedono coinvolto, oltre al soggetto che intende invocare la direttiva di fronte a un giudice oppure ad un'amministrazione, anche un altro privato, si assiste dunque a un temperamento al mancato riconoscimento di effetti diretti orizzontali posto dalla giurisprudenza UE, giungendo a un esito ad esso molto vicino. Del resto, l'indifferenza della Corte di giustizia circa l'effetto pregiudizievole indirettamente subito da soggetti privati controinteressati, non considerato preclusivo della produzione di effetti diretti da parte della direttiva, emergeva già nella sentenza *Fratelli Costanzo*⁶. In essa, la Corte, nell'ammettere, in relazione alla normativa europea in materia di appalti pubblici, che, non solo i giudici, ma anche le amministrazioni nazionali sono chiamate ad applicare una direttiva dotata di efficacia diretta, apriva di fatto alla possibilità che la riapertura di una gara potesse provocare il rischio di perdita dell'aggiudicazione da parte dell'impresa alla quale l'appalto era stato originariamente assegnato.

Un altro strumento atto ad attenuare le discutibili conseguenze derivanti dalla distinzione tra effetti verticali e orizzontali delle direttive non (tempestivamente o correttamente) recepite si rinviene nella giurisprudenza inaugurata dal caso *von*

⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *The Queen, su richiesta di Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, ECLI:EU:C:2004:12, punto 57; 17 luglio 2008, cause riunite C-152 a 154/07, *Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH e Firma 01051 Telekom GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2008:426, punto 36. Cfr. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2017, II ed., p. 125; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 294. L. DANIELE, *op. cit.*, p. 270 s., sottolinea come, oltre ai c.d. rapporti triangolari, esistono altre eccezioni al mancato riconoscimento di efficacia diretta orizzontale delle direttive, vale a dire quelle delle: a) direttive che sottopongono le misure degli Stati a una procedura di controllo, e che precludono l'applicazione di una normativa o di un atto emanato in violazione degli adempimenti prescritti dalla direttiva stessa (sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, ECLI:EU:C:2000:496; si tratta di quelli che la dottrina inglese definisce *incidental effects* delle direttive: P. CRAIG, *The Legal Effects of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, in *European Law Review*, 2009, p. 349 ss., spec. p. 364 ss.; R. MASTROIANNI, *Directive (dir. un. eur.)*, in *Enciclopedia Treccani online*, 2014, parla invece di "effetto di esclusione delle normative interne difformi"); b) direttive a cui fanno rinvio norme direttamente efficaci anche nei rapporti orizzontali, quali le norme regolamentari (sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2008, cause riunite C-37 e 58/06, *Viamex Agrar Handels GmbH e Zuchtvieh-Kontor GmbH (ZVK) c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2008:18); c) direttive che attuano un principio generale del diritto o un diritto fondamentale (sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, ECLI:EU:C:2005:709; 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:21). *Amplius*, R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Cambridge, 2015, p. 101 ss.; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2017, III ed., p. 316 ss.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1989, causa C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256.

Colson, in cui la Corte afferma l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il proprio diritto, sia anteriore sia posteriore alla direttiva, alla luce della lettera e dello scopo della medesima, onde cercare di conseguire ugualmente il risultato perseguito⁷. L'interpretazione conforme così sancita consiste in una forma di efficacia indiretta fondata su una sorta di presunzione, ossia che lo Stato, all'interno del margine di discrezionalità che gli attribuisce l'art. 288 TFUE, intende pienamente adempiere alla direttiva. Da ciò consegue che tutto il diritto nazionale, e non solo quello adottato per attuare le prescrizioni di una direttiva, va interpretato e, conseguentemente, applicato, alla luce della stessa⁸. La Corte sembra intendere l'interpretazione conforme come un vero e proprio dovere a carico del giudice nazionale, discendente dal principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3 TUE⁹, di scartare, tra più possibili ipotesi esegetiche della norma interna, quella non compatibile con la direttiva non recepita o recepita in maniera non corretta¹⁰. Tuttavia, tale obbligo non è incondizionato, ma incontra dei limiti, primo tra tutti l'esistenza di un margine di discrezionalità, che consenta all'interprete di scegliere tra più interpretazioni della disposizione nazionale da applicare nel caso di specie. Diversamente, se la norma interna contrasta inequivocabilmente con il diritto dell'Unione, tale obbligo cede di fronte all'impossibilità di aderire a un'opzione ermeneutica *contra legem* del diritto nazionale¹¹. Non è possibile ricorrere all'interpretazione conforme neppure quando ad essa si opponga un diritto fondamentale o principio generale del diritto, quale, ad esempio, la certezza del diritto, la legalità dei reati e delle pene¹² e l'equo pro-

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, causa 14/83, ECLI:EU:C:1984:153. Sull'interpretazione conforme, per tutti, F. ROSSI DAL POZZO, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e principi generali a tutela del contribuente: alla ricerca di un difficile equilibrio fra interessi (talora) contrapposti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, p. 847 ss., spec. p. 854 ss.; G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 237 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 183 ss.; O. PORCHIA, *La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 71 ss., spec. p. 81 ss.; E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 3 ss.; L. DANIELE, *op. cit.*, p. 275 ss.; V. PICCONE, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale e l'interpretazione conforme*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 1173 ss.; R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 28 ss.

⁸ V. anche sentenze della Corte di giustizia del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, ECLI:EU:C:1990:395; 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Annalisa Carbonari e a. c. Università degli Studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Ministero del Tesoro*, ECLI:EU:C:1999:98.

⁹ In argomento, M.C. BARUFFI, *Commento all'art. 4 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (dir.), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 13 ss. e dottrina ivi citata, spec. p. 19.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004, cause riunite C-397 a 403/01, *Bernhard Pfeiffer e a. c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584.

¹¹ Sentenze della Corte di giustizia (GS) del 4 luglio 2006, causa C-212/04, EU:C:2006:443, punto 110; 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e a.*, EU:C:2008:223, punto 103.

¹² Cfr. sul punto anche le sentenze rese dalla Corte di giustizia (GS) nel caso *Taricco*: 8 settembre 2015, causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555; 5 dicembre 2017, causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, su cui C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*,

cesso¹³. Nella sentenza *Adeneler*, infine, la Corte ha individuato un limite di carattere temporale, escludendo l'insorgenza dell'obbligo di interpretazione conforme prima della scadenza del termine per il recepimento della direttiva, vale a dire prima del momento in cui scatterebbe l'invocabilità della normativa europea a beneficio dei privati. Incombe però sulle autorità legislative e giurisdizionali nazionali, sin dall'entrata in vigore dell'atto un dovere di *standstill*, ossia di astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto¹⁴.

La Corte distingue pertanto tra effetti diretti orizzontali ed effetti indiretti interpretativi delle direttive non recepite. Mentre i primi non sono tuttora imposti, non riconoscendosi alle disposizioni delle stesse, seppur chiare, precise e incondizionate, il medesimo effetto di sostituzione delle norme interne preesistenti proprio dei regolamenti, sussiste invece l'obbligo per le autorità nazionali di scartare l'interpretazione delle norme interne che ostacoli il raggiungimento del risultato della direttiva, anche qualora essa non sia in grado di spiegare effetti diretti in quanto non completa ovvero qualora invocata in controversie tra privati. Tale obbligo, unitamente al riconoscimento di effetti nei c.d. rapporti triangolari, è parzialmente in grado di bilanciare le limitazioni derivanti dal mancato riconoscimento dell'efficacia diretta orizzontale, giungendo, all'atto pratico, a risultati ad essa prossimi.

2. Alla luce del quadro sopra delineato occorre analizzare la sentenza emanata dalla Corte di giustizia in data 14 settembre 2017¹⁵ in esito ad un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano¹⁶, al fine di valutare se e quali effetti indiretti possono essere riconosciuti alle direttive in pendenza del termine di trasposizione.

La vicenda processuale trae origine dall'esclusione della società Casertana Costruzioni da una gara d'appalto di rilevanza europea alla quale aveva partecipato in qualità di capogruppo, poiché, nel corso della procedura, un'impresa della quale si era avvalsa aveva perso la qualificazione per la categoria di prestazioni richiesta, risultando qualificata solo per una categoria di prestazioni inferiore. A seguito della conferma dell'esclusione dalla procedura da parte del TAR Campania¹⁷ l'impresa decideva di interporre appello, fondando la domanda sulla circostanza che la perdita da parte dell'ausiliaria delle qualificazioni richieste, sulle quali la stessa

in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 177 ss.; F. Rossi, *Luci e ombre della reazione della Corte costituzionale alla sentenza Taricco*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1425 ss.

¹³ Sentenze della Corte di giustizia del 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Procedimento penale a carico di Luciano Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363; (GS) 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. In relazione a quest'ultima, sull'obbligo di interpretazione conforme riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito dell'ex terzo pilastro, v., per tutti, A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 640 ss.

¹⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, ECLI:EU:C:1997:628, punto 45; *Adeneler*, punti 115 e 123 s.; *Impact*, punto 98 ss.

¹⁵ Causa C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise e Azienda Regionale Campania per la Difesa del Suolo - A.R.CA.DI.S.*, ECLI:EU:C:2017:685.

¹⁶ Ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 15 aprile 2016, n. 1522. Tutte le pronunce del Consiglio di Stato e dei TAR sono reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Sentenza del TAR Campania, sede di Napoli, sez. I, del 27 marzo 2015, n. 1846.

ricorrente aveva fatto affidamento, non le fosse imputabile, né oggettivamente, né soggettivamente. A ciò si aggiungeva il rilievo che l'art. 63 della menzionata direttiva 2014/24 aveva introdotto la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, in luogo di procedere all'esclusione, di imporre all'operatore economico di sostituire un'impresa ausiliaria che avesse perso o visti ridotti i requisiti di partecipazione. A tale possibilità, non prevista nell'ambito dell'avvalimento¹⁸ dagli articoli 47, par. 2, e 48, par. 3, della precedente direttiva 2004/18¹⁹, l'ordinamento italiano non si tuttavia era ancora conformato, essendo il termine di trasposizione del direttiva del 2014

¹⁸ Prima di trovare ingresso nel diritto UE con le direttive 2004/17 e 2004/18 (v. *infra*, nota 19), l'utilizzo dei requisiti altrui era stato ammesso dalla Corte di giustizia, seppur in presenza di alcuni requisiti soggettivi e oggettivi. Era stato infatti ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto (sentenza del 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV c. Stato belga*, ECLI:EU:C:1994:133). In una fase successiva, l'operatività del principio, prima circoscritto ai rapporti infragruppo e ai soli fini dell'iscrizione ad un albo, è stata affermata anche in relazione alla partecipazione alle singole gare e a prescindere dall'esistenza di un rapporto di gruppo tra imprese. Più in particolare, si è consentito a una società di far valere le referenze di un'altra nel cui capitale non detiene alcuna significativa partecipazione, sulla base di semplici impegni commerciali, ritenendosi irrilevante, ai fini del prestito dei requisiti, la natura dei rapporti tra l'impresa che fornisce i requisiti e quella che se ne avvantaggia. Resta ferma, in ogni caso, la necessità che il concorrente sia in condizione di dimostrare, per il tramite dell'impresa ausiliaria, l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari per l'adempimento delle prestazioni oggetto di affidamento (sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia SpA c. Comune di Cagliari, con l'intervento di: Ruhrwasser AG International Water Management*, ECLI:EU:C:1999:593). A livello interno, l'avvalimento è disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, per il quale si rinvia a P. PROVENZANO, *Sulla "sostituibilità" dell'ausiliaria che sia rimasta priva di un requisito di partecipazione nell'attuale contesto normativo*, 2 marzo 2016, su lamministrativista.it; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, p. 990 ss., spec. p. 1015 ss. in relazione alla sostituzione dell'impresa ausiliaria; M. LASALVIA, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017, II ed., p. 505 ss. Sulla distinzione tra avvalimento e subappalto, come forma contrattuale in cui l'avvalimento si può sostanziare, v. D. GALLI, C. GUCCIONE, *Contratti pubblici: "avvalimento" e subappalto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 127 ss., spec. p. 132. Tuttavia, mentre gli operatori economici sono in condizione di utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in un subappalto, si incontrano i limiti della disciplina pubblicistica per esso stabilita. Nello specifico, l'art. 105, co. 2, d.lgs. 50/2016, fissa la quota massima del subappalto al 30% dell'importo complessivo del contratto di lavoro. I limiti nel ricorso al subappalto, rischiando di costituire una forma indiretta di limitazione dell'istituto dell'avvalimento, è difficilmente conciliabile con le direttive UE, che ammettono il ricorso all'avvalimento in termini sostanzialmente incondizionati. In tale contesto si inserisce l'ordinanza del TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, del 19 gennaio 2018, n. 148, con cui viene rimessa alla Corte di giustizia la questione della compatibilità del limite al subappalto fissato dall'ordinamento italiano con il diritto UE. In argomento, G. GRECO, *Per la prima volta il limite italiano al subappalto al vaglio della Corte di giustizia*, in *Eurojus.it*, 24 gennaio 2018.

¹⁹ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Sulla previgente disciplina degli appalti pubblici, D. DIVERIO, *Commento all'art. 53 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (dir.), *op. cit.*, p. 378 ss., spec. p. 387 ss. e dottrina ivi citata. Gli articoli 47, par. 2, e 48, par. 3, direttiva 2004/18 consentono ad un soggetto di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità economiche, tecniche e professionali di altre imprese, a prescindere dalla natura giuridica

ancora pendente al momento dei fatti controversi²⁰. Il quesito posto dal Consiglio di Stato, volto a dirimere un contrasto giurisprudenziale al suo interno, si incentrava pertanto sul valore da attribuire alla direttiva sopravvenuta, che ha introdotto il nuovo istituto della sostituzione nell'ambito dell'avvalimento.

In merito, i giudici del Lussemburgo ribadiscono, come da consolidata giurisprudenza, che la direttiva applicabile è quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire, risolvendo definitivamente la questione se sussista o meno un obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Sono, invece, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data²¹. Nel caso di specie, la direttiva del 2014 non risultava applicabile *ratione temporis*, essendo il bando di gara stato pubblicato nel 2013. Inoltre, quanto alla questione se l'art. 48, par. 3, della direttiva 2004/18 dovesse essere interpretato alla luce dell'art. 63, par. 1, della direttiva 2014/24, la Corte di giustizia osserva come la prima disposizione sia formulata in termini generali, senza indicare espressamente le modalità con cui un operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Al contrario, l'art. 63 prevede, più specificamente, che gli operatori economici possano avvalersi delle capacità di altri soggetti "solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste" e che "[l]'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione"²². Benché, come enunciato nel 2° 'considerando', la direttiva 2014/24 miri a chiarire alcuni concetti e nozioni di base, onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia, emerge come l'art. 63 apporti modifiche sostanziali in relazione al diritto degli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di un appalto pubblico. La norma pertanto non mira solamente a dissipare un dubbio interpretativo: lungi dal porsi in linea di continuità con l'art. 48 della direttiva 2004/18 e chiarirne la portata, essa introduce nuove condizioni non previste

dei suoi legami con queste ultime, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno e delle risorse delle ausiliarie.

²⁰ L'adeguamento è avvenuto con d.lgs. 50/2016, che ha abrogato il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

²¹ Punto 21 della sentenza *Casertana Costruzioni*. Così anche le sentenze del 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. Spa c. Comune di Bari e a.*, ECLI:EU:C:2014:2067, punto 31; 7 aprile 2016, causa C-324/14, *PARTNER Apelski Dariusz c. Zarząd Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, punto 83.

²² Sulle cause di esclusione negli appalti pubblici previste dal diritto UE, v. sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2015, causa C-425/14, *Impresa Edilux srl e Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) c. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e a.*, ECLI:EU:C:2015:721, relativa all'obbligo di deposito, unitamente all'offerta, di un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata (nota di C. CRAVERO, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1459 ss.).

nel precedente regime giuridico, non potendo pertanto essere utilizzata come criterio per interpretare la corrispondente norma della direttiva del 2004²³.

La Corte, tuttavia, non sembra privare di ogni possibile efficacia le direttive sopravvenute, non escludendo in via generale che una direttiva applicabile *ratione temporis* possa essere interpretata alla luce di quella successiva ancora legittimamente non recepita. Questa eventualità, però, non sussiste nel caso di specie in quanto, ad un confronto del contenuto delle due norme, si ricava che l'art. 63 non si limita a precisare la portata della norma che sostituisce, ma introduce requisiti ulteriori rispetto all'art. 48, che gli operatori economici partecipanti alla gara non erano nelle condizioni di poter conoscere. La motivazione fornita dalla Corte, a ben vedere, non si fonda tanto sulla scadenza del termine di recepimento, quanto sul contenuto del tutto innovativo della norma considerata. Ciò lascerebbe intendere, *a contrario*, che la conclusione potrebbe essere differente in presenza di una direttiva sopravvenuta che, seppur non ancora giunta a scadenza, si ponga in linea di continuità con una precedente o, più in generale, con il diritto UE applicabile al caso concreto. Seppur in assenza di statuizioni esplicite nella sentenza, il caso *Casertana Costruzioni* potrebbe rappresentare un primo passo verso il superamento della giurisprudenza *Adeneler*, in virtù della quale l'obbligo di interpretazione conforme sorge solo dopo la scadenza del termine di recepimento, anticipando tale dovere del giudice al momento dell'entrata in vigore della direttiva. Come si vedrà nei paragrafi che seguono, parte della giurisprudenza italiana sembra già andare in questa direzione.

3. La giurisprudenza amministrativa ha affrontato il tema del valore delle direttive non ancora giunte a scadenza nell'ambito della materia degli appalti pubblici e, più specificamente, in relazione a due istituti previsti dalla direttiva 2014/24: la sostituzione dell'ambito dell'avvalimento e il c.d. *in house providing*, altrimenti detta autoproduzione. Quest'ultima espressione indica la possibilità, in presenza di determinate condizioni, di sottrarre un affidamento pubblico all'obbligo di gara previsto dalla normativa dell'Unione, optando per l'aggiudicazione diretta.

Con riferimento all'*in house* si è posta la questione della portata dell'art. 12 della direttiva 2014/24 rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia. Ciò in quanto tale disposizione dà per la prima volta veste formale all'istituto dell'auto-produzione²⁴, che però già in precedenza era stato ricavato dalla Corte di giustizia in applicazione dei principi dei Trattati. A partire dalla sentenza *Teckal*²⁵, infatti, è possibile escludere l'applicazione delle direttive sugli appalti quando l'operatore affidatario non si configuri come un soggetto terzo rispetto all'amministrazione appaltante, ma si atteggi alla stregua di uno dei servizi interni all'amministrazione stessa (c.d. controllo analogo) a motivo del ricorrere di due requisiti cumulativi: partecipazione pubblica totalitaria della società attuatrice e destinazione prevalente

²³ Punti 25-28 della sentenza *Casertana Costruzioni*. V. anche sentenza *Apelski Dariusz*, punti 87-89.

²⁴ Disposizioni di identico tenore sono contenute nell'art. 17 della direttiva 2014/23 e nell'art. 28 della direttiva 2014/25. A livello nazionale l'affidamento *in house* è disciplinato dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016, per il quale si rinvia a R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 221 ss.; M. LASALVIA, *op. cit.*, p. 753 ss.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, causa C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562, punto 50.

dell'attività svolta dalla società attuatrice a favore dell'amministrazione committente²⁶.

La direttiva del 2014, confermando l'esclusione degli affidamenti *in house* dall'ambito di applicazione della normativa in materia di appalti, ha però introdotto alcune importanti differenze. Da un lato, si prevede che oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata debba essere effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice stessa. Pertanto, non si richiede più che l'attività accessoria svolta a favore di committenti diversi dagli enti proprietari sia del tutto marginale e trascurabile, essendo ammesso che il soggetto partecipato arrivi a svolgere sino al 20% della sua attività sul libero mercato. Dall'altro lato, pur ribadendo in via generale il principio dell'assenza di partecipazioni private nella persona giuridica controllata, la direttiva pone un temperamento, consentendo partecipazioni private che non comportino un controllo o il potere di veto, che non abbiano influenza determinante sulla persona giuridica controllata e che siano prescritte da disposizioni di legge. Con riguardo a quest'ultimo requisito, la direttiva si pone in contrasto non solo con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, ma anche con quella successiva, in quanto anche dopo la pubblicazione dell'atto è stato ribadito il divieto di partecipazioni private, anche qualora si tratti di istituzioni di solidarietà sociale²⁷.

In questo quadro si inseriscono, nel 2015, il parere n. 298²⁸ e la sentenza n. 2660²⁹ del Consiglio di Stato, che riguardano l'affidamento diretto al Cineca, da parte rispettivamente del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (MIUR) e di una Università degli Studi, di prestazioni di servizi nel campo dell'informatica e della realizzazione di sistemi gestionali per l'ambito universitario. L'elemento rilevante è che il Cineca, consorzio interuniversitario su cui il MIUR

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 maggio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo SpA e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308. Per una disamina dell'istituto, D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 17 ss., spec. p. 24 ss.; E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti*, Milano, 2009; S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *federalismi.it*, 2015, n. 15, p. 1 ss.; D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 371 ss.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c. Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*, ECLI:EU:C:2014:2004, punto 44.

²⁸ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. II, del 30 gennaio 2015, n. 298.

²⁹ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 26 maggio 2015, n. 2660. Cfr. A. DONATO, *Affidamenti in house e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del Cineca*, in *Il Foro Amministrativo*, 2016, p. 503 ss.; nonché M. NUNZIATA, *Gli affidamenti al Cineca tra concorrenza e in house-providing: ulteriori sviluppi pro-concorrenziali dello scenario universitario*, *ivi*, 2015, p. 2133 ss.; R. RUSSO, *L'immediata applicabilità dell'in house?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 115 ss.

esercita poteri di controllo in via congiunta con gli altri consorziati secondo il principio maggioritario e che opera pressoché esclusivamente nell'interesse dei consorziati, incorpora alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata. Ciononostante, il parere reso dalla Sezione consultiva ha concluso per la sussistenza di tutti i requisiti necessari per il ricorso all'*in house providing*. Nell'economia della decisione, grande rilevanza hanno avuto le disposizioni delle nuove direttive appalti allora in via di recepimento. La Sezione ha in particolare ritenuto che l'art. 12 della direttiva 2014/24, pur innovando le pregresse regole giurisprudenziali tramite la definizione in termini parzialmente diversi delle condizioni di esenzione, appaia di carattere sufficientemente dettagliato da presentare pochi dubbi per la sua concreta applicazione nonostante la pendenza del termine. Anche senza giungere a parlare di efficacia diretta di una direttiva *self-executing* ancora in fase di trasposizione, "non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo con una dettagliata disciplina, introdotta per la prima volta con diritto scritto"³⁰ e destinata a regolare a breve la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'UE.

A poche settimane dal parere in esame giungeva in decisione l'appello proposto dal Cineca avverso la sentenza con la quale il TAR Calabria aveva annullato la delibera del Consiglio di Amministrazione della locale Università relativa all'affidamento diretto, senza gara, di servizi informatici. La Sezione giurisdizionale respingeva l'appello, ritenendo, a differenza della Sezione consultiva, che non ricorressero i requisiti dell'*in house*, così come definiti dalla giurisprudenza UE, data l'assenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria³¹, oltre che di strumenti idonei ad assicurare l'esercizio da parte dell'Università, anche in forma congiunta con altri enti consorziati, di poteri di controllo analogo. La parte più interessante della decisione risiede negli argomenti utilizzati per superare ciò che si era affermato in sede consultiva. Segnatamente, viene escluso, in base alle regole generali, che la nuova direttiva, nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, possa ritenersi *self-executing*, proprio perché non era ancora scaduto il termine per la sua trasposizione da parte dello Stato. Pur riconoscendosi una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima della scadenza del termine di recepimento, derivante dal fatto che l'obbligo di trasposizione sorge sin dal momento in cui la direttiva entra in vigore, si tratta in ogni caso di una rilevanza giuridica minore rispetto all'effetto diretto, che implicherebbe l'immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti verticali. Essa si traduce semplicemente, in ossequio al principio di leale cooperazione, nel dovere di *standstill* nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva e il termine assegnato per il suo recepimento. Secondo i giudici, però, la fattispecie in esame si collocerebbe al di fuori dell'ambito anche di questa limitata rilevanza giuridica negativa, che eccezionalmente può essere riconosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di attuazione. Ciò si deve al fatto che le regole relative

³⁰ Punto 7 del parere n. 298/2015.

³¹ Per il caso *Cineca*, tramite l'adozione del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 125, il cui art. 9, commi 11-*bis* a 11-*quater*, prevede la partecipazione delle università private al capitale, subordinandola all'assenza di controllo o potere di veto e di influenza dominante sulla persona giuridica controllata, il legislatore nazionale sostanzialmente richiama i requisiti previsti dall'art. 12 della direttiva appalti, dando, così, in sostanza, diretta applicazione alla nuova figura dell'*in house*.

all'affidamento *in house*, che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova direttiva, non sono introdotte *ex novo* dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*, ma risultano già esistenti nell'ordinamento nazionale, traendo origine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell'istituto dell'autoproduzione. Non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il termine, l'automatico superamento della preesistente disciplina di derivazione comunitaria.

4. Un'ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 5539/2015³², inerente all'istituto dell'avvalimento e all'applicazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24, si pone in (almeno apparente) linea di continuità con la sentenza n. 2660 esaminata nel paragrafo precedente. In essa si ribadisce l'impossibilità, prima della scadenza del termine di trasposizione, di configurare qualsiasi efficacia diretta delle direttive nell'ordinamento interno, per quanto dettagliate e complete. Rispetto alla sentenza precedente, la ridotta portata delle direttive nella pendenza del termine viene però identificata, oltre che con il dovere di *standstill*, anche con l'obbligo dei giudici nazionali di preferire l'opzione interpretativa del diritto interno maggiormente conforme alle norme da recepire, di modo che non venga pregiudicato il conseguimento del risultato voluto dall'atto UE. Tuttavia, perché possa utilmente invocarsi il limitato effetto dell'interpretazione conforme, risulta necessario che la direttiva che viene invocata come vincolante criterio ermeneutico sia stata pubblicata nella GUUE prima dell'adozione dell'atto impugnato, posto che, in ogni caso, il giudizio della legittimità di quest'ultimo dev'essere formulato alla stregua della normativa vigente al momento della sua adozione. Nella fattispecie concreta, l'aggiudicazione di cui si controverteva risaliva al 2012, ciò bastando ad escludere qualsivoglia efficacia della direttiva, anche limitata al solo vincolo interpretativo.

La rilevanza giuridica dell'art. 63 della direttiva, seppur come mero canone esegetico, dev'essere esclusa per un'ulteriore ragione. L'interpretazione conforme, infatti, non trova spazio nei riguardi di previsioni finalizzate ad introdurre negli ordinamenti nazionali istituti del tutto innovativi, che, come tali, esigono la coerente declinazione dei loro elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità da parte del legislatore nazionale. Anche a fronte di una disciplina UE sufficientemente dettagliata ed esauriente, la precisazione dei requisiti richiesti per il ricorso alla sostituzione nell'ambito dell'avvalimento rende necessaria la previsione di disposizioni interne di coordinamento con la normativa vigente. Pertanto, prima della formalizzazione di tali scelte, necessariamente consacrate nell'atto legislativo di recepimento, l'enunciazione nella direttiva di un nuovo istituto, per tale dovendo intendersi quello della sostituzione del terzo ausiliario (sino a quel momento sconosciuto sia alla normativa nazionale sia a quella UE), resta del tutto sprovvista di efficacia, non solo diretta, ma anche nella ridotta valenza come paradigma ermeneutico

³² Sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, del 25 novembre 2015, n. 5359. Conf. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza dell'11 settembre 2015, n. 4253; sez. V, ordinanza del 20 ottobre 2015, n. 4793; sez. III; sentenza del 3 dicembre 2015, n. 5471.

per i giudici interni. Si esclude cioè che in questi casi si possa ricorrere, oltre che al divieto di interpretazione difforme, anche all'obbligo di interpretazione conforme.

Benché il caso di specie trovi la medesima conclusione riscontrata nella sentenza n. 2660 in relazione all'*in house providing*, vale a dire l'esclusione di ogni rilievo della direttiva sopravvenuta, i giudici amministrativi, sebbene in maniera non espressa, sembrano operare una distinzione. Infatti, a differenza del caso precedente, dove si riconosceva che dall'adozione di una direttiva derivasse in capo ai giudici il solo dovere di *standstill*, si giunge ad ammettere, in via generale, che da essa sorga in capo ai giudici, più proattivamente, anche un obbligo di interpretare la norma vigente UE in ragione dei principi che la direttiva sopravvenuta impone agli Stati di attuare³³. Ciò sempre che non si tratti di dover introdurre istituti prima sconosciuti e che sia rispettato il principio del rispetto del principio del *tempus regit actum*, che esige che la direttiva risulti pubblicata alla data dell'atto o del fatto controverso. In questo contesto si inserisce la sentenza *Casertana Costruzioni*, scaturita da un'ordinanza di rinvio che trova la sua ragion d'essere proprio nelle non uniformi posizioni interne al Consiglio di Stato. Si auspica che tale pronuncia possa, seppur grazie ad un ragionamento *a contrario*, contribuire, anche in casi riguardanti direttive adottate in altre materie, a porre fine alle ambiguità interne alla giurisprudenza amministrativa nazionale e ad alcuni atteggiamenti di chiusura che si sono registrati.

5. Il tema del valore delle direttive in pendenza del termine di recepimento è stato affrontato anche dalla giurisprudenza ordinaria che, rispetto alle posizioni dei giudici amministrativi, ha compiuto un passo ulteriore verso un più ampio riconoscimento degli effetti indiretti. Ne è dimostrazione la sentenza resa dalla Corte di cassazione nel caso *Cargest*³⁴, relativo alla direttiva 2014/104 sul risarcimento del danno da illecito *antitrust*, nella quale si introducono facilitazioni probatorie riguardo all'esibizione dei documenti in possesso della controparte, di un terzo o dell'autorità garante. In relazione ad una causa risarcitoria di tipo *stand alone*, vale a dire incardinata in assenza di un previo accertamento amministrativo dell'illecito, avviata a causa di un asserito caso di abuso di posizione dominante, i giudici di legittimità, nel cassare con rinvio la pronuncia di merito che rigettava la domanda,

³³ In tal senso anche sentenza della Corte di cassazione, SS. UU., del 10 febbraio 2010, n. 2906, che, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative all'aggiudicazione della gara e alla stipula del conseguente contratto, anticipa grazie all'interpretazione conforme (discendente anche dall'art. 117 Cost.) gli effetti della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (poi codificata dall'art. 121 ss. del codice sul processo amministrativo, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e succ. modd.). In argomento, G. DE ROSA, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1035 ss.; E. SANTORO, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, I, p. 399 ss.

³⁴ Sez. I, sentenza del 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro italiano*, 2015, I, c. 2742 ss., con nota di M. CASORIA, R. PARDOLESI. V. anche L. CALZOLARI, *The Role of National Judges in Antitrust Litigation in the Light of the Antitrust Damages' Directive (or the "Indirect Effects" of Directives before the Lapse of the Implementation Period, According to the Corte di Cassazione)*, in *Eurojus.it*, 7 luglio 2015.

aprono a considerazioni innovative in relazione ai rapporti tra ordinamento UE e ordinamento interno, anche alla luce dei più fermi orientamenti adottati dalle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Secondo la Cassazione, i giudici di merito, riguardo alla delimitazione del mercato rilevante, avrebbero fatto meccanica applicazione del principio generale dell'*onus probandi incumbit ei qui dicit*, senza valutare “l’opportunità di attivare i poteri istruttori anche d’ufficio e mostrando di non cogliere la specifica peculiarità della controversia”. Oltre a richiamare gli effetti diretti delle norme dei Trattati in materia di concorrenza e l’essenziale funzione attribuita alle giurisdizioni nazionali dal regolamento 1/2003³⁵, soprattutto nell’ambito delle controversie risarcitorie tra privati, la Corte basa l’*iter* argomentativo sui principi espressi dalla direttiva, alla luce della necessità di garantire l’effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno e delle difficoltà di allegazione che l’attore, specialmente in azioni *stand alone*, si trova a fronteggiare. Tali ostacoli impongono al giudice di valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e di conoscenza previsti dalle proprie norme processuali anche prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva. Questo risultato si raggiungerebbe “mediante un’interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito” in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica, “per l’esercizio, anche d’ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata”.

Lo strumento principale che viene individuato al fine di superare le difficoltà probatorie legate all’asimmetria informativa esistente tra le parti nell’accesso alla prova e agli alti costi delle indagini tecnico-economiche sembra pertanto essere la consulenza tecnica. Il giudice civile è chiamato, nei casi *antitrust*, ad utilizzare la c.t.u. anche oltre i limiti della consulenza percipiente³⁶, che la Cassazione aveva già ritenuto necessaria in cause aventi ad oggetto il risarcimento dei danni causati da condotte anticoncorrenziali³⁷. Il nostro ordinamento consente, infatti, al giudice di affidare al consulente tecnico non solo l’incarico di valutare i fatti provati o dati per esistenti, ma anche di accertare la veridicità dei fatti stessi, in deroga al principio dell’onere della prova. Tuttavia, l’utilizzo della c.t.u. al fine di accertare i fatti stessi oggetto della domanda è consentito solo a condizione che la parte li abbia specificatamente allegati, che si tratti di fatti accessori e che il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche³⁸. L’interpretazione più estensiva dello strumento della c.t.u. percipiente si dovrebbe quindi tradurre nella possibilità di utilizzare tale strumento per accertare non solo i fatti accessori³⁹, ma anche quelli posti diret-

³⁵ 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.

³⁶ Sulla distinzione tra c.t.u. percipiente e c.t.u. deducente v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 200 ss. Per l’ambito *antitrust*, v. C. FRATEA, *op. cit.*, p. 78 ss.

³⁷ Sentenza della Corte di cassazione, sez. I, del 10 settembre 2013, n. 20695, in *Foro italiano. Massimario*, voce *Concorrenza (disciplina della)*, c. 655.

³⁸ Sentenza della Corte di cassazione, sez. II, del 15 aprile 2002, n. 5422, in *Giustizia civile. Massimario*, 2002, p. 650.

³⁹ In merito ai limiti della c.t.u. percipiente e, in particolare, sul fatto che essa possa avere ad oggetto solo fatti accessori, si veda G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 321 ss.

tamente a sostegno della domanda. Del resto, è proprio la complessità dei fatti di natura economica, come la definizione del mercato rilevante o la determinazione del danno, a giustificare una deroga al principio dell'onere della prova. Pemangono, invece, l'onere di allegazione e la necessità che si tratti di fatti il cui accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche. La c.t.u., pertanto, non può sopperire all'inerzia della parte che abbia omesso, per negligenza, di provare fatti le cui prove sono ad essa facilmente accessibili. Inoltre, l'utilizzo di tale mezzo istruttorio è assoggettato al rispetto dei termini di decadenza propri dell'istruzione probatoria⁴⁰, anche se la direttiva 2014/104 sembra deporre per un'applicazione meno severa dei termini istruttori. Dal 14° 'considerando' emerge infatti il rischio che rigide disposizioni giuridiche, che prevedano che gli attori debbano precisare dettagliatamente tutti i fatti relativi al proprio caso all'inizio di una causa e presentare elementi di prova esattamente specificati, possano indebitamente ostacolare l'esercizio efficace del diritto al risarcimento, volto a garantire l'effetto utile degli articoli 101-102 TFUE.

L'utilizzo della consulenza è stato ritenuto essere la più evidente manifestazione dell'esercizio di poteri ufficiosi istruttori⁴¹, i quali mantengono una funzione integrativa, non sostitutiva, delle prove prodotte dalle parti, non potendo, in un processo civile imperniato sul principio dispositivo *ex art. 115 c.p.c.*, sopperire alle carenze probatorie delle parti medesime. La natura integrativa dei poteri istruttori ufficiosi è confermata, sebbene in maniera attenuata, dalla Cassazione anche di fronte al dovere dei giudici di rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in presenza di paventate violazioni del diritto UE della concorrenza. Nella sentenza *Cargest*, la Cassazione pone sulla parte che allega l'esistenza di condotte anticoncorrenziali l'onere di indicare "in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza". Il passaggio della sentenza fornisce un parametro positivo, quello della plausibilità e dell'idoneità, in base al quale è sindacabile la decisione del giudice di utilizzare o meno i poteri istruttori d'ufficio. Il concetto di plausibilità è ripreso direttamente dal testo della direttiva, in particolare dal 16° 'considerando' e dall'art. 5, par. 1, secondo i quali il giudice può ordinare la divulgazione di prove al convenuto o a un terzo su istanza dell'attore, che abbia presentato una richiesta motivata comprendente fatti e prove ragionevolmente disponibili, sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento. Il principio di effettività impone che la norma vada interpretata attribuendo più peso all'allegazione dei fatti e alla loro plausibilità in astratto, piuttosto che al loro riscontro probatorio, eccezion fatta per quelle prove che sono nella disponibilità diretta dell'attore. Una lettura difforme, che ponesse l'accento sulle prove che l'attore deve produrre al fine di ottenere l'ordine di divulgazione di altre prove, renderebbe eccessivamente difficile, se non impossibile, l'esercizio del diritto ad ottenere il risarcimento. La parte ha quindi l'onere di ricostruire in fatto la fattispecie in modo coerente e solido da un punto di vista teorico, corredando tale

⁴⁰ Sentenza della Corte di cassazione, sez. I, del 27 aprile 2016, n. 8403. Conf. ord., sez. I, del 3 agosto 2017, n. 19427, su www.italgiure.giustizia.it.

⁴¹ Sui poteri istruttori ufficiosi, L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 108 ss.

ricostruzione con le prove nella sua diretta disponibilità. Sarà il giudice, se riterrà la fattispecie denunciata plausibile e in grado di essere lesiva, ad esercitare, anche d'ufficio, i poteri di indagine, attraverso l'acquisizione e la valutazione di dati e informazioni utili ad accertare se la fattispecie si sia concretamente verificata e vi sia stato un pregiudizio effettivo.

Pur nella pendenza del termine di recepimento, che sarebbe scaduto in data 27 dicembre 2016, dalla pronuncia della Corte di cassazione discendono rilevanti effetti anticipatori della direttiva ai processi pendenti, che comportano un ridimensionamento della rigidità del principio dell'onere della prova⁴². Sebbene non si parli mai espressamente di interpretazione conforme, la dicitura "interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza" richiama una sorta di interpretazione comunitariamente orientata, che altro non integra se non il suddetto istituto. La conclusione cui perviene la Cassazione è ancor più significativa se si considera che l'art. 22 della direttiva 2014/104 esclude l'applicazione retroattiva delle norme nazionali di trasposizione. L'interpretazione fornita nel caso *Cargest* sembra aggirare questa previsione, riconoscendo effetti indiretti ad una direttiva che, al tempo della controversia di fronte alla Corte d'appello di Roma, non era neppure stata adottata.

6. Da quanto precede emerge come nella giurisprudenza nazionale si siano registrate posizioni non uniformi in relazione al valore delle direttive in pendenza del termine di recepimento. Pur essendo le sentenze esaminate accomunate dalla questione del valore normativo o esegetico di tali atti e pur escludendosi in tutti i casi il riconoscimento di effetti diretti alla direttiva non ancora giunta a scadenza, la diversità delle posizioni è in parte riconducibile al differente tenore delle direttive che hanno interessato la giurisprudenza analizzata. Mentre, in ambito amministrativo, si è trattato di esaminare la portata della direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici, strumento che avrebbe inciso sul diritto materiale degli Stati membri, in ambito civile, la direttiva sul risarcimento del danno da illecito *antitrust* avrebbe avuto ricadute principalmente sui sistemi processuali interni.

Con riguardo al diritto amministrativo, la medesima tematica degli effetti indiretti delle direttive è stata affrontata con sfumature differenti. Da un lato, in relazione al valore dell'art. 63, è stata negata alla direttiva appalti qualsiasi portata che non fosse quella legata all'obbligo di *standstill*, in ragione del fatto che la norma avrebbe introdotto negli ordinamenti nazionali un istituto nuovo, lasciando però intendere che, qualora la direttiva non presenti un carattere così innovativo, potrebbe residuare spazio per l'interpretazione conforme. Dall'altro, con riguardo all'*in house providing*, i giudici amministrativi dimostrano maggiore chiusura, negando che dall'adozione della direttiva derivino particolari doveri ermeneutici in capo ai giudici nazionali. Tuttavia, la soluzione in quest'ultimo caso avrebbe potuto essere diversa. Infatti, rispetto all'art. 63, l'art. 12 della direttiva 2014/24 non introduce un istituto prima sconosciuto al diritto UE, ma si limita a precisare, in modo per giunta

⁴² Critica su una sentenza che introduce "regole suppletive a legislazione invariata", M. CASORIA, Private enforcement: *il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, p. 337 ss., spec. p. 342.

più favorevole per gli operatori economici, le condizioni di applicazione del meccanismo dell'autoproduzione che, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, aveva già fatto ingresso nell'ordinamento UE. In tale contesto, avvalendosi *a contrario* delle medesime argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato per negare qualsiasi efficacia alla direttiva, si sarebbe potuto immaginare di riconoscere, per il tramite dell'interpretazione conforme, effetti anticipatori alla norma esaminata. A rigore, peraltro, non si tratterebbe neppure di interpretare una norma interna alla luce delle indicazioni della nuova direttiva, ma di una situazione diversa, vertendosi nell'ambito dell'interpretazione di un istituto già noto all'ordinamento UE, avente ad oggetto un'ipotesi di esclusione dell'obbligatorietà dell'evidenza pubblica. Del resto, le sentenze esaminate, nonché la Corte di giustizia nel caso *Casertana Costruzioni*, hanno inquadrato il tema nell'ambito, tutto comunitario, del rapporto non tra diritto UE e ordinamento statale, ma tra diritto UE applicabile *ratione temporis* e nuove norme UE che lo modificano o lo integrano. All'atto pratico la distinzione non è tuttavia dirimente: anche a voler inquadrare la questione nell'alveo consueto dell'interpretazione conforme, occorre considerare che quelli esaminati sono istituti che hanno comunque fatto ingresso negli ordinamenti nazionali grazie al diritto UE. Se così è, un'eventuale attività ermeneutica del giudice nazionale, volta ad applicare per le fattispecie pregresse le condizioni previste dal diritto UE sopravvenuto, non è tale da compromettere il risultato prescritto dalla direttiva.

Pur permanendo sul versante interno la necessità del recepimento formale, è al contempo innegabile che la direttiva è pienamente vigente nell'ordinamento UE. Nel caso specifico dell'*in house*, inoltre, l'atto UE rivela, per la prima volta, l'intenzione del legislatore di introdurre un istituto che in epoca pregressa era stato elaborato esclusivamente in via pretoria. La precedente giurisprudenza della Corte di giustizia non avrebbe più ragion d'essere una volta che l'ordinamento UE, ossia quell'ordinamento del quale la Corte è interprete, ha chiarito, per il tramite di espressa disposizione già vigente in quell'ordinamento, i presupposti e i requisiti dell'istituto. Ed è in questa chiave che potrebbe trovare spazio la progressiva affermazione di un principio in base al quale l'entrata in vigore di direttive precise e dettagliate che disciplinano istituti già noti al diritto UE rappresenta, anche in pendenza del termine per il recepimento, pregnante criterio esegetico *praeter legem* per il giudice nazionale. Proprio tale prerogativa potrebbe attenuare la perentorietà delle già ricordate posizioni del Consiglio di Stato, legittimando i giudici nazionali ad adottare, in presenza di direttive ancora non legittimamente recepite che non introducano istituti nuovi, ma che si pongano in linea di continuità con quelli esistenti, interpretazioni nazionali in linea con le direttive stesse.

Non dissimile da questa impostazione è quella fatta propria dalla Corte di cassazione nel caso *Cargest*, dove i giudici si spingono oltre, stabilendo, forse per la natura meramente processuale della fattispecie, l'obbligo di interpretazione conforme delle norme del codice di rito rispetto alla direttiva che regola le azioni risarcitorie da illecito anticoncorrenziale, invitando i giudici di merito a riesaminare la fattispecie alla luce del disposto di un atto che al tempo della controversia non era neppure stato adottato. Anche in questo caso, l'orientamento dei giudici di legittimità si può spiegare alla luce della considerazione che la direttiva non prevede isti-

tuti nuovi, ma mira ad incentivare il ricorso ai poteri istruttori officiosi del giudice esistenti in quanto previsti dall'ordinamento processuale nazionale.

L'ampliamento della portata dell'obbligo di interpretazione conforme, discendente da un'impostazione di questo tipo, avrebbe, al contempo, un'importante ricaduta. Il modello interpretativo proposto per le direttive non ancora giunte a scadenza che non introducano istituti nuovi può infatti spesso significare, a livello pratico, l'ottenimento di un esito prossimo al riconoscimento di effetti diretti orizzontali, riducendo la differenza tra regolamenti e direttive. Se la *ratio* dell'istituto dell'interpretazione conforme è quella di evitare che i diritti derivanti dalle direttive siano pregiudicati da una non tempestiva trasposizione delle stesse, in situazioni analoghe a quelle analizzate, un'interpretazione delle norme comunitariamente orientata potrebbe sì alleviare la posizione dei ricorrenti in giudizio, ma, contestualmente, anche aggravare quella del soggetto nei confronti del quale il beneficiario della direttiva voglia far valere il diritto in essa previsto (come nel caso *Cargest*) o di terzi controinteressati (come nei casi relativi alla direttiva appalti). Al riguardo, la Cassazione fonda le proprie argomentazioni sulla specificità del contenzioso *anti-trust stand alone* e sullo squilibrio processuale tra attore e convenuto, giustificando le conclusioni cui giungono in base alla necessità di garantire l'effettività del diritto al risarcimento del danno. Queste conseguenze sono però riconducibili a quegli effetti collaterali che le direttive, pur non dotate di efficacia diretta orizzontale, producono nei rapporti triangolari e che sono stati ammessi dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Wells*⁴³ e *Arcor*. Vero è che tali effetti sono stati riconosciuti nell'ambito di situazioni in cui un privato invocava di fronte al giudice nazionale l'efficacia diretta verticale delle direttive. Cionondimeno, non è da escludersi la possibilità di estendere tale riconoscimento anche in relazione al caso di una direttiva il cui termine sia ancora pendente e che, in presenza delle condizioni esposte, possa fungere da criterio ermeneutico per il giudice nazionale.

Ai sensi della giurisprudenza *Wells* e *Arcor*, tuttavia, la Corte ammette solo il verificarsi di "mere ripercussioni negative" sulla posizione giuridica di terzi, non anche l'assunzione di comportamenti attivi da parte di questi ultimi⁴⁴. Pertanto, al di là delle specifiche vicende esaminate, in cui ciò non sembrerebbe verificarsi (ma che non sono suscettibili di ripetersi essendo le direttive state trasposte), in casi analoghi occorrerà invece valutare se i vantaggi procurati ad una parte da una direttiva si riflettano in un eccessivo sacrificio delle posizioni dell'altra. In tal caso un'interpretazione comunitariamente orientata, per di più precedente alla scadenza del termine di trasposizione, potrebbe contrastare con il mancato riconoscimento di efficacia diretta orizzontale di tale fonte del diritto.

In prospettiva, rimane aperta la questione di come possano essere considerate le direttive che si pongono in linea di continuità con fattispecie già previste dall'ordinamento UE oppure a livello interno, qualora vengano in rilievo in giudizio prima della scadenza del termine di recepimento. Secondo la lettura proposta, la sentenza

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, causa C-201/02.

⁴⁴ Sentenza *Wells*, punto 56, in base alla quale "un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro, qualora si tratti di obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi di tale direttiva", escludendosi in tal caso gli effetti collaterali. Così anche sentenza *Arcor*, punto 35.

Casertana Costruzioni potrebbe contenere *in nuce* le basi per ipotizzare un superamento, nei termini descritti, della giurisprudenza *Adeneler*, garantendo alle direttive che non introducono istituti nuovi un valore esegetico anche prima della scadenza per la trasposizione. Tale conclusione non può però essere generalizzata. Anche qualora si aderisca a questa interpretazione, resterebbe sempre in capo all'interprete l'onere di verificare di volta in volta in quale contesto si inseriscono le direttive sopravvenute, come si pone il loro contenuto in relazione al diritto UE vigente e quali sono le ricadute nella sfera giuridica di terzi controinteressati.

Abstract

The Scope of the Directives before Expiration of the Deadline for Their Transposition: Some Considerations Related to the *Casertana Costruzioni* Judgment

Starting from the decision of the European Court of Justice of 14 September 2017 in the case *Casertana Costruzioni*, the present paper aims at clarifying which is the scope of EU directives before the deadline for their transposition has expired. In this context judgments rendered by both administrative and civil national courts are analysed in order to show the different approaches adopted by domestic judges in this regard. Through this assessment the article intends to assert a wider recourse to the consistent interpretation tool to be implemented even before the transposition deadline, thus proposing a first step towards the overcoming of the *Adeneler* case law.

Annita Larissa Sciacovelli*

Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali**

SOMMARIO: 1. Il fenomeno dei minori stranieri non accompagnati in Europa: eterogeneità della categoria e trasversalità della tutela internazionale ed europea. – 2. Il Sistema comune europeo di asilo alla prova dell'emergenza migratoria minorile: profili problematici evidenziati dalle Corti europee. – 3. La giurisprudenza inglese del caso *ZAT* e il “*duty to entry*” ex art. 8 CEDU. – 4. Le proposte di riforma del Sistema comune europeo di asilo. – 5. Le novità introdotte dalla legge n. 47/2017 (c.d. legge “Zampa”). – 6. Considerazioni conclusive.

1. La migrazione minorile nell'UE costituisce ormai una componente a lungo termine del fenomeno migratorio rappresentando una sfida complessa per l'ordinamento giuridico internazionale ed europeo¹. Dai dati dello European Migration Network (EMN) risulta che nel 2016 il 36% degli immigrati giunti in Europa è stato costituito da minori, i quali rappresentano il 30% delle vittime dell'immigrazione, cui si aggiunge la notizia allarmante del numero dei minori stranieri non accompagnati (MSNA) pari a 96.465². In Italia, nel 2017, il Ministero del lavoro ha registrato 18.303 ingressi di minori non accompagnati, mentre 6.508 risultano irreperibili³. Trattasi di stime indicative, poiché non includono né i numerosi casi di minori erroneamente identificati come adulti, né di minori che transitano nell'UE senza registrarsi presso le autorità degli Stati membri, o che si dichiarano maggiorenni, per il timore di non potersi spostare in altri Paesi europei.

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Il presente scritto riproduce l'intervento svoltosi a Trento in occasione del XXIII Convegno annuale SIDI su “Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?”, 8-9 giugno 2017, ed è destinato anche alla raccolta a cura degli organizzatori.

¹ V. il *Progress Report of the UN Human Rights Council Advisory Committee on the Global Issue of Unaccompanied Migrant Children and Adolescents and Human Rights*, 2 agosto 2016, UN Doc. A/HRC/33/53; Agenzia UE per i diritti fondamentali, *Migration to the EU: Five Persistent Challenges*, febbraio 2018, p. 14, ambedue reperibili *online*.

² Cfr. EMN, *Policies, Practices and Data on Unaccompanied Minors in European Union*, 2016, reperibile *online*.

³ V. il Report di monitoraggio sui minori stranieri non accompagnati, dati del 31 dicembre 2017, reperibile *online*.

Il carattere approssimativo del fenomeno è imputabile anche all'assenza di dati statistici completi da un punto di vista quantitativo e qualitativo, atteso che il regolamento 862/2007 prevede il solo censimento dei MSNA richiedenti asilo e vittime della tratta, e non anche quello dei non richiedenti protezione⁴.

Va da sé che una rilevazione parziale del fenomeno non favorisce un suo completo inquadramento che, se conosciuto in modo puntuale, permetterebbe di superare l'approccio emergenziale e stimolerebbe una gestione coerente della politica migratoria minorile nell'UE, come auspicato dalla Commissione nello *Staff Working Document Implementation of the Action Plan on UAMS* del 2017, in cui sollecita gli Stati membri a fornire dati statistici, anche disaggregati, inerenti a tutte le categorie di MSNA⁵.

Ad ogni buon conto, la lettura sommaria dei dati indicati consente già di intuire, per linee generali, la complessità e l'ampiezza del fenomeno migratorio minorile in Europa, non tanto in termini assoluti, cioè se valutati rispetto al numero complessivo dei migranti giunti nell'UE, quanto – invece – se considerati alla luce della condizione di estrema vulnerabilità dei minori migranti. Trattasi di bambini e ragazzi già vittime di un drammatico percorso migratorio, giunti senza genitori o parenti, ovvero abbandonati dopo il loro arrivo nell'UE, nei cui riguardi è richiesta agli Stati membri la più ampia protezione ai fini della loro corretta individuazione e accoglienza, onde porli al riparo dalle organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento del lavoro minorile, alla prostituzione, alla porno-pedofilia e finanche all'espianto di organi⁶.

In realtà, sebbene vi sia una definizione uniforme di MSNA nel diritto UE – quale “persona di età inferiore ai diciotto anni che entri nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnata da un adulto che ne sia responsabile per legge o in base agli usi, fino a quando non sia effettivamente affidata a un adulto”, termine in cui è incluso anche il minore abbandonato dopo essere entrato nel territorio UE⁷ – una prima problematica inerente al suo trattamento riguarda proprio l'eterogeneità di tale condizione, esposta a una certa variabilità nelle diverse fasi di arrivo e transito negli Stati membri, che ne complica l'inquadramento giuridico.

Si pensi, ad esempio, al MSNA vittima della tratta e/o della cosiddetta ri-tratta; alla sua condizione di migrante regolare o irregolare, atteso che in quest'ultimo caso egli sarà soggetto alla procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/11/CE

⁴ V. il regolamento (CE) n. 862/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, relativo alle statistiche dell'UE in materia di migrazione e di protezione internazionale.

⁵ V. il documento di lavoro che accompagna la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 12 aprile 2017, La protezione dei minori migranti, COM(2017)211 fin.

⁶ Cfr. F. IPPOLITO, (*De*)*Constructing Children's Vulnerability in European Law*, in F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SANCHEZ (eds.), *Protection of Vulnerable Group. The European Human Rights Framework*, Oxford, 2015, p. 23 ss.; J.M., POBJOY, *The Child in International Refugee Law*, London, 2017, p. 22 ss.

⁷ Così, l'art. 2, par. 1, lett. 1), della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, la cui definizione è ripresa in tutti gli atti di diritto derivato dell'UE.

(direttiva rimpatri)⁸; al suo trattamento nello Stato di transito, o in quello di destinazione, specie se richiedente la protezione internazionale; al suo *status* derivante dalle relazioni con familiari presenti a vario titolo sul territorio europeo, o in Paesi terzi, ai fini del ricongiungimento familiare⁹.

Attualmente, tali profili di tutela sono considerati da diversi livelli ordinamentali – normativa internazionale, atti UE, giurisprudenza della Corte di giustizia UE e della Corte EDU – a cui si aggiunge la legislazione statale. Si delinea, pertanto, un quadro normativo di non facile coordinamento in cui la garanzia dei diritti fondamentali *dovrebbe* travalicare ogni confine territoriale, per proteggere l'estrema fragilità psico-fisica del minore¹⁰.

Ciò premesso, nell'affrontare il nostro tema occorre prendere le mosse dalla tutela apprestata ai MSNA dal primo livello di protezione, quello internazionale, contenuto nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 (CRC)¹¹. Essa appresta una protezione di carattere generale, applicabile anche nel contesto migratorio, in funzione del principio cardine del superiore interesse del minore, sancito dall'art. 3 CRC¹². Trattasi di un principio che racchiude

⁸ V. la direttiva 2008/11/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

⁹ In materia di protezione del minore vittima della tratta, si vedano, fra gli altri, G. CARELLA, *La tratta degli esseri umani*, in G. CARELLA et al., *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 207 ss.; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 19 ss.; M. GAMBINI, *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, 2014, reperibile online; A. ANNONI, *The Protection of Child Victims of Trafficking in Europe*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Napoli, 2016, p. 31 ss.

¹⁰ Sulla tutela del minore migrante si rinvia, tra gli altri, a M.R. SAULLE, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; F. MOSCONI, *La protezione dei minori*, in SALERNO (a cura di), *Convezioni internazionali e la legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, p. 59 ss.; G. VAN BÜREN, *The International Law on the Rights of the Child*, The Hague, 1998, p. 46 s.; A. DEL VECCHIO, *La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 655; A. SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 224; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 247 ss.; M.C. MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 232 ss.; G. GIOFFREDI, *Effettività e limiti della tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 391 ss.; F. LENZERINI, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nel diritto internazionale*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, p. 271 ss.; B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, 2013, p. 59 ss.; F. MORRONE, *L'interesse superiore del minore straniero non accompagnato nella prassi internazionale*, in A. ANNONI, P. MORI (a cura di), *I diritti delle famiglie migranti fra interazione e tutela della diversità*, Torino, 2015, p. 103 ss.; A. ZANOBETTI, *Protezione dei minori di età*, in *Codice della famiglia*, Milano, 2015, p. 3223 ss.; B. GORNIK, *At the Crossroad of Power Relations: the Convention of the Rights of the Child and Unaccompanied Migrant Minors*, in M. SEDMAK, B. SAUER, B. GORNIK (eds.), *Unaccompanied Children in European Migration and Asylum Practices: in Whose Best Interest*, Abingdon, 2017, p. 10 ss.

¹¹ Ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

¹² V. la dichiarazione di New York su rifugiati e migranti del 13 settembre 2016, UN Doc. A/71/L.1. In dottrina, ampiamente, si veda, M. FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child*, in A. ALEN et al.

in sé la funzione principale di criterio di valutazione delle legislazioni e delle decisioni degli Stati membri, non solo riguardo alle questioni familiari, ma per tutti i provvedimenti relativi al minore in qualunque contesto giuridico e relazionale. La CRC fornisce, infatti, una tutela avanzata del minore che ha ampiamente costituito la base giuridica tanto della normativa internazionale, europea e statale, quanto della giurisprudenza della Corte EDU anche in tema di immigrazione minorile.

Nello specifico, e con riferimento ai minori migranti, la CRC sancisce l'obbligo di applicazione dei diritti convenzionali all'intero territorio degli Stati parti e a tutti i minori che si trovano sotto la loro giurisdizione (art. 2, par. 1, CRC). Sul punto, il Comitato dei diritti del fanciullo (Comitato CRC), nelle sue Osservazioni generali n. 6 del 2005 sul trattamento dei minori separati dalle proprie famiglie e non accompagnati fuori dal proprio Paese d'origine, ha affermato che tali diritti devono essere "available to all children – including asylum-seeking, refugee and migrant children – irrespective of their nationality, immigration status or statelessness"¹³. Ne consegue che tali diritti non possono essere ridotti *né arbitrariamente, né unilateralmente, escludendo alcune zone o aree dal territorio dello Stato o definendo particolari aree o zone come non soggette, o soggette solo parzialmente, alla giurisdizione dello Stato*. Ciò comporta, ad esempio, l'illegittimità della pratica dei respingimenti in mare da parte delle autorità di uno Stato costiero anche nei confronti dei migrati minori di età¹⁴.

Il par. 2 dell'art. 2 reca poi il divieto di discriminazione, inteso non solo quale obbligo negativo, ossia di non differenziare la valutazione della richiesta di asilo, bensì anche quale obbligo positivo richiedente una "differentiation on the basis of different protection needs such as those deriving from age and/or gender"¹⁵. Specificamente, con riferimento all'*ingresso* del minore straniero, la CRC indica gli obblighi dello Stato territoriale consistenti nell'esaminare la sua domanda di ricongiungimento familiare in maniera positiva e umana (art. 10, par.1); nel riconoscerli protezione e aiuti speciali, in considerazione della sua particolare vulnerabilità se, temporaneamente o definitivamente, privato del suo ambiente familiare (art. 20); nell'adozione di misure adeguate affinché egli ottenga lo statuto di rifugiato e possa beneficiare dell'assistenza necessaria; nel collaborare con gli altri Stati nell'attività di *family tracing* e, ove i familiari siano irrimediabilmente, nel fornire al minore un'assistenza speciale pari a quella accordata a ogni altro minore cittadino che si trovi in un'analoga situazione. Peraltro, secondo il Comitato CRC, il diritto del minore alla

(eds.), *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of Child*, Leiden, 2007, p. 366 ss.; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 981 ss.; J. BHABHA, *Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have a Right to Have Rights?*, in M. SEDMAK, B. SAUER, B. GORNIK (eds.), *op. cit.*, p. 203 ss.; J. KANICS, *The Best Interests of Unaccompanied and Separated Children: A Normative Framework Based on the Convention on the Rights of the Child*, *ivi*, p. 98 ss.; C. VAN OS, E. ZIJSTRA, E.J. KNORTH, W. POST, M. KALVERBOER, *Methodology for the Assessment of the Best Interests of the Child for Recently Arrived Unaccompanied Refugee Minors*, *ivi*, p. 104 ss.; G. CELLAMARE, *Dublino II (e III) e interesse superiore del minore non accompagnato*, in *Sud in Europa*, 2013, reperibile online, p. 6 ss.

¹³ Cfr. Osservazioni generali n. 6, del 3 giugno 2005, par. 12.

¹⁴ V. della Corte EDU (GC) la sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi c. Italia*; R. VIRZO, *Coastal States and the Protection of Migrant Children at Sea*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁵ Cfr. le citate Osservazioni generali n. 6, par. 18.

protezione umanitaria sarebbe esteso anche alla fase di *attesa* del riconoscimento dello status di rifugiato¹⁶.

Un'ultima disposizione centrale nel trattamento del minore straniero è quella relativa al divieto della privazione della libertà in maniera arbitraria, che deve costituire un provvedimento di ultima istanza, di breve durata e giammai giustificato dal controllo dei flussi migratori (art. 37 CRC)¹⁷. Tale norma prevede altresì che in caso di detenzione il minore debba essere separato dagli adulti, salvo che ciò non sia nel suo interesse, e che egli abbia rapidamente accesso a un'assistenza legale onde contestare la legalità della privazione della libertà dinanzi un tribunale, o altra autorità competente, indipendente e imparziale. Nel caso di specie il riferimento è alla prassi del trattenimento dei MSNA all'interno dei centri di accoglienza, o di identificazione ed espulsione, assimilabili per molti versi a strutture di detenzione, senza la garanzia di un alloggio separato e spesso in ambienti assolutamente non consoni alle condizioni e alle necessità di un minore¹⁸.

2. In ambito europeo il trattamento riservato ai MSNA rientra nella disciplina relativa al Sistema europeo comune di asilo (SECA), il quale costituisce il perimetro giuridico nel quale rintracciare la soglia minima cogente imposta per l'accoglienza dei migranti anche minori. A partire dal 2003, a causa dalle forti e persistenti ondate migratorie che hanno investito il continente europeo, tale disciplina è stata soggetta a un'importante opera di revisione conclusasi negli anni 2011-2013¹⁹. Attualmente, in sintesi e senza la pretesa di essere esaustivi, la disciplina del SECA applicabile ai MSNA consta: del regolamento (UE) 604/2013 (regolamento Dublino III)²⁰, della direttiva qualifiche (direttiva 2011/95/UE)²¹, della direttiva procedure (direttiva

¹⁶ Ivi, par. 22. Cfr. J. BHABHA, *Lone Travellers: Rights, Criminalization and the Transnational Migration of Unaccompanied Children*, in *Journal of Interdisciplinary Legal Studies*, 2000, p. 269 ss.; dello stesso A. v. *Minors of Aliens? Inconsistent State Intervention and Separated Child Asylum-seekers*, in *European Journal of Migration and Law*, 2001, p. 288 ss.

¹⁷ In punto, v. le condizioni indicate nelle citate Osservazioni generali n. 6, paragrafi 61-63. Cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2013, p. 333 ss.

¹⁸ Cfr. J. VITERALE, *Il minore straniero*, in A. MACRILLO' (a cura di), *I diritti del minore e la tutela giurisdizionale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 515 s.; B. NASCIBENE, *Un percorso tra i diritti. Scritti scelti (a cura degli allievi)*, Milano, 2016, p. 133 ss.

¹⁹ V., in particolare, A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 669 ss.; B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 105 ss., in specie p. 114 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012; 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 internazionali ed europei*, Padova, 2012, p. 160 ss., in specie p. 242 ss.

²⁰ V. il regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

²¹ V. la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione

2013/32/UE)²², della direttiva accoglienza (direttiva 2013/33/UE)²³ e della citata direttiva rimpatri. Si rammenta che in materia sono applicabili altresì specifiche disposizioni contenute nella direttiva sulla tratta degli esseri umani (direttiva 2011/36/UE)²⁴ e nella direttiva sulla protezione delle vittime di reato (direttiva 2012/29/UE)²⁵.

Ciò premesso, le principali problematiche sorte a seguito delle crisi migratorie sono state accuratamente rilevate dalla giurisprudenza delle Corti europee e dai rapporti delle agenzie e istituzioni che, a vario titolo, coadiuvano l'UE nella gestione dei migranti – FRONTEX, EMN, Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA), International Organization for Migration (IOM), United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCR) e talune ONG –, la cui lettura consente di cogliere l'effettività dei diritti sanciti nella CRC, nella CEDU e nel diritto UE e valutare la recente riforma del SECA proposta dalla Commissione europea attualmente all'esame del legislatore europeo²⁶.

In punto, è doveroso sottolineare che la CRC ha esercitato un'importante influenza nell'evoluzione della normativa UE, come dimostrato, tra l'altro, dalla nota pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia nel caso *M.A.*, grazie alla quale è stata apportata una significativa modifica al regolamento Dublino II – recepita nel testo del suo art. 8 – sulla base del superiore interesse del MSNA, come disciplinato dall'art. 24, par. 2, della Carta di Nizza e sulla falsariga dell'art. 3 CRC²⁷. Nella pronuncia in esame, la Corte di Lussemburgo, preso atto dell'estrema vulnerabilità

internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria.

²² V. la 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.

²³ V. la direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

²⁴ V. la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

²⁵ V. la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che introduce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

²⁶ V. UNHCR, *Guidelines on Determining the Best Interest of the Child*, 2008, p. 13 s., reperibile online; FRONTEX, *Unaccompanied Minors in the Migration Process*, n. 18477, dicembre 2016, reperibile online; FRA, *On Separated, Asylum-Seeking Children in European Union Member States*, aprile 2010, reperibile online; UNHCR, UNICEF, IOM, *Refugee and Migrant Children in Europe*, in *Quarterly Overview of Trends*, 2017, reperibile online. Per un approfondimento in letteratura v., tra gli altri, M. BUQUICCHIO DE BOER, *Children and the European Convention on Human Rights*, in MATSCHER, PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights*, Köln, 1990, p. 73 ss.; L. COUTURUER-BOURDINIÈRE, *La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants, Mélanges en hommage au Doyen Cohen Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, p. 523 ss.; U. VILLANI, *Linee di tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa agli stranieri*, in F. MARCELLI (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, Napoli, 2013, p. 273 ss.

²⁷ V. la sentenza del 6 giugno 2013, causa C-648/11, punti 55-61, nonché la sentenza del 6 novembre 2012, causa C-245/11, *K. c. Bundesasylamt*, punto 52. In dottrina, v. tra gli altri, G. CELLAMARE, *Dublino II*, cit., p. 6 ss.; A. DEL GUERCIO, *Superiore interesse del minore e detenzione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 243 ss.

del MSNA, ha affermato che qualora quest'ultimo abbia presentato domanda di protezione internazionale in più Stati membri, lo Stato competente al suo esame possa anche essere quello in cui si trovi il minore, sebbene in tale Stato egli non abbia familiari o parenti legalmente presenti, onde evitare inutili spostamenti verso lo Stato di transito o di primo ingresso, posto che la finalità del sistema di Dublino è garantire un rapido accesso alla procedura di asilo e prevenire inutili ritardi procedurali nell'attribuzione dello status di rifugiato²⁸.

In realtà, è la Corte EDU a essere stata di gran lunga più recettiva della tutela del MNSA come disciplinata nella CRC. Infatti, a dispetto dell'assenza nella CEDU di una norma relativa al trattamento degli stranieri, essa ha elaborato tale tutela grazie al combinato disposto della CEDU e della CRC, dando vita a un diritto giurisprudenziale di notevole impatto²⁹. Così, nella sentenza relativa al caso *Mubilanzila*³⁰, i giudici di Strasburgo, preso atto del vuoto normativo europeo in materia di trattamento e accoglienza dei MSNA, richiamando la CRC, hanno sviluppato un interessante indirizzo giurisprudenziale concernente l'obbligo per gli Stati membri di conciliare la *immigration policy*, ritenuta unanimemente nel diritto internazionale espressione della sovranità statale, con l'obbligo di protezione del MSNA in ogni condizione prescindendo dal suo status di migrante³¹.

Il caso in esame si presenta emblematico e, per molti aspetti, ancora attuale in quanto la Corte EDU, sottolineando l'estrema vulnerabilità del MNSA, ha affermato che la permanenza di una minore di cinque anni per due mesi in un centro di detenzione amministrativa per adulti irregolari, senza alcun tipo di assistenza, configura un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU. A tal proposito, lo Stato convenuto è stato condannato sia per non avere fornito una tutela adeguata al MSNA, predisponendo la nomina di un tutore e un'accoglienza a misura di minore, sia per aver violato l'obbligo positivo, di cui all'art. 8 CEDU, impedendo il ricongiungimento della piccola con la madre rifugiata in Canada. Quanto contestato al Belgio era imputabile al trattenimento prolungato della minore sul suolo belga e al

²⁸ È appena il caso di sottolineare che a breve la Corte di giustizia dovrà pronunciarsi su un altro caso relativo all'istanza di ricongiungimento familiare di un MSNA presentata ai sensi dell'art. 10, par. 3, della direttiva 2006/86/UE, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 16 novembre 2017, causa C-550/16, A.S. c. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

²⁹ In argomento, v. C. PITEA, L. TOMASI, *Articolo 8*, in V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 297.

³⁰ Cfr. la sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila c. Belgio*. Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo sono stati aditi per giudicare della detenzione per due mesi nel 2002 di una bimba di 5 anni, congolese e non accompagnata, in un centro di detenzione per migranti adulti nella zona di transito dell'aeroporto di Bruxelles, mentre era in transito con un parente nel tentativo di ricongiungersi con la madre, rifugiata in Canada. Alla detenzione era seguito il rimpatrio assistito della minore, in assenza delle necessarie garanzie circa la sua reintegrazione in famiglia, posto che le autorità belghe non avevano provveduto ad alcun tipo di assistenza né durante il volo, né al suo arrivo in Congo, ove ad attenderla non vi era nessuno, par. 50 ss., e par. 81 ss.

³¹ Cfr. B. MASSON, *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 2007, p. 823; M. PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 457.

suo successivo rimpatrio nello Stato di origine, senza l'adeguata assistenza prevista dalla CRC, in violazione del principio di *non refoulement*³².

Non v'è dubbio che i rilievi indicati nella sentenza in esame hanno influito sull'elaborazione delle norme minime in materia di accoglienza dei MSNA raccolte nel SECA in cui, infatti, è espressamente prevista la nomina di un tutore o un rappresentante legale, l'accoglienza in appositi centri specializzati, oltre all'obbligo per gli Stati membri di permettere il ricongiungimento familiare e favorire il rimpatrio volontario.

In realtà, negli altri casi sottoposti al sindacato della Corte EDU, successivi alla prima sostanziale riforma delle direttive in materia di politica comune dell'asilo, realizzata tra il 2011 e il 2013, non sono state individuate gravi carenze nella disciplina UE, la quale consta di una cornice giuridica uniforme di procedure e criteri minimi imposti agli Stati membri. Piuttosto, l'imputabilità in capo a questi ultimi delle violazioni della CEDU sarebbe dovuta o a problemi derivanti dalla mancata (o parziale) trasposizione nell'ordinamento statale della pertinente disciplina UE, ovvero all'atteggiamento negligente, inerte e, talvolta, anche intenzionale, delle autorità statali nel non predisporre adeguate misure di inquadramento e accompagnamento dei MSNA³³. Nello specifico, ciò è stato affermato nella sentenza *Rahimi* riguardo alla mancata identificazione di un MSNA da parte delle autorità del centro di accoglienza dei migranti, all'accertamento della sua età in tempi irragionevoli, alla mancanza di adeguata accoglienza materiale, assistenza legale e informazioni chiare e comprensibili relative al diritto alla protezione internazionale e circa l'avanzamento dell'istanza di asilo, e anche all'assenza di un reclamo avverso l'espulsione e la legalità della detenzione amministrativa, in violazione dell'art. 5, paragrafi 1 e 4, CEDU³⁴.

In merito a quest'ultimo punto, la Corte EDU ha precisato l'obbligo per gli Stati membri di introdurre, nei rispettivi ordinamenti, un reclamo effettivo e rapido

³² Cfr. T. SMITH, *European Refugee Law and Its Impact upon Children*, in H.E. ANDERSSON *et al.* (eds.), *The Asylum Seeking Child in Europe*, Göteborg, 2005, p. 545 ss., reperibile online; SÖDERBERGH, *International Law and Children as Asylum-Seekers*, London, 2005, p. 331 ss.; E. OCELLO, *Il trattenimento dei richiedenti asilo secondo la normativa dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011, p. 219 ss.

³³ V. le sentenze dell'11 dicembre 2014, *Mohamad c. Grecia*, paragrafi 42 e 63, e del 22 novembre 2016, *Abubakar c. Malta*, paragrafi 104 e 144.

³⁴ V. la sentenza del 5 luglio 2011, *Rahimi c. Grecia*, riguardante la vicenda di un minore quindicenne orfano di origine afgana, giunto nel 2007 sull'Isola di Lesbos, e ivi trattenuto in un centro di detenzione amministrativa per adulti senza la nomina di un tutore e senza un adeguato accertamento del suo *status* di minore non accompagnato, secondo una prassi diffusa in Grecia, par. 70. Tale centro è stato poi chiuso nell'ottobre 2009, a seguito del rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) che ne aveva definito le condizioni di accoglienza "abominevoli". Decretata la sua espulsione, con atto scritto peraltro in greco, il minore restava senza alcun tipo di assistenza finché, giunto ad Atene, fu preso in carico da una ONG che gli fornì l'assistenza necessaria anche dal punto di vista legale. In dottrina, v. G. CELLAMARE, *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p.181 ss.; C. SMYTH, *The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry. Jurisprudence of the ECHR: How Principled is the Court's Use of the Principle?*, in *European Journal of Migration Law*, 2015, p. 70; C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2016, p. 279 ss.

avverso la detenzione da presentare a un organo indipendente e imparziale, atteso che non può essere considerato come corrispondente a quanto richiesto dall'art. 13 CEDU il ricorso gerarchico all'ufficiale di polizia responsabile del centro di accoglienza, peraltro senza alcuna specificazione circa la procedura e il termine entro il quale l'autorità statale sia tenuta a rispondere. Parimenti, è necessaria la previsione di un reclamo avverso il trasferimento interstatale di un MSNA in virtù del sistema Dublino, nonché per contestare lo stato dei centri di accoglienza, date le inumane e degradanti condizioni di trattenimento cui spesso è sottoposto il MSNA, ritenute anch'esse dalla Corte EDU lesive dell'art. 3 CEDU, come ribadito anche nelle successive pronunce³⁵.

Ad ogni buon conto, per i giudici di Strasburgo la detenzione del MSNA deve essere ridotta al minimo necessario e finalizzata alla sua identificazione e all'accertamento del suo *status* e, qualora egli sia detenuto in forza dell'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU, onde evitare il suo ingresso illegittimo nello Stato, essa deve cessare dal momento della presentazione della richiesta di asilo³⁶.

Infine, uno degli aspetti maggiormente problematici riguardo alla protezione del MSNA verte sullo scarso impegno delle autorità statali nell'attività di *family tracing* ai fini del ricongiungimento familiare previsto dal regolamento Dublino III e dalla direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, sul ricongiungimento familiare di cittadini di Stati terzi³⁷. Trattasi di un atteggiamento molto diffuso e confermato da uno studio dell'EMN del 2016, dal quale risultano altresì criticità circa il mancato coordinamento e la scarsa cooperazione tra le autorità statali in caso di trasferimento di un MSNA ai fini del ricongiungimento familiare³⁸.

A ciò si aggiungono, secondo il rapporto FRA del 2016, importanti lacune del sistema di protezione del MSNA imputabili alle disarmonie legislative tra gli Stati membri nel recepimento del SECA concernenti la formazione e le funzioni del tutore del MSNA, attesa l'importanza del suo ruolo e delle sue competenze anche nella prevenzione della tratta di cui spesso sono vittime i minori³⁹. Altre critiche

³⁵ Sulle condizioni inumane di trattenimento e detenzione dei MSNA in Grecia, v. la sentenza (GC) del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 251; le sentenze citate *supra* nella nota 33 e quelle del 28 ottobre 2010, *Bubullima c. Grecia*, par. 24 ss; del 24 ottobre 2013, *Hosein c. Grecia*; del 26 novembre 2015, *Mahamed Jama c. Malta*; si rammenta che, attualmente, risulta pendente l'affare *Tarawalli c. Italia* presentato a fine 2017.

³⁶ V. Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Strategy for the Rights of the Child (2012-2015)*, del 15 febbraio 2012, CM (2011)171 final, e il *Report of the Special UN Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, del 5 marzo 2015, UN Doc. A/HRC/28/68. In dottrina, v. J.M. ПОВЮЙ, *The Best Interests of the Child Principles as an Independent Source of International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 327 ss.

³⁷ Cfr. le sentenze *Rahimi*, par. 91, e del 10 luglio 2014, *Senigo Longue c. Francia*, par. 67 ss.

³⁸ Cfr. ENM, *The Return of Rejected Asylum Seekers: Challenges and Good Practices: EMN Synthesis Report*, novembre 2016, reperibile online; J. БИВАННА, *Children Without State: A Global Human Rights Challenge*, London, 2011, p. 378 ss.

³⁹ Si pensi, ad esempio, all'art. 31, par. 2, della direttiva qualifiche, che prevede che “gli Stati membri provvedono affinché le esigenze del minore siano debitamente soddisfatte dal tutore o rappresentante designato”, lasciando ampia discrezionalità agli Stati membri circa la scelta della figura giuridica da istituire ai fini della tutela del minore non accompagnato, senza alcuna considerazione delle differenti competenze e funzioni spettanti all'uno o all'altro. V. FRA, *Current Migration Situation of Separated and Unaccompanied Minors*, dicembre 2016, reperibile online.

sono contenute nel rapporto UNHCR del 2017 sull'applicazione del regolamento Dublino III, ove è stata rilevata l'eccessiva durata delle procedure di riconoscimento della protezione internazionale dei MSNA, alle quali peraltro non è garantita la dovuta priorità⁴⁰.

3. Analizzato il contesto internazionale, conviene ora approfondire l'attuazione sul piano interno. In questo ambito una giurisprudenza statale particolarmente degna di nota, in quanto ha dato avvio ai c.d. *Dublin* (o *ZAT*) *cases* concernenti la valutazione del rispetto dell'art. 8 CEDU nelle procedure previste dal regolamento Dublino III a tutela dei MSNA da parte dei tribunali inglesi, è quella relativa all'ordinanza del 20 gennaio 2016, in merito all'affare *R. (on the application of ZAT and Others) v. Secretary of State for the Home Department* (caso *ZAT*), decisa dall'Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber (UT)⁴¹.

Il caso in esame verte sul reclamo presentato da tre MSNA – cittadini siriani residenti nel campo profughi la “giungla” di Calais – avverso il rifiuto del Secretary of State for the Home Department (Secretary of State) di ammetterli nel Regno Unito per il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 17 del regolamento Dublino III. Il motivo del rifiuto era la mancata presentazione dell'istanza di protezione dei MSNA in Francia (Stato di arrivo), come previsto dal regolamento in esame, che non permetteva la loro presa in carico da parte delle autorità britanniche impedendo, di fatto, il ricongiungimento familiare con i parenti rifugiati nel Regno Unito.

Trattasi di un caso rilevante sotto tre profili. Il primo, in quanto ha messo in luce il dramma umano del campo profughi sorto spontaneamente sul suolo francese e le cui precarie condizioni igienico-sanitarie e di sicurezza sono state definite degradanti e inumane dall'ordinanza in esame, come pure già dal Tribunale amministrativo di Lille che, nella pronuncia del 2 novembre 2015, ne aveva disposto la chiusura (generando uno stato di grave incertezza per il migliaio di minori non accompagnati ivi accampati), e – successivamente – dal Rappresentante speciale del Segretario generale sull'immigrazione e sui rifugiati del Consiglio d'Europa nel suo rapporto del 12 ottobre 2016.

Il secondo profilo concerne l'inefficienza del sistema francese di identificazione e registrazione dei MSNA, in quanto nel 2016 il grande numero di immigrati giunti in Francia, insieme alla penuria di risorse umane e finanziarie, aveva fortemente compromesso il funzionamento del meccanismo di protezione accordato ai MSNA dal SECA. A ciò si aggiunga che i “french child protection services do not particularly encourage children to make asylum applications. The view is that there is no

⁴⁰ Cfr. UNHCR, *Study on the Implementation of the Dublin III Regulation*, 2017, reperibile *online*.

⁴¹ Cfr. ordinanza dell'UT del 29 gennaio 2016, IJR [2016] UKUT 61 (IAC), reperibile *online*, dalla quale risulta che il campo di Calais, sorto spontaneamente su iniziativa dei migranti giunti al porto della omonima cittadina per raggiungere l'Inghilterra, aveva un'estensione di 18 ettari con una popolazione di circa seimila migranti, di cui quasi mille MSNA. Si veda altresì l'ordinanza del 2 novembre 2015 del Tribunale amministrativo di Lille, n. 1508747; il *Report of 12th October 2016 of the Fact-finding Mission on the Situation of Migrants and Refugees in Calais, France by the Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees*, settembre 2016, SG/Inf(2016) 35., reperibile *online*. Cfr. S. PEERS, *The Dublin Regulation: Is the End Nigh? Where Should Unaccompanied Children Apply for Asylum?*, in *EU Law Analysis*, 2016, reperibile *online*.

need, because once they enter the care system, they are adequately protected until their 18th birthday in any event”⁴². Di talché se da una parte tale prassi presentava indubbi vantaggi per i MSNA, i quali potevano comunque usufruire dei diritti riconosciuti dalla legge francese, dall’altra parte non consentiva loro di esercitare il diritto al ricongiungimento familiare ai sensi del regolamento Dublino III operante tra gli Stati membri dell’UE.

Il terzo profilo verte sui problemi connessi alla coesistenza del regime Dublino III con la tutela dei diritti predisposta dalla CEDU: due sistemi suscettibili di confliggere allorché il rispetto delle procedure di asilo imposte dal primo interferisce con il diritto alla vita familiare tutelato dal secondo (art. 8 CEDU). Invero, nel caso in esame l’UT, chiamato a decidere della legittimità del rifiuto di ingresso dei tre MSNA da parte del Secretary of State, ha rilevato il contrasto tra il mancato ricorso alla procedura europea di protezione internazionale da parte dei MSNA in Francia, ciò che impediva il normale funzionamento del sistema di Dublino, e la tutela della vita familiare dei MSNA. Sul punto, l’UT ha richiamato la giurisprudenza della Corte EDU in materia in virtù della quale, ai sensi dell’art. 8 CEDU, sugli Stati membri ricade l’obbligo positivo di consentire l’ingresso di minori nel *best child interests* ai fini del ricongiungimento familiare⁴³. Infatti, nell’ordinanza in esame, sulla falsariga della giurisprudenza di Strasburgo, si ribadisce che “the ‘extreme vulnerability’ of unaccompanied minors is a decisive factor which ‘takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant’”⁴⁴.

Tanto premesso, l’UT ha deciso il caso avvalendosi dell’art. 8 CEDU qualificando gli attori *non* quali candidati alla protezione internazionale – in virtù del regolamento Dublino III – bensì *esclusivamente* quali minori richiedenti il ricongiungimento familiare, poiché dalla disposizione menzionata sarebbe derivato, a carico del Regno Unito, un obbligo positivo di ammissione dei MSNA sul proprio territorio in tempi rapidi (“duty to admit”), atteso che, invece, in virtù del predetto regolamento il lasso di tempo richiesto sarebbe stato troppo lungo (circa 11 mesi) e, quindi, lesivo delle già precarie condizioni personali e psicologiche dei MSNA. Procedendo in tal modo i giudici inglesi hanno “*bypassed* the procedural mechanism of the Dublin regulation at the initial stage for determining which Member State is responsible” (il corsivo è nostro) in quanto caso di eccezionale urgenza e gravità per la situazione dei minori non accompagnati⁴⁵.

Come si può ben immaginare, l’ordinanza in parola è stata oggetto di istanza di autorizzazione all’appello presentata dal Secretary of State – secondo la procedura propria dell’ordinamento giudiziario inglese – in quanto “the appeal was necessary because the approach of the UT has potentially far-reaching and serious consequences for the ability of the United Kingdom to control its borders and for the integrity

⁴² V. Asylum Information Database, *Common Asylum System at a Turning Point: Refugees Caught in Europe’s Solidarity Crisis*, 2016, reperibile *online*.

⁴³ Cfr. le sentenze del 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi*, par. 45 ss.; del 1° dicembre 2005, *Tuqabo-Teckle c. Paesi Bassi*, par. 50 ss., e la sentenza *Mubilanzila*, par. 43.

⁴⁴ In tal senso v. altresì dell’UT la sentenza del 22 marzo 2016, *MK, IK and HK and CK(Afghanistan) v. Secretary of State for the Home Department*, in cui viene ribadito il diritto al ricongiungimento familiare ex art. 8 CEDU nel contesto del regolamento Dublino III, reperibile *online*.

⁴⁵ V. la citata ordinanza *ZAT*, paragrafi 50, 54-58.

of the Dublin III system”. Invero, nella sentenza di autorizzazione all’appello del 2 agosto 2016 la Corte di appello (*Civil Division - from the Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber*), preso atto del fatto che nessun provvedimento è stato adottato dal Secretary of State avverso l’ingresso dei MSNA – da cui la presunzione che il Regno Unito sia “the correct place for their asylum claims to be determined substantively” – ha acconsentito a che il Secretary of State proceda con il ricorso in appello, pur confermando in buona parte l’approccio dell’UT riguardo ai *dispersed children*, i quali necessitano di un’urgente tutela per contrastare l’opera dei trafficanti dediti alla tratta, anche alla luce della citata sentenza della Corte di giustizia sul caso *M.A.* e della sentenza *Tanda-Muzinga* della Corte EDU sull’impellente celerità delle procedure di ammissione del minore straniero⁴⁶.

Orbene, indipendentemente dall’eventuale presentazione del ricorso in appello, il caso *ZAT* costituisce già un importante precedente della giurisprudenza inglese in materia di immigrazione minorile, come dimostrano le successive pronunce dell’UT in cui è stato ampiamente ribadito il diritto al ricongiungimento familiare dei *dispersed children* ex art. 8 CEDU al di fuori del sistema Dublino III⁴⁷.

In realtà, a ben vedere, la giurisprudenza *ZAT* si inserisce idealmente in un noto solco giurisprudenziale europeo di derogabilità del regolamento Dublino III, come è chiaramente emerso nelle sentenze *M.S.S.* e *Tarakhel* della Corte di Strasburgo⁴⁸. Attualmente, l’organo di garanzia della CEDU ha previsto tale derogabilità in funzione dell’*obbligo negativo* di non procedere al trasferimento del richiedente asilo da parte dello Stato di invio, verso lo Stato di competenza, allorché il sistema di asilo e di accoglienza di quest’ultimo presenti *deficienze sistematiche* tali da alimentare il rischio di una violazione dell’art. 3 CEDU (“duty not to deport”).

In virtù della giurisprudenza *ZAT*, e della sua potenzialità applicativa, tale derogabilità sarebbe estesa all’*obbligo positivo* di ingresso nello Stato ai fini del ricongiungimento familiare, determinato dal combinato disposto degli articoli 3 e 8 CEDU, qualora tali deficienze sistematiche rendano inadeguata la tutela del MSNA nello Stato di primo ingresso (o di transito), da cui ai fini del *best child interests*

⁴⁶ V. i paragrafi 6, 38 e 84 della sentenza del 2 agosto 2016 della Corte d’appello inglese ([2016] EWCA Civ 810) e la sentenza della Corte di giustizia nel caso *M.A.*, punto 86. Della Corte EDU, si veda la sentenza del 10 luglio 2014, *Tanda-Muzinga* c. *Francia*, par. 44 ss.

⁴⁷ V. la citata sentenza *MK, IK and HK and CK (Afghanistan)* e la sentenza dell’UT del 12 aprile 2017, *R (on the Application of RSM and Another) v. Secretary of State for the Home Department*, [2017] UKUT 00124 (IAC). Per un commento alla giurisprudenza *ZAT*, v. P. BIONDI, *The ZAT Case and the Far-Reaching Consequences for the Dublin Regulation*, 2016, reperibile online; G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2016, p. 133 ss.

⁴⁸ V. della Corte EDU la sentenza *M.S.S.*, e quella del 4 novembre 2014 (GC), *Tarakhel* c. *Svizzera*. Della Corte di giustizia v. le sentenze del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *R (NS (Afghanistan))* c. *Secretary of State for the Home Department*, punto 44 ss., e del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi* c. *Bundesasylamt*, punto 52. In dottrina, si rinvia a C. COSTELLO, *The Ruling of the Court of Justice in NS/ME on the Fundamental Rights of Asylum Seekers under the Dublin Regulation: Finally, an End to Blind Trust Across the EU?*, in *Asielen Migrantenrecht*, 2012, p. 83 ss.; C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, in *Human Rights Law Review*, 2012, p. 287 ss.; M. HENNESSY, *The Dublin System and the Right to an Effective Remedy – The Case of C-394/12 Abdullahi*, 2013, reperibile online; V. CHETAİL, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations Between Refugee Law and Human Rights Law*, in R. RUBIO-MARÍN (ed.), *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014, p. 19 ss.

sarebbe opportuno il suo trasferimento nello Stato ove siano presenti altri parenti allorquando ciò non sia consentito per il mancato ricorso al regime Dublino III (“duty not to stay” e, conseguentemente, “duty to entry”)⁴⁹.

Trattasi di un’applicazione analogica di forte impatto che, se discussa dinanzi alla Corte EDU, completerebbe il quadro dei c.d. *Strasbourg minimum* da essa delineati in materia di trattamento dei MSNA, permettendo di fatto un ampliamento dell’art. 3, par. 2, regolamento Dublino III (sulla falsariga della citata causa *M.A*) – attualmente applicabile ai soli casi di “carenze sistemiche” ex art. 3 CEDU⁵⁰ – anche alla tutela della vita familiare del MSNA richiedente asilo ai sensi dell’art. 8 CEDU, al fine di favorire il ricongiungimento familiare.

Un’ultima considerazione riguarda l’introduzione, a seguito della giurisprudenza *ZAT*, di talune significative modifiche normative e amministrative negli ordinamenti francese e inglese al fine di favorire il procedimento di ricongiungimento familiare dei *dispersed children*. In merito al primo Stato, vale la pena di segnalare che, con una circolare interministeriale del 25 gennaio 2016, è stato ridotto il termine di registrazione delle domande di asilo degli MSNA a tre/dieci giorni, e il 20 agosto 2016 con un’apposita dichiarazione ministeriale congiunta, è stato istituito un gruppo di contatto tra i due Stati per il coordinamento del flusso dei MSNA grazie a un “expedited Dublin III process”⁵¹.

Riguardo al Regno Unito, l’8 novembre 2016 è stato introdotto il cosiddetto *Dubs Amendment* alla sez. 67 dell’*Immigration Act* 2016, il quale prevede un meccanismo statale di richiesta di protezione internazionale da parte degli MSNA, presenti in Francia, Grecia e Italia prima del 20 marzo 2016, anche in assenza di familiari e di parenti ivi residenti, se rispondente al *best child interests* e indipendentemente dal regime di Dublino III. Non può negarsi che si tratta di uno strumento normativo di grande valore umanitario che, ad oggi, ha permesso l’ingresso di 900 MSNA, ma che nel marzo 2017 è stato oggetto di talune significative restrizioni⁵².

4. I profili critici fin qui esposti hanno spinto la Commissione europea a dichiarare che la tutela dei MSNA rappresenta una priorità dell’Agenda europea sull’immigrazione del 2016, nonché a formulare in tempi rapidi una riforma strutturale del SECA, improntata alla convergenza dei sistemi nazionali di asilo secondo il modello di armonizzazione dei regolamenti e con l’obiettivo principale del raggiungimento di un sistema di protezione unico per i MSNA⁵³. A tal fine, sono state propost

⁴⁹ Cfr. la già citata sentenza dell’UT *MK, IK and HK and CK (Afghanistan)*, par. 20 ss., e la sentenza dell’UT del 12 aprile 2017, *R (on the application of AM (a Child by his Litigation Friend OA and OA) v Secretary of State for the Home Department*, [2017] UKUT 00262 (IAC).

⁵⁰ Cfr. L. ZAGATO, S. DE VIDO (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Padova, 2012, p. 220 ss.

⁵¹ Cfr. *Circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l’Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tel*, n. JUSF1602101C, reperibile online, e *Asylum Information Database, Country Report: France*, 2016, reperibile online.

⁵² V. *House of Commons, Home Affairs Committee, Unaccompanied Child Migrants, Thirteenth Report of Session 2016–17*, 6 marzo 2017, reperibile online.

⁵³ V. Agenda Europea sull’immigrazione del 26 febbraio 2016, COM(2015)240 fin., e la citata sentenza della Corte di giustizia *Abdullahi*, punti 52-53, in cui è ricostruita l’evoluzione della tutela dei diritti

la rifusione del regolamento Dublino IV⁵⁴, la riforma dell'Ufficio europeo per il sostegno all'asilo⁵⁵ e del sistema EURODAC⁵⁶, la trasformazione in regolamenti delle direttive sulle procedure⁵⁷ e sulle qualifiche⁵⁸, nonché la riforma della direttiva accoglienza⁵⁹.

Obiettivo della complessiva riforma è la previsione di procedure rapide di riconoscimento della protezione internazionale e la riduzione dell'*asylum shopping* e dei movimenti secondari irregolari a seguito dei quali i migranti possono essere penalizzati nel sistema di accoglienza⁶⁰. A tal fine il nuovo sistema prevede meccanismi di identificazione accelerati, o di frontiera, in virtù dei quali, prima ancora di individuare lo Stato competente a trattare la domanda, lo Stato membro in cui fa ingresso il migrante è tenuto a valutare preliminarmente la sua ammissibilità. L'introduzione di questo vaglio di ammissibilità è finalizzato, nelle intenzioni della Commissione, a velocizzare la procedura di riconoscimento della protezione internazionale e a scoraggiare le richieste prive di fondamento, sebbene, nel caso del MSNA, esso possa essere applicato solo in determinate circostanze: allorché il suo ingresso possa essere escluso in quanto proveniente da un *safe-country*, o da un Paese di asilo, ovvero qualora egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza⁶¹.

Ciò premesso, la riforma prevede anche un significativo rafforzamento delle garanzie sostanziali e procedurali per l'accoglienza dei MSNA. Ed infatti, particolare attenzione è dedicata sia all'identificazione del MSNA, da cui è imposta agli Stati membri la specifica formazione del personale addetto alla loro registrazione e accoglienza; sia al ruolo del tutore quale figura preminente nella gestione del MSNA – e non più semplicemente di un rappresentante legale del MSNA – perseguendo l'obiettivo indicato dal già citato rapporto FRA del 2016 circa la standardizzare della sua attività in tutti gli Stati membri, come risulta dalle proposte dei regolamenti procedure e Dublino IV e della direttiva sull'accoglienza.

Tale standardizzazione impone un'adeguata preparazione ed esperienza del tutore il quale deve essere esente da condanne penali per reati contro i minori e la cui nomina deve essere disposta entro cinque giorni dall'istanza di protezione internazionale del MSNA e per un numero congruo di minori, affinché egli possa effettivamente assisterli nei colloqui socio-sanitari finalizzati all'accertamento dell'età e al riconoscimento della protezione internazionale⁶². Ai fini della valutazione dell'efficienza della tutela, l'attività del tutore sarà sottoposta a un sistema di monitoraggio e supervisione a intervalli regolari da parte di organi indipendenti, i

umani nel SECA. In punto si rinvia a F. IPPOLITO, *Procedural Rights for Migrant Children, Tailoring Specific International Standards*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *op. cit.*, p. 163 ss.

⁵⁴ V. proposta del 4 maggio 2016, COM(2016)270 fin.

⁵⁵ V. proposta del 4 maggio 2016, COM(2016)271 fin.

⁵⁶ V. proposta del 4 maggio 2016, COM(2016)272 fin.

⁵⁷ V. proposta del 13 luglio 2016, COM(2016)467 fin.

⁵⁸ V. proposta del 13 luglio 2016, COM(2016)466 fin.

⁵⁹ V. proposta del 13 luglio 2016, COM(2016)465 fin.

⁶⁰ V. l'art. 5 proposta di regolamento Dublino IV.

⁶¹ V. l'art. 40, par. 5, della proposta di regolamento procedure.

⁶² V. gli articoli 7, par. 3, e 8 della proposta di regolamento Dublino IV, l'art. 23 della proposta di direttiva accoglienza, e gli articoli 21 e 22 della proposta di regolamento procedure.

quali saranno competenti altresì a ricevere i reclami dei MSNA ed, eventualmente, a predisporre la sostituzione⁶³. Conseguentemente il MSNA dovrà essere informato immediatamente della nomina del tutore, oltre che del suo ruolo e delle sue responsabilità a norma del SECA e – per suo tramite – al minore dovranno essere comunicate sia le conseguenze negative derivanti dai movimenti secondari irregolari, sia l'avanzamento della procedura di richiesta, alla quale sarà data assoluta priorità⁶⁴.

Sempre riguardo ai diritti del MSNA, l'art. 22 della proposta di direttiva accoglienza riconosce il diritto all'assistenza medica e psicologica di riabilitazione e al gratuito patrocinio e, in materia di ricongiungimento familiare, è previsto l'allargamento della nozione dei membri della famiglia, includendo i rapporti formati nel percorso migratorio onde ridurre i movimenti secondari irregolari⁶⁵.

Sono previste, poi, specifiche garanzie per il trasferimento infra-UE del MSNA, in quanto lo Stato di invio dovrà garantire la consegna del minore, insieme a un dossier relativo al suo stato di salute psico-fisica, e accertarsi che lo Stato ricevente nomini a sua volta un tutore che assicuri il rispetto dei diritti riconosciutigli.

Qualche critica è stata espressa sull'art. 10 della proposta di regolamento Dublino IV in virtù del quale, al fine di rendere la procedura rapida, lo Stato membro di primo ingresso sarebbe competente all'esame della domanda di asilo del MSNA, anche qualora egli non abbia parenti ivi residenti, salvo il diverso interesse del minore, ciò che vanificherebbe le modifiche al regolamento Dublino III introdotte a seguito della citata sentenza *M.A.*

Riguardo alla futura Agenzia dell'Unione europea per l'asilo, in cui dovrebbe trasformarsi l'attuale Ufficio europeo di supporto del sistema di asilo, essa dovrebbe fornire assistenza operativa e tecnica agli Stati membri, monitorare il sistema di asilo ed essere gradualmente responsabile del trasferimento dei richiedenti asilo, del monitoraggio dei minori e dei diritti loro spettanti, anche assicurando la presenza di personale dell'Agenzia negli *hotspot* statali⁶⁶. È altresì prevista la creazione di *asylum intervention pools*, formati da esperti di migrazione minorile, quale sistema di supporto eventualmente anche imposto dalla Commissione agli Stati in situazione di emergenza, i quali a loro volta saranno obbligati a redigere gli *operational plans* circa l'assistenza fornita ai MSNA. È inoltre sancito che il *tracing family* sarà effettuato anche con l'ausilio delle agenzie internazionali⁶⁷.

Un breve cenno merita poi la proposta di regolamento EURODAC, il quale reca l'obbligo di raccolta dei dati biometrici dei minori già a partire dai sei anni di età, e non più dodici, in quanto rispondente all'esigenza di un controllo più efficace dei movimenti dei MSNA, a dispetto delle critiche ampiamente espresse dalle ONG. Segnatamente, le novità accennate, saranno oggetto di confronto con l'approccio proposto dall'UNHCR il quale ha sollecitato l'adozione di una procedura comune

⁶³ V. l'art. 22 della proposta di regolamento procedure, in cui si precisa che i colloqui con il MSNA dovranno essere condotti da personale esperto e con l'ausilio di un interprete qualificato.

⁶⁴ V. l'art. 33 della proposta di regolamento procedure.

⁶⁵ V. l'art. 11 della proposta di regolamento Dublino IV.

⁶⁶ V. COM(2016)271 fin.

⁶⁷ V. l'art. 23 della proposta di direttiva accoglienza.

e accelerata di asilo per MSNA, individuando un sistema comune di registrazione e di raccolta dei dati biometrici⁶⁸.

5. In questo contesto, la l. 7 aprile 2017, n. 47, recante disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (cosiddetta legge “Zampa”), entrata in vigore il 6 maggio 2017, rappresenta un *unicum* in quanto è una delle prime normative statali che disciplina specificamente e organicamente la tutela dei MSNA. Essa segna altresì una significativa tappa di superamento di talune delle disarmonie presenti nel nostro ordinamento, in parte già risolte dalla giurisprudenza costituzionale e di Cassazione sempre attenta alle declinazioni del principio del preminente interesse del minore di derivazione internazionalistica, come disciplinato dall’art. 28, co. 3, del testo unico sull’immigrazione (TUI)⁶⁹.

In particolare, la legge in esame si presenta sotto molti punti aderente e anticipatrice della proposta di riforma del SECA e anzi, per taluni aspetti, propone un sistema più avanzato di tutela e valorizzazione del MSNA sulla quale ci soffermeremo nell’ottica di sottolineare, rispetto alle lacune evidenziate dalle Corti europee, le novità rilevanti circa il trattamento del minore non accompagnato. In relazione a quest’ultimo profilo segnaliamo, tra l’altro, la parificazione dello *status* giuridico del MSNA a quello del minore cittadino italiano ed europeo, da cui la prevalenza della sua condizione come minore rispetto allo *status* di cittadino straniero (art. 1); la tempistica nell’identificazione del MSNA entro dieci giorni dalla sua segnalazione, anche a seguito delle criticità rilevate dal Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings (GRETA) del Consiglio d’Europa riguardo alla tardiva individuazione dei minori non accompagnati nel nostro Paese⁷⁰; il divieto assoluto di espulsione e di respingimento del MSNA anche se non richiedente l’asilo (art. 3)⁷¹; l’accertamento dell’età nel rispetto dei diritti del MSNA, anche con esami socio-sanitari cui segue, in caso di dubbi, il suo inserimento fra i minori; la previ-

⁶⁸ V. UNHCR, *Better Protecting Refugees in the EU and Globally*, dicembre 2016, reperibile *online*.

⁶⁹ V. il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. In merito al sistema di tutela e accoglienza dei MSNA in Italia, v. P. BONETTI, *Sez. I, Diritto all’unità familiare e tutela dei minori, Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, 2004, Milano, p. 861 ss.; N. ZORZELLA, L. CITTI, W. MIAZZI, *Sez. II, Profili sostanziali: la famiglia e i minori*, *ivi*, p. 909 ss.; D. DE FELICE, *Inclusione ed esclusione: quali responsabilità statale per i minori stranieri non accompagnati?*, in *Minorigiustizia*, 2011, p. 106 s.; A. MARTONE, *Il trattamento dei minori stranieri non accompagnati tra disposizioni europee e normativa internazionale*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 66 ss.; G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell’ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, p. 15 ss.; U. TERRACCIANO, *Il ricongiungimento familiare dello straniero in Italia, diritto all’unità familiare e dei minori*, Vicalvi, 2015, p. 277 ss.; T. GUARNIER, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, in M.C. DE CICCO, A. LATINO (a cura di), *Temi attuali sui diritti sociali in un’ottica multidisciplinare*, Napoli, 2016, p. 267 ss.

⁷⁰ Cfr. Consiglio d’Europa, *Compendium of Good Practices on the Implementation of the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings*, 2017, reperibile *online*.

⁷¹ In punto è stato introdotto l’art. 19, co. 1-*bis*, TUI, che vieta in termini assoluti il respingimento dei MSNA tranne che per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza. V. M. D’ODORICO, A. DI PASCALE, *Tutela e accoglienza dei minori stranieri non accompagnati: le iniziative dell’Unione europea e la nuova normativa italiana*, 2017, reperibile *online*.

sione di un sistema informativo a misura di minore, nonché una maggiore attenzione al *family tracing* tempestivamente avviato dalle autorità italiane, anche stipulando convenzioni con le istituzioni specializzate per l'attuazione di programmi per rintracciare i familiari, dando immediato avviso dell'esito delle indagini al MSNA e al suo tutore.

Merita considerazione anche la centralità della figura del tutore volontario nel nuovo sistema di protezione (la cui nomina di fatto era già prevista entro le quarantott'ore dalla presa in carico del MSNA da parte delle autorità italiane) al quale spetta il compito di assistere il minore, insieme al mediatore culturale e al suo legale, in tutte le procedure decisionali amministrative, giudiziarie e socio-sanitarie nelle quali egli sia coinvolto, cui si aggiunge la previsione che, in attesa della sua nomina o in caso di sua sostituzione per necessità, la richiesta di asilo possa essere presentata dal responsabile della struttura di prima accoglienza.

Un'altra novità importante riguarda l'intervento in giudizio delle associazioni di tutela in caso di atti illegittimi adottati nei confronti del MSNA, nonché il controllo degli *standard* minimi di servizi e assistenza delle strutture accreditate, peraltro obbligate ad accogliere solo un numero congruo di minori. Ad ogni buon conto, occorre ricordare che la legge in esame è comunque espressione di una copiosa giurisprudenza dei tribunali minorili, i quali peraltro hanno già previsto che la tutela del MSNA possa essere estesa amministrativamente, ove necessario, fino ai 21 anni⁷².

Volendo esprimere qualche considerazione in merito alla nuova normativa, vale la pena di osservare che il legislatore ha ribadito una ben nota formula che inficia non poco il suo funzionamento secondo cui l'attuazione delle disposizioni non deve comportare nuovi e ulteriori oneri sulla finanza pubblica. Un aspetto, quest'ultimo, che, probabilmente, ha anche inciso sulla mancata previsione di assistenza e cure specialistiche necessarie ai MSNA con problemi psicologici e/o di salute e disabilità mentali o fisiche, una criticità segnalata dai tribunali minorili, cui si aggiunge una riflessione necessaria circa il ruolo di cui è investito il tutore volontario.

Attualmente, l'istituto giuridico della tutela è ancora quello disciplinato dall'art. 357 c.c. del 1942, a norma del quale le funzioni del tutore sono limitate alla cura della persona del minore, alla sua rappresentanza e all'amministrazione dei suoi beni e la cui nomina spetta al giudice tutelare, afferente al tribunale ordinario.

Di diverso respiro, invece, la legge "Zampa" la quale impone una tutela di natura legale, socio-sanitaria e psicologica di notevole complessità, da cui sarebbe auspicabile una riforma civilistica di tale figura che includa tali nuove competenze. In punto, si prende comunque atto della volontà riformatrice del legislatore italiano il quale, con d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220, ha modificato la normativa relativa all'apertura della tutela e alla nomina del tutore sancendo la competenza del Tribunale dei minori – e non più quella del giudice tutelare – in quanto alveo naturale della tutela giudiziaria minorile e in un'ottica di razionalizzazione del sistema e di economia processuale⁷³.

⁷² Cfr. P. BALBO, *Stranieri, profili civili, amministrativi e penali*, Torino, 2007, p. 515 ss.; G. DE MARCO, *I minori stranieri tra normativa, giurisdizione e prassi amministrativa*, in *Minorigiustizia*, 2008, p. 37 ss.; L. VILLA, *Il collocamento dei minori non accompagnati*, *ivi*, p. 208 ss.

⁷³ Cfr. l'art. 2 del d.lgs. 220/2017. Peraltro, come si legge nella scheda di approfondimento del d.lgs. redatta dal Senato della Repubblica, tale modifica intende evitare sia l'attivazione di un doppio binario

6. In conclusione, non può certo negarsi il consolidamento di un impianto di norme di rango internazionale, europeo e interno su evidente impulso giurisprudenziale, volto alla tutela del MSNA. In ambito europeo, tuttavia, permane una certa frammentarietà delle disposizioni relative alla protezione del MSNA nell'insieme degli atti che compongono il SECA. Ed invero, l'assenza di una prospettiva di coordinamento rende arduo il compito dell'interprete nell'individuazione dei diritti sostanziali e processuali specificamente riferibili alla situazione di vulnerabilità di volta in volta presa in considerazione, ciò che non accadrebbe in caso di adozione di un testo unico normativo europeo coerente e organico riguardante il trattamento dei minori, inclusi i non accompagnati. A tal proposito, gli *stakeholders* evidenziano altresì l'assenza di un sistema integrato di tutela del MSNA che ponga, anche a livello istituzionale, il *best child interests* quale principio unico e preminente – come proposto di recente nel *Draft Report* del Parlamento europeo – diversamente dalla sua attuale posizione ancillare nel *balancing of interests* rispetto alle *immigration policies* e al contrasto all'immigrazione irregolare, ciò che permetterebbe il riconoscimento del MSNA quale individuo estremamente vulnerabile e non semplicemente quale immigrato *speciale*⁷⁴.

Ed invero, tale percezione si avverte anche leggendo talune norme della riforma del SECA che sembrano rispondenti a un approccio punitivo, specie allorché non escludono gli MSNA dall'applicazione delle disposizioni limitative di taluni diritti dei richiedenti asilo che si sono resi responsabili di movimenti secondari, ovvero di passaggi non autorizzati in Paesi diversi da quello di primo ingresso.

Nei loro confronti, infatti, si prospetta un abbattimento delle possibilità di accesso alle misure di assistenza oggi vigenti, a partire dall'assistenza sanitaria ridotta ai casi di emergenza – con una gravissima lesione del principio di uguaglianza nell'esercizio effettivo di diritti fondamentali come il diritto alla salute – fino alla detenzione nel caso in cui il richiedente asilo abbia violato l'obbligo di risiedere in un posto specifico e vi sia il rischio di fuga, ciò che, a nostro avviso, potrebbe comportare una maggiore dispersione dei MSNA accentuandone la condizione di clandestinità.

Da quanto fin qui detto si evince l'esistenza di una differente impostazione in seno all'UE circa le tutele riconosciute a questa categoria particolarmente vulnerabile di migranti, per cui se alcuni Paesi – come l'Italia e il Regno Unito – adottano un approccio umano, sociale e giuridico di protezione dal quale risulta la loro permeabilità al *best child interests*, ciò che in chiave prospettica rinsalda il riconoscimento del valore cogente di tale principio, altri Stati invece propendono per un trattamento dei MSNA paritario rispetto agli altri migranti; si pensi al caso della Slovacchia in

di giurisdizione (ossia del giudice tutelare e del giudice minorile), suscettibile di determinare sovrapposizioni e interferenze tra i due procedimenti, e sia l'eccessiva durata dei tempi di apertura della tutela del minore non accompagnato, come già evidenziato nella procedura di infrazione aperta contro l'Italia (n. 2014/2171) ed ora archiviata, reperibile *online*.

⁷⁴ Cfr. Parlamento europeo, *Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Application for International Protection Lodged in One of the Member States by a Third-country National or a Stateless Person (Recast)*, Rapporteur C. Wikström, 24 febbraio 2017, 2016/0133(COD), reperibile *online*.

cui quasi tutti i minori giunti nel 2016 sono stati dispersi per il malfunzionamento del sistema di accoglienza⁷⁵.

In questo ambito, pertanto, risulta ancora più attuale e pressante l'adesione ai c.d. *Strasbourg minimum* della giurisprudenza della Corte EDU, concernenti i diritti sostanziali e procedurali dei MSNA⁷⁶, da cui riteniamo pertinente la sua definizione di "European juridical conscience" atteso che, esercitando il suo ruolo, essa non si è limitata alla verifica delle eventuali violazioni della CEDU e alla determinazione dell'importo dell'equa riparazione, bensì essa ha meticolosamente individuato le specifiche misure – di carattere generale e particolare – che gli Stati parti devono adottare al fine di rendere compatibile la normativa statale sul trattamento dei MSNA rispetto ai dettami desunti dalla CEDU⁷⁷.

Tanto premesso è innegabile che la Corte EDU abbia favorito il consolidamento e la cristallizzazione di *standard* regionali di tutela dei diritti umani reclamabili da ogni minore straniero (e non solo) sul territorio europeo, come risulta anche dal già citato *Draft* del Parlamento europeo sulla riforma del sistema Dublino, nel quale si legge che il "duty not to deport" non si applicherebbe solo riguardo alle c.d. "deficienze sistematiche", incisive sul godimento dell'art. 3 CEDU, bensì, più ampiamente, anche al caso di "real risk of a serious violation of his or her fundamental rights", inserendolo nell'ampio spettro dei diritti della CEDU, e quindi anche a tutela della vita familiare e dell'interesse superiore del minore⁷⁸.

Ma vi è di più, poiché i citati diritti hanno fortemente inciso anche sulla redazione del SECA, da cui oggi è dato di parlare non solo di un *EU asylum acquis* bensì di un più ampio *human rights migration acquis*, al quale non è escluso che possa contribuire anche la giurisprudenza ZAT, sia in quanto espressione del *best child interests* al di sopra e indipendentemente dal SECA, riconoscendo finalmente appieno l'estrema vulnerabilità (anche) giuridica del MSNA, sia riguardo alla nuova interpretazione dell'art. 8 CEDU.

Infine, un'ultima considerazione sul futuro poiché i prossimi anni saranno forieri di interessanti novità, non solo per l'adozione del pacchetto di riforma del SECA, attualmente al vaglio del legislatore europeo, bensì anche per le conseguenze della *Brexit* sul trattamento dei MSNA. Ed infatti, se grazie all'adesione al regolamento Dublino III il Regno Unito ha potuto ricollocare, dal 2003 ad oggi, in altri Stati membri ben 12.000 minori, ciò non sarà possibile al di fuori del sistema Dublino

⁷⁵ Cfr. UNHCR, *Separated Children in Europe Programme, Newsletter March 2017*, reperibile online. V. C. BREEN, *The Standard of the Best Child Interests*, The Hague, 2002, p. 455 ss.; B. WOLOZIN, *Doing What's Best: Determining Best Interests for Children Impacted by Immigration Proceedings*, in *Drake Law Review*, 2016, p. 141 ss.

⁷⁶ Cfr. S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 619 ss.

⁷⁷ In punto, si rinvia a L. WILDHABER, A. HJARTARSON, S. DONNELLY, *No Consensus on Consensus? The Practice of the ECHR*, in *Human Rights Law Journal*, 2013, p. 248 ss.; D. REYNAETS, *Introduction: a Critical Approach to Children's Rights*, in D. REYNAETS et al. (eds.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, New York, 2015, p. 95 ss.; C. DRAGHICI, *Legitimacy of Family Rights in Strasbourg Case Law: Living Instrument or Extinguished Sovereignty?*, Oxford, 2017.

⁷⁸ Cfr. il *Draft Report* del Parlamento europeo, par. 33 ss.

anche alla luce dei limiti del citato *Dub's Amendement*⁷⁹. A seguito dell'uscita dall'UE, tale Stato non potrebbe firmare né accordi aventi un simile contenuto con gli Stati UE, in quanto quest'ultima ha la competenza esclusiva in materia di riallocazione dei rifugiati, né accordi analoghi a quelli stipulati dall'UE rispettivamente con la Norvegia e con la Svizzera, in quanto questi ultimi sono parte della zona Schengen, con evidente sacrificio dei diritti dei MSNA, i quali pertanto troveranno tutela esclusivamente nel prisma della giurisprudenza della Corte EDU.

Abstract

Unaccompanied Minors: Critical Issues and New Jurisprudential Approaches

The increasing number of unaccompanied minors (UAM) arriving in Europe poses important challenges to international and European law which have to be considered in the light of their vulnerability and the heterogeneity of their legal status. Moving on from the international and European legal frameworks, this paper sheds lights on the critical profiles of UAM protection provided by the Common European Asylum System as examined by the Strasbourg Court in the most relevant case-law on the violation of UAM rights once they entered in Europe (Articles 3, 5, 8 and 13 ECHR). Moreover, the work analyses the interesting interpretation of the ECHR recently adopted by immigration tribunals in UK in order to permit UAM family reunification in case of failure to operate of the Dublin System. It then focuses on the UAM procedural and substantial rights in the proposed reform of the Common European Asylum System and in the new Italian law highlighting the achievements and still remaining critical issues.

⁷⁹ V. Asylum Information Database, *Country Report: United Kingdom*, 2016, reperibile online; European Union Committee, *Children in Crisis: Unaccompanied Migrant Children in the EU*, 2016, reperibile online. In dottrina, v. V. RÖECK, *Reuniting Unaccompanied Minor Asylum Seekers Post Brexit: Challenges and Alternatives*, in *Yale Journal of International Law*, 2017, reperibile online.

Federico Ferri*

Il regolamento “Dublino III” tra crisi migratoria e *deficit* di solidarietà: note (dolenti) sulle sentenze *Jafari* e *A.S.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Contesto normativo di riferimento. – 3. Fatti di causa e principali questioni. – 4. Osservazioni sulla nozione di “ingresso irregolare” nelle sentenze *Jafari* e *A.S.* – 5. Il problema dell’inderogabilità dei criteri del regolamento “Dublino III” anche in presenza di circostanze eccezionali. – 6. La compressione del principio di solidarietà nel ragionamento della CGUE. – 7. Conclusioni.

1. Il 26 luglio 2017 la Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) ha pronunciato due importanti sentenze in materia di asilo, in buona parte assimilabili: si tratta delle pronunce rese in esito ai casi *Jafari*¹ e *A.S.*². Il probabile rilievo che esse sono destinate ad acquisire già nel breve periodo è dato dall’applicazione delle conclusioni della Corte all’attuale contesto che caratterizza lo stato dell’arte del diritto dell’Unione europea sulla protezione internazionale, contraddistinto da un perdurante clima di reciproca diffidenza tra Stati membri, nell’ambito del quale si mescolano carenze strutturali e applicative della normativa esistente e tenui prospettive di riforma. È, allora, la contingenza di entrambe le sentenze a stimolare attente riflessioni in proposito, poiché, vista la preoccupante evoluzione della politica comune di asilo dell’Unione³, la CGUE avrebbe modo di giocare un ruolo strategico.

L’obiettivo del presente contributo è quindi analizzare le suddette pronunce, nel tentativo di prospettare l’impatto sul sistema europeo di asilo in pendenza del precario regime “Dublino III”⁴. Pertanto, dopo avere introdotto il contesto giuridico che fa da sfondo ai giudizi, e una volta illustrati i fatti di causa, si commenteranno i

* Assegnista di ricerca in Diritto europeo dell’Università di Bologna.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/16, *Jafari*.

² Sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-490/16, *A.S.*

³ M. DEN HEIJER, J. RIPMA, T. SPIJKERBOER, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 607 ss.

⁴ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese

punti chiave delle sentenze, inquadrandone i contenuti soprattutto sotto la lente del principio di solidarietà.

2. I casi *Jafari* e *A.S.* sono sorti all'ombra di un contesto normativo problematico in tema di politiche migratorie UE, a cominciare dalla politica di asilo. Prendendo come riferimento l'art. 78 TFUE, non si può fare a meno di constatare che la necessità, ripetutamente declamata dall'Unione europea, di realizzare un sistema europeo comune di asilo è rimasta disattesa. In particolare, negli ultimi tempi due aspetti rilevanti hanno animato i dibattiti sulla politica UE di asilo.

In primo luogo, si segnala la controversa regola che da anni viene riproposta, ancorché in vesti diverse, negli atti legislativi rientranti nel "sistema di Dublino": in via residuale, è lo Stato di primo ingresso ad avere competenza per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide⁵. Ciò vale anche in caso di ingresso irregolare, fermo restando che, nell'attuale assenza di misure generali adottate dal legislatore dell'Unione *ex art. 79, par. 2, lett. a), TFUE*, gli Stati membri dispongono di un margine di discrezionalità considerevole per qualificare come "irregolari" certe forme di spostamento verso i rispettivi territori di cittadini extra-UE.

Secondariamente, preme sottolineare la progressiva (e censurabile) irrilevanza del principio di solidarietà, il quale è sancito da una norma, l'art. 80 TFUE, che è stata predisposta per pervenire a un'equa redistribuzione degli oneri incombenti agli Stati membri nei processi di gestione dei flussi migratori⁶, sulla scorta del preambolo della Convenzione di Ginevra del 1951. L'art. 80 TFUE afferma che le politiche migratorie dell'Unione europea sono "governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario". In aggiunta, la copertura dell'art. 80 TFUE si estende anche alle misure attuative: se necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù degli articoli 77, 78 e 79 TFUE devono contenere misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio. Ne deriva che, per quanto attiene ai rapporti tra Stati membri, nell'economia della politica UE di asilo occorrerà assicurare che le disparità emerse nell'affrontare fenomeni migratori persistenti e di proporzioni quasi senza precedenti vengano opportunamente riequilibrate.

terzo o da un apolide. Il regolamento "Dublino III" potrebbe essere sostituito a breve: v. proposta di regolamento del 4 maggio 2016, COM(2016)270 def.

⁵ Tale regola è stata criticata in dottrina: cfr., ad esempio, G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri nel Mediterraneo*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, p. 581 ss.; I. GOLDNER LANG, *Is There Solidarity on Asylum and Migration in the EU?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2013, p. 10 ss.; L.M. LANGFORD, *The Other Euro Crisis: Rights Violations Under the Common European Asylum System and the Unraveling of EU Solidarity*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2013, p. 223 ss.; G. MORGESE, *I migranti, la solidarietà e l'Europa senza qualità*, in *SIDIBlog*, 8 giugno 2015; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: the Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 524 ss. e p. 540 ss.; B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the "Dublin System". The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 104 ss.

⁶ A. ADINOLFI *Commento all'art. 80 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Assago, 2014, II ed., pp. 497-499. Per riferimenti puntuali e diffusi sul principio di solidarietà nel diritto UE v. C. BOUTAYEB, *La solidarité dans l'Union européenne, éléments constitutionnels et matériels*, Paris, 2011.

L’art. 80 TFUE non ha però introdotto alcun criterio per indicare come debba essere assicurata la solidarietà tra Stati membri nell’insieme delle politiche migratorie UE. Forse anche per questo motivo l’art. 80 TFUE non ha trovato adeguato riscontro nel diritto derivato in materia di asilo, incluso il regolamento 604/2013. Di conseguenza, applicazione e giustiziabilità dell’art. 80 TFUE appaiono tuttora alquanto incerte⁷, nonostante nel TFUE la solidarietà sia declinata in termini di principio.

Il problema è che all’atto pratico il principio di solidarietà tende quasi sempre a risentire della sfiducia tra Stati membri, che invocano esigenze contrastanti. Da una parte quelli cosiddetti “di primo ingresso”, che da tempo lamentano di essere gravati oltremodo da obblighi insiti nella gestione emergenziale degli arrivi di massa di migranti provenienti da Paesi terzi; dall’altra, gli Stati UE diversi da quelli di primo ingresso, che protestano, al contrario, perché si ritengono costretti a dovere accogliere un quantitativo troppo elevato di immigrati intenti a stabilirsi o, al limite, a transitare. Le tensioni tra queste categorie di Stati si sono acuite negli ultimi anni⁸ (producendo ripercussioni anche sui diritti fondamentali dei migranti)⁹, specialmente a fronte della concreta prospettiva di un aumento incontrollato dei movimenti secondari.

3. Le sentenze *Jafari* e *A.S.* affrontano tutti gli elementi richiamati, a tratti intrecciandoli. I due casi traggono origine da vicende occorse tra il settembre 2015 e il marzo 2016, ovverosia nel pieno delle ondate migratorie e delle vicende umanitarie che hanno interessato l’UE, nella fattispecie l’area balcanica. Alcuni cittadini afgani e un cittadino siriano, dopo avere percorso la rotta dei Balcani (passando anche per la Grecia) si erano introdotti in modo apparentemente irregolare in Croazia, poiché privi di un visto d’ingresso. Le autorità croate avevano organizzato il trasferimento degli interessati al confine con la Slovenia, a causa dell’eccessivo numero di arrivi di richiedenti protezione internazionale¹⁰. Tra queste persone vi era chi depositava una domanda di protezione internazionale in Slovenia e chi veniva accompagnato dalle autorità locali in Austria, per presentare lì la propria richiesta. In tutti i casi, ai richiedenti veniva contestato di essere entrati irregolarmente in

⁷ E. KARAGEORGIU, *The Law and Practice of Solidarity in the Common European Asylum System: Article 80 TFEU and Its Added Value*, Swedish Institute for the European Policy Studies – European Policy Analysis, 2016, reperibile *online*, p. 2 ss. Non sembra poi che i vaghi richiami alla solidarietà contenuti nelle principali proposte di riforma del “sistema di Dublino” siano idonei a mutare la situazione. Cfr. la citata proposta di regolamento del 4 maggio 2016; la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 6 aprile 2016, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all’Europa*, COM(2016)197 def.; la proposta di regolamento del 13 luglio 2016, COM(2016)468 def.

⁸ Taluni Stati membri, ad esempio, hanno minacciato o deciso di ripristinare temporaneamente i controlli alle frontiere interne. Inoltre, il 23 settembre 2015 la Commissione europea ha annunciato l’avvio di quaranta procedimenti di infrazione in merito all’incompleta attuazione del “sistema di Dublino” in vari Stati membri.

⁹ Cfr., ad esempio, G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 241, nonché P.N. PÉREZ SOLA, *Indebolimento delle garanzie nella recente legislazione comunitaria sull’immigrazione e sull’asilo*, in S. GAMBINO, G. D’IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali: fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 138 ss. Ciò è testimoniato da più pronunce della Corte di Strasburgo. Tra queste, si segnalano le sentenze del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Grecia e Belgio*; del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*; del 21 ottobre 2014, *Sherifi e a. c. Italia e Grecia*.

¹⁰ Sentenza *Jafari*, punto 29, e sentenza *A.S.*, punto 14.

Croazia¹¹, ragion per cui le autorità competenti rigettavano le domande proposte (in Austria, *Jafari*) o si rifiutavano di esaminarle (in Slovenia, *A.S.*); parallelamente, pretendevano che la Croazia, essendo lo Stato membro di primo ingresso, prendesse in carico i richiedenti asilo, in ossequio all'art. 21 del regolamento "Dublino III"¹².

Gli interessati impugnavano quelle decisioni, ritenendo che il loro ingresso in Croazia non potesse essere considerato irregolare e chiedendo che fosse espressamente riconosciuta la competenza di Austria e Slovenia all'esame delle domande di protezione internazionale presentate nei rispettivi territori.

Nell'ambito dei procedimenti interni, i giudici *a quibus* si sono rivolti alla CGUE con rinvii pregiudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione di alcune disposizioni del regolamento 604/2013. Più precisamente, con i loro numerosi quesiti, i giudici nazionali intendevano sapere se, in presenza di circostanze eccezionali, come l'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di Stati terzi, l'art. 13, par. 1, del regolamento "Dublino III" (letto eventualmente in combinato disposto con le norme del codice frontiere Schengen¹³ e della direttiva rimpatri¹⁴) potesse essere interpretato in modo da considerare come irregolare l'ingresso in uno Stato frontaliero UE tollerato dalle autorità locali. Inoltre, limitatamente al caso *Jafari*, il giudice austriaco chiedeva se la condotta delle autorità croate comportasse l'automatico rilascio di un visto ai sensi dell'art. 12, regolamento 604/2013, letto in combinato disposto con l'art. 2, lett. m). Insomma, anche nei casi *Jafari* e *A.S.*, la Corte ha dovuto decidere se lo Stato membro competente a esaminare una richiesta di asilo potesse essere, in deroga a quanto previsto dall'art. 3, paragrafi 1 e 2, del regolamento, quello, diverso dallo Stato di primo ingresso, in cui gli interessati avevano presentato le proprie domande.

4. Il primo spunto offerto dalle sentenze *Jafari* e *A.S.* è rappresentato dall'indagine sulla nozione di "ingresso irregolare" nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea del richiedente protezione internazionale proveniente da un Paese terzo.

Preliminarmente, tuttavia, occorre concentrare l'attenzione su un dato di carattere terminologico. In gioco vi era l'art. 13, par. 1, regolamento 604/2013, ove si dispone che, qualora il richiedente in arrivo da un Paese terzo abbia varcato "illegalmente" la frontiera di uno Stato membro, la competenza per l'esame della domanda di protezione internazionale spetta a questo Stato. Come si vede, il regolamento "Dublino III" non contiene l'avverbio "irregolarmente", ma fa riferimento all'"illegalità" dell'ingresso. Di fatto, il regolamento replica in questo contesto il linguaggio generalmente usato nel diritto derivato UE. Ad esempio, anche gli articoli 4, par. 3, e 12, par. 1, del codice

¹¹ Per quanto riguarda il caso *Jafari*, i richiedenti asilo erano originariamente entrati illegalmente in territorio greco, ma le autorità austriache avevano escluso il loro trasferimento verso la Grecia a causa di carenze sistemiche nel procedimento di asilo in quello Stato (sentenza *Jafari*, punto 33). Si precisa che le autorità croate hanno accettato di prendere in carico il cittadino siriano ricorrente nel caso *A.S.* (punto 17), ma hanno rifiutato di fare altrettanto nei confronti dei ricorrenti nel caso *Jafari* (punto 32).

¹² Ai sensi dell'art. 21, par. 1, regolamento 604/2013: "(l)o Stato membro che ha ricevuto una domanda di protezione internazionale e ritiene che un altro Stato membro sia competente per l'esame della stessa può chiedere a tale Stato membro di prendere in carico il richiedente".

¹³ Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

¹⁴ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

frontiere Schengen e gli articoli 31, par. 8, lett. h), e 39, par. 1, della direttiva 2013/32¹⁵ accennano all’illegalità dell’entrata nel territorio di uno Stato membro o dell’attraversamento di una frontiera. A dire il vero, la qualifica di “illegale” viene sovente utilizzata, nella normativa UE, per descrivere persino uno *status*: si pensi nuovamente al codice frontiere Schengen, ma anche ad alcune disposizioni della direttiva rimpatri (come l’art. 11, par. 3), solo per fare degli esempi. Il tutto, anche se da tempo si ritiene che l’aggettivo “irregolare” vada preferito a “illegale”¹⁶, perché l’illegalità sottintende la criminalizzazione della condotta del migrante. Ciò premesso, nei casi *Jafari* e *A.S.* la Corte ricorre indistintamente alle due espressioni. Non è la prima volta che questo succede: è sufficiente citare la sentenza *Affum*¹⁷ per rendersene conto. Eppure, la circostanza potrebbe essere considerata un tentativo di apertura a una terminologia più appropriata rispetto a quella usata dalla Corte in tempi molto recenti¹⁸. Per questi motivi, nel presente scritto ci si riferisce all’ingresso “irregolare” dei ricorrenti.

Ebbene, con le sentenze *Jafari* e *A.S.* la CGUE ha dapprima precisato che l’espressione “ingresso irregolare” non è speculare a quella di “soggiorno irregolare”, mutuando solo parzialmente la presa di posizione della sentenza *Affum*. Nell’occasione, attenendosi all’art. 3, par. 2, della direttiva rimpatri, la Corte aveva rilevato una relazione di accessorietà tra ingresso e soggiorno irregolare, atteso che l’ingresso ben poteva costituire una circostanza tale da integrare il soggiorno. In più, in *Affum* si dichiarava che è da considerarsi soggiornante irregolare il cittadino di un Paese terzo che non soddisfi le condizioni d’ingresso, di soggiorno o di residenza, a prescindere dalla durata del soggiorno o dall’intenzione di restare nello Stato ospitante¹⁹.

Quindi, dopo avere sancito la distinzione tra le due espressioni e che la nozione di ingresso irregolare nell’art. 13, par. 1, regolamento 604/2013 non può essere dedotta da altri atti di diritto derivato UE, la CGUE ha optato per la ricostruzione del concetto sulla base dell’accezione abituale dei termini utilizzati e prendendo in considerazione il contesto di riferimento e gli obiettivi perseguiti dal regolamento²⁰. Nell’esercizio di questa operazione, la Corte ha argomentato che l’ingresso regolare di un cittadino di un Paese terzo nel territorio di uno Stato membro dell’Unione “normalmente si fonda su un visto o su un titolo di soggiorno, oppure si basa su un’esonazione dall’obbligo di visto”²¹, negando al contempo che l’ingresso anche solo tollerato dalle autorità statali configuri, per il richiedente privo di visto, un regolare accesso in territorio UE²².

La Corte è così riuscita a fornire qualche chiarimento su una nozione piuttosto sfuggente. Invero, pur non essendo certo sconosciuto al diritto UE, il concetto

¹⁵ 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.

¹⁶ Cfr., ad esempio, F. CRÉPAU, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, UN Doc. A/HRC/29/36, 8 maggio 2015, in particolare punto 72; oppure, Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, risoluzione 1509 (2006), *Human rights of irregular migrants*, 27 giugno 2006, in particolare punto 7.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2016, causa C-47/15.

¹⁸ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 29 marzo 2016, causa C-652/15, *Tekdemir*, punto 38, e del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, *Mirza*, punto 21.

¹⁹ Sentenza *Affum*, punto 60 ss.

²⁰ Sentenza *Jafari*, punto 72 ss.

²¹ *Ivi*, punto 85.

²² *Ivi*, punto 53. La Corte ha ristretto la definizione di “visto” al disposto dell’art. 2, lett. m), regolamento 604/2013. Tale norma qualifica il visto come “l’autorizzazione o la decisione di uno Stato membro necessaria per il transito o per l’ingresso ai fini di soggiorno in tale Stato membro o in diversi Stati membri”.

di ingresso (o attraversamento) irregolare è abbastanza ambiguo. Si è accennato all'art. 13, par. 1, del regolamento "Dublino III", che attribuisce effetti giuridici all'ingresso; inoltre, riferimenti all'attraversamento irregolare delle frontiere si rinvencono anche nell'art. 2, par. 2, direttiva rimpatri e nell'art. 4, par. 3, codice frontiere. Sennonché, in nessuna di queste norme è circostanziato il significato di "irregolare", né si sono registrate novità degne di nota dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La questione, anche per via delle lacune attuative dell'art. 79 TFUE, non è affatto trascurabile ed è anzi suscettibile di dare luogo a situazioni disomogenee o inique e ad altri effetti indesiderati in quello che dovrebbe essere il sistema europeo comune di asilo²³.

Una criticità emblematica è evincibile dall'approccio che ispira l'Agenda europea sulla migrazione, palesemente orientata a indurre Stati terzi di provenienza di molti migranti in condizioni vulnerabili a prevenire l'immigrazione irregolare²⁴. L'Unione, sotto la pressione di vari Stati membri e a mezzo di strumenti difficilmente ascrivibili alla categoria degli accordi internazionali, ha preso a sostenere economicamente diversi Stati *partner* per indurli a scongiurare i flussi dei migranti irregolari verso l'Europa²⁵. Nondimeno, questa evoluzione della "esternalizzazione" delle frontiere

²³ Come osserva L. DUBIN, *La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, quelle légalité pour quels effets?*, in L. DUBIN (dir.), *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 4 ss.: "l'exercice des compétences européennes en matière d'immigration irrégulière porte sur un objet, l'étranger irrégulier, qui présente une dimension statocentrique irréductible, pour ne pas dire ontologique"; inoltre, "l'essentiel de la réalité sociale de l'immigration irrégulière résulte de la violation de règles relatives non pas à l'entrée mais au séjour des étrangers tiers". L'A. annota altresì che l'Unione non è pervenuta a una definizione comune sui concetti intrinseci all'immigrazione illegale.

²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 maggio 2010, Agenda europea sulla migrazione, COM(2010)240 def. Cfr. anche comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, del 7 giugno 2016, Sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2016)385 def. Si vedano poi i testi dei seguenti strumenti: *Valletta Summit, 11-12 November 2015: Political Declaration* (in particolare il punto 7) e *Valletta Summit, 11-12 November 2015: Action Plan*, entrambi consultabili sul sito *web* del Consiglio: *consilium.eu*.

²⁵ Si è così andata sviluppando una nuova forma di condizionalità, che subordina l'erogazione di risorse economiche di Unione o Stati membri a favore di Stati terzi (per lo più africani e molto spesso caratterizzati da conflitti o sottoposti a regimi antidemocratici) all'esercizio di attività di prevenzione dell'immigrazione irregolare verso gli Stati UE. Per maggiori dettagli si rinvia a F. FERRI, *Convergenza delle politiche migratorie e di cooperazione allo sviluppo dell'Unione europea e accordi con Stati terzi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, n. 3-4, pp. 39-69. Tra gli strumenti in questione, si ricorda, ad esempio, il cosiddetto "Processo di Khartoum" (il testo del documento di riferimento è reperibile *online*), sul quale è stata disposta un'interrogazione che il Parlamento europeo ha rivolto alla Commissione (l'interrogazione e la risposta sono consultabili sul sito *web* del Parlamento). Cfr. anche S. PRESTIANNI, *Le torbide basi economiche dell'esternalizzazione delle politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea in Africa*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, n. 3-4, pp. 74-81. Ci si riferisce altresì alla Dichiarazione UE-Turchia, del 18 marzo 2016, sulla quale v. le osservazioni critiche di C. FAVILLI, *La Cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 11 aprile 2016; E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?*, in *European Papers - European Forum*, 2017, p. 303 ss. Come osservato da P. J. CARDWELL, *Rethinking Law and New Go-*

esterne UE²⁶ conduce a ritenere come irregolare il migrante che non sia ancora entrato nel territorio di uno Stato membro, generando così profonde antinomie tra le iniziative UE finalizzate a dare corso all’Agenda europea sulla migrazione e i diritti fondamentali di numerosi migranti: il diritto di presentare una domanda di protezione internazionale e di ottenerne l’esame non potrebbe essere validamente esercitato²⁷.

Pertanto, nel silenzio della legislazione UE sulla definizione di attraversamento irregolare, un intervento della CGUE, come accaduto nelle sentenze *Jafari* e *A.S.*, assume una certa importanza. Permane, semmai, un’incongruenza di fondo: l’oggettiva difficoltà, per il migrante in fuga da situazioni che giustificano il riconoscimento di uno *status* di protezione internazionale di raggiungere il territorio UE munito di uno dei titoli menzionati dalla Corte²⁸.

5. Sulla scia dei rilievi appena formulati, si arriva al nucleo delle sentenze *Jafari* e *A.S.*, rappresentato dalla lettura dell’art. 13, par. 1, regolamento 604/2013 alla luce delle circostanze straordinarie che affliggono alcuni Stati UE di frontiera. Nelle due pronunce sorge l’esigenza di verificare se questi elementi possano giustificare una diversa interpretazione dei criteri di competenza del regolamento 604/2013.

Dalla risoluzione del quesito potrebbero dipendere le sorti presenti e future del sistema “Dublino III”. Rispondere in un senso piuttosto che nell’altro implica irrigidire ulteriormente gli oneri che il regolamento 604/2013 pone a carico degli Stati membri più esposti all’eccezionale pressione migratoria in corso, oppure piegare, almeno in situazioni estreme, la rigidità dei criteri di competenza del regolamento alle necessità degli Stati membri in prima linea.

Sulla questione, Avvocato generale e Corte sono giunti a conclusioni opposte. Da notare come l’Avvocato generale, per descrivere la situazione sviluppatasi tra il settembre 2015 e il marzo 2016²⁹, abbia parlato addirittura di “una marea umana di persone disperate” che “[s]i muovono per raggiungere il valico di frontiera croato a

vernance in the European Union: the Case of Migration Management, in *European Law Review*, 2016, p. 376, la proliferazione di strumenti UE tecnicamente non vincolanti in questo tipo di relazioni con gli Stati terzi altro non è se non una scelta deliberata di rifuggire da meccanismi democratici.

²⁶ Tale tendenza rappresenta poi un’evoluzione rispetto alle tecniche tradizionalmente utilizzate dagli Stati di destinazione dei flussi migratori: in merito a questi strumenti, si rinvia alle considerazioni rese in M. DI FILIPPO, *Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti. Profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 131 ss.

²⁷ Non va neanche dimenticato che il diritto UE applicabile ad oggi non consente di ottenere l’esame di una richiesta di protezione internazionale depositata fuori dal territorio dell’Unione (ad esempio presso una rappresentanza esterna di uno Stato membro UE) all’interessato che intenda beneficiare di protezione internazionale dentro l’Unione. Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, X. e X., in particolare il punto 49.

²⁸ Cfr. F. CHERUBINI, *L’asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell’Unione europea*, Bari, 2012, p. 243 ss. La preoccupazione è ulteriormente avvalorata dalle conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza X. e X.: nel caso specifico, essa non ha seguito l’opinione dell’Avvocato generale Mengozzi, che aveva sostenuto l’esistenza di un obbligo, per lo Stato membro interessato, di rilasciare un visto per motivi umanitari al richiedente che, in caso di diniego, si sarebbe trovato esposto al rischio di trattamenti inumani o degradanti (conclusioni del 7 febbraio 2017, punto 137 ss.). Si veda anche A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un’occasione persa*, in *European Papers - European Forum*, 2017, p. 271 ss.

²⁹ Si precisa che in questo arco di tempo sono entrate in Croazia complessivamente quasi 700.000 persone.

centinaia, a migliaia (...)” e che “[s]e lasciati fuori, metteranno in piedi in qualche modo campi improvvisati (...)”³⁰. Al cospetto di un siffatto scenario, v’è da chiedersi se il regolamento del 2013 sia stato davvero costruito per essere applicato in blocco anche in piena crisi migratoria e umanitaria. È qui che Avvocato generale e Corte imboccano direttrici antitetiche.

Nell’opinione dell’Avvocato generale Sharpston nei casi *Jafari* e *A.S.* si assiste per la prima volta a una proiezione del sistema “Dublino III” verso un’architettura di gestione dell’emergenza concretamente improntata alla solidarietà reciproca tra Stati membri (e, in via mediata, al rispetto dei diritti fondamentali). Il fulcro del suo ragionamento risiede nell’esame della *ratio* del regolamento 604/2013 tenendo conto della crisi migratoria e umanitaria che si sta riverberando su un’Europa sempre più incapace di rispondere alle tragedie dei migranti in condizioni vulnerabili provenienti da Stati terzi con la speranza di poter chiedere protezione internazionale³¹.

Il pregio delle sue conclusioni sta nell’interpretazione dell’art. 13, par. 1, non solo entro il perimetro del regolamento 604/2013, ma nell’ottica del più ampio complesso di norme che contribuiscono a plasmare il sistema europeo comune d’asilo. L’Avvocato generale ha lasciato intendere che l’applicazione del regolamento “Dublino III” non può ignorare i diritti fondamentali, compresi quelli che si radicano nella Convenzione di Ginevra, nel Protocollo del 1967 e nella CEDU: è anche per garantire tali diritti che gli Stati UE devono potersi fidare reciprocamente, atteso che l’obiettivo principale resta accelerare il trattamento delle domande di protezione internazionale nell’interesse tanto dei richiedenti quanto degli Stati partecipanti³². Tuttavia, questa finalità non può essere realizzata se la crisi migratoria e umanitaria continua ad aumentare, al punto da sfociare nel rischio di destabilizzare gli Stati balcanici limitrofi agli Stati UE di frontiera.

Perciò, per l’Avvocato generale “il regolamento Dublino III non è stato concepito come strumento per determinare lo Stato membro competente ai fini della protezione internazionale nel caso di un afflusso massiccio di persone”. Se ne ricava che non si avrebbe attraversamento irregolare se uno Stato membro di primo ingresso, per ragioni umanitarie e in una situazione di straordinaria emergenza, ammettesse l’entrata in massa di cittadini di Stati terzi nel proprio territorio per consentire loro di raggiungere un altro Stato membro in cui presentare domanda di protezione internazionale. Parimenti, la regolarità dell’ingresso dei migranti paralizzerebbe l’applicabilità dell’art. 13, par. 1, regolamento 604/2013 e aprirebbe, viceversa, alla competenza dello Stato membro scelto dagli interessati per presentare la domanda di protezione internazionale³³.

Se nel pensiero dell’Avvocato generale la pressione migratoria si erge a elemento cardine per ritenere che ad oggi vi sia un vuoto legislativo nell’ordinamento dell’Unione, da colmare interpretando il regolamento “Dublino III” nell’alveo di una solidarietà che sia strumentale al rispetto dei diritti dei migranti in posizione di forte vulnerabilità, di ben altro avviso è stata la CGUE. Nella sentenza *Jafari* e, di riflesso, nella sentenza *A.S.*, la Corte ha escluso che la condotta della Croazia legittimi una

³⁰ Conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston dell’8 giugno 2017, punto 182.

³¹ V. anche C. CUTTITA, *L’interpretazione e l’applicazione del regolamento Dublino III ai tempi della crisi: possibile prospettare nuovi scenari?*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2017.

³² Conclusioni *A.S.* e *Jafari*, punto 123.

³³ *Ivi*, punto 189.

deroga alle regole di competenza dell’art. 13, par. 1, regolamento 604/2013. Secondo la Corte, un ingresso autorizzato per ragioni umanitarie nel territorio di uno Stato membro (anche se disposto in conformità all’art. 5, par. 4, lett. c), codice frontiere Schengen), non è equiparabile al rilascio di un visto; l’irregolarità dell’ingresso non sarebbe “sanata”, potendosi considerare regolare l’ingresso occorso nelle sole ipotesi previste dagli articoli 12-14, regolamento 604/2013. Una diversa interpretazione di tali articoli per la Corte non sarebbe ammissibile neppure se l’attraversamento della frontiera fosse avvenuto in condizioni di affluenza massiccia di cittadini di Paesi terzi intenzionati a ottenere protezione internazionale negli Stati UE³⁴.

6. Orientamenti così distanti come quelli di Avvocato generale e Corte di giustizia ricordano le posizioni contrastanti tra Stati membri di primo ingresso e Stati membri di transito o destinazione finale e impongono giocoforza cenni al principio di solidarietà. Data anche la scarsa giurisprudenza sul tema, i passaggi della sentenza *Jafari* (implicitamente ripresi in *A.S.*)³⁵ su tale principio meritano di essere vagliati con cura. Nello specifico, la solidarietà è stata utilizzata per cristallizzare i criteri di competenza del “sistema di Dublino”: i giudici di Lussemburgo hanno osservato che è appunto in funzione della solidarietà che il legislatore UE ha essenzialmente mantenuto il criterio della competenza dello Stato membro di primo ingresso ad esaminare le domande di protezione internazionale.

Per concludere in tal senso, la CGUE ha percorso la via dell’interpretazione teleologica del regolamento 604/2013, limitandosi comunque a due argomenti. Il primo concerne il contenuto del 25° ‘considerando’ del regolamento, che spiega come la determinazione dello Stato membro competente, in forza dell’atto legislativo, debba essere e sia stata realizzata secondo presupposti che riflettano uno spirito di solidarietà. La Corte ne ha approfittato per affermare che vi è un nesso diretto tra quei criteri di competenza fissati in uno spirito di solidarietà “e gli sforzi comuni per la gestione delle frontiere esterne che sono posti in essere, come richiamato dal considerando 6 del codice frontiere Schengen, nell’interesse non solo dello Stato membro dalle cui frontiere esterne viene effettuato il controllo, ma anche di tutti gli Stati membri che hanno abolito il controllo di frontiera interno”³⁶. Il secondo argomento riguarda i lavori preparatori del regolamento “Dublino III”, “ove si precisava che i criteri di competenza individuati si fondavano in particolare sull’idea che ogni Stato membro è responsabile, nei confronti di tutti gli altri Stati membri, della sua politica in materia di ingresso e di soggiorno di cittadini di paesi terzi e deve assumerne le conseguenze con spirito di solidarietà e di leale cooperazione”³⁷.

Muovendo però da queste considerazioni, non ci si può esimere dal constatare che l’adozione del regolamento 604/2013 è avvenuta dopo la riforma dei Trattati istitutivi, che ha modificato o aggiunto determinate disposizioni di diritto primario, mirando a ricercare un livello più elevato di solidarietà tra Stati membri³⁸. Sul punto, rileva il già citato art. 80 TFUE, che sembra postulare una solidarietà sensibilmente

³⁴ Sentenza *Jafari*, punto 78 ss.; sentenza *A.S.*, punti 39-40.

³⁵ *Ivi*, punto 39.

³⁶ Sentenza *Jafari*, punto 85.

³⁷ *Ivi*, punto 88, dove la Corte si riferisce alla proposta di regolamento del 3 dicembre 2008, COM(2008)820 def.

³⁸ Cfr. B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo nel Trattato sul funzionamento dell’Unione europea*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Assago, 2011, p. 114 ss.

diversa rispetto a prima. L'equa ripartizione delle "responsabilità" tra Stati membri pare oggi strumentale a un maggiore sostegno a quelli più esposti ai flussi di migranti in posizione vulnerabile, senza perdere di vista il dovere di rispettarne i diritti. Per altro verso, è sufficiente scorrere il testo dell'art. 80 TFUE per accorgersi dell'accresciuta dimensione della solidarietà nel Trattato di Lisbona: non a caso, in dottrina si è ormai diffusa l'idea che l'art. 80 TFUE prefiguri obblighi giuridici³⁹.

Sicché, in casi come *Jafari* e *A.S.*, l'art. 80 TFUE avrebbe potuto essere utilizzato anche allo scopo di fornire una chiave di lettura alternativa, o per lo meno più evoluta, dell'essenza del regolamento "Dublino III". Così come con la sentenza *N.S.*, pronunciata alla fine del 2011⁴⁰, la CGUE aveva aperto una breccia per concepire la sussidiarietà come meccanismo volto a tutelare i diritti fondamentali su base individuale e in situazioni di emergenza⁴¹, in *Jafari* e *A.S.* vi erano condizioni favorevoli per uno sforzo interpretativo chiarificatore sulle prospettive di applicazione pratica dell'art. 80 TFUE in quanto tale nei rapporti tra Stati membri⁴², anche con l'obiettivo di meglio garantire il rispetto dei diritti dei richiedenti protezione internazionale.

Malgrado ciò, la CGUE non si è spinta oltre il pedissequo collegamento tra solidarietà e regola di base del regolamento 604/2013, premurandosi esclusivamente di garantire la prevenzione del *forum shopping*. Nelle sentenze in commento non vi è traccia di riflessioni sulla reale esistenza e sulla portata dell'obbligatorietà dell'art.

³⁹ Di implicazioni giuridiche del principio di solidarietà, come obblighi derivanti dall'art. 80 TFUE o l'esigenza di rispettare detto articolo, parlano, ad esempio, P. DE SENA, F. DE VITTOR, *La "minaccia" italiana di "bloccare" gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, 1° luglio 2017; nonché P. DE BRUYCKER, E. TSOURDI, *Building the Common European Asylum System beyond Legislative Harmonisation: Practical Cooperation, Solidarity and External Dimension*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, R. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System. The New European Refugee Law*, Leiden, 2016, p. 499; P. MENGOZZI *L'immigrazione e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 592; e F. MUNARI, *op. cit.*, p. 543 ss. Cfr. anche G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere*, cit., p. 587 ss.: l'A., tra l'altro, vede nella solidarietà tra gli Stati membri un principio che "include il dovere di leale cooperazione attraverso l'obbligo di corretta attuazione, di sottoposizione al controllo e alla sanzione delle eventuali infrazioni".

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S.* La sentenza *N.S.*, a sua volta, risente dell'influenza della sentenza *M.S.S.* della Corte EDU. Per commenti esaustivi su entrambe le sentenze, si vedano, ad esempio, M. MARCHEGIANI, *Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S c. Belgio e Grecia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 357 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune in materia di asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 343 ss.; V. MORENO-LAX, *Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece*, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, p. 1 ss.; G. MORGESSE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.; G. CELLAMARE, *In tema di controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'operare del sistema c.d. di Dublino*, *ivi*, 2015, p. 65 ss.; L.M. RAVO, *La giurisprudenza N.S. e altri c. Regno Unito e il problema della solidarietà fra Stati membri in materia di asilo*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 245 ss.

⁴¹ La giurisprudenza *N.S.* è stata seguita anche successivamente (ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013, causa C-4/11, *Puid*).

⁴² Circa la distinzione tra sussidiarietà verticale e orizzontale nell'architettura del TFUE, cfr. A. IANNELLO-SALICETI, *Le politiche dell'Unione europea per gli immigrati nella dimensione regionale e locale. Un bilancio dopo Lisbona*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNIA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, p. 210 ss. Per considerazioni sul rapporto verticale tra solidarietà e diritti dei migranti (irregolari), si veda M. BELL, *Irregular Migrants: Beyond the Limits of Solidarity?*, in M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, p. 151 ss.

80 TFUE; e senza il soccorso della giurisprudenza europea, nell’impianto del vigente “sistema di Dublino” la solidarietà, invece di emergere per forza propria, continua a trovarsi stretta tra i principi di mutua fiducia e leale cooperazione. Come efficacemente rilevato in dottrina, dal regolamento 604/2013 emerge che “il principio di solidarietà non sembra possedere valore normativo autonomo, ma piuttosto ‘integra’ la nozione di mutua fiducia attraverso l’applicazione del principio di leale cooperazione”⁴³.

Il paradosso della discrasia tra la forza apparente del testo dell’art. 80 TFUE e la debolezza della norma in sede di attuazione è che nella sentenza *Jafari* (cui la sentenza *A.S.*, sul punto, rinvia *in toto*) il discorso sulla solidarietà rimane confinato ad alcune controverse manifestazioni del principio nel regolamento 604/2013 e in altre norme, che la Corte ha annoverato tra le ipotetiche soluzioni in grado di alleggerire la rigidità dei criteri di competenza del “Dublino III”⁴⁴.

Innanzitutto, soffermandosi sul legame tra art. 80 TFUE e regolamento 604/2013, la CGUE ha posto l’accento sul ruolo che l’art. 17, par. 1 del regolamento potrebbe svolgere ai fini della solidarietà. Ora, quest’ultima disposizione stabilisce che “(i)n deroga all’articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento”. Dunque, anche tenendo a mente circostanze di conclamata emergenza, la Corte ha individuato tra le manifestazioni più esaustive del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità all’interno del regolamento 604/2013 quella che in realtà sarebbe un’iniziativa unilaterale e meramente discrezionale di uno Stato membro virtuoso.

Guardando sempre all’interno del “Dublino III”, la CGUE ha ricordato in poche righe come l’art. 33 preveda un sistema di allerta rapido, che uno Stato membro particolarmente interessato da flussi migratori può attivare per evitare che l’applicazione del regolamento sia ostacolata da un rischio comprovato di speciale pressione sul proprio sistema di asilo. Purtroppo, le sentenze *Jafari* e *A.S.* non aggiungono alcunché sulla complessità e sulla vaghezza di un meccanismo che non ha mai avuto attuazione, sebbene la soglia di rischio individuata paia ormai essere stata travalicata.

E ancora, la Corte ha proseguito il suo ragionamento rinviando all’art. 78, par. 3, TFUE. Come noto, tale disposizione autorizza l’adozione, da parte del Consiglio, previa proposta della Commissione e consultazione del Parlamento europeo, di misure temporanee a beneficio degli Stati membri interessati dall’emergenza dovuta all’afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi. L’art. 78, par. 3, è stato attuato in due occasioni, nel 2015: si tratta delle celebri decisioni del Consiglio sul ricollocamento da Italia e Grecia verso altri Stati membri di persone bisognose di protezione internazionale⁴⁵. Tuttavia, l’esito di queste esperienze è stato a dir poco

⁴³ L.M. RAVO, *op. cit.*, p. 286. L’A. aggiunge che, allo stato attuale, il principio di solidarietà può tradursi in un obbligo positivo a dimensione residuale che viene in rilievo in circostanze eccezionali, quando cioè vi siano situazioni di emergenza associate a carenze sistemiche di taluni sistemi nazionali di asilo, tali da esporre i richiedenti asilo a trattamenti contrari all’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali; tuttavia, la stessa Autrice considera tutto ciò un correttivo “poco coerente con l’impianto del sistema” (p. 287).

⁴⁴ Sentenza *Jafari*, punto 94 ss.

⁴⁵ Decisione 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia; decisione 2015/1601 del

insoddisfacente⁴⁶, in virtù dell’atteggiamento ostativo di altri Stati membri⁴⁷, culminato con la proposizione di ricorsi di annullamento avverso una delle decisioni di cui sopra⁴⁸ e, di contro, con l’avvio di procedure di infrazione nei confronti di Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria. Sorprendentemente, la sentenza *Jafari* tace sulla farraginoso implementazione dell’art. 78, par. 3, TFEU e sull’inefficacia delle misure temporanee dinnanzi agli effetti ostativi delle iniziative degli Stati membri più restii a modificare i capisaldi del regolamento 604/2013⁴⁹.

Come se non bastasse, l’argomentazione della Corte sugli strumenti a disposizione degli Stati più esposti ai flussi migratori per bilanciare le regole di competenza del “sistema di Dublino”, fa leva anche sull’art. 18 della direttiva sulla protezione temporanea degli sfollati⁵⁰, sorvolando però sulla componente puramente volontaristica a monte della norma e sul mancato ricorso alla direttiva stessa a quindici anni di distanza dalla sua entrata in vigore. D’altro canto, per innescare i meccanismi della direttiva è necessario che prima il Consiglio adotti la decisione sul massiccio afflusso di sfollati richiesta dall’art. 5; non essendo ciò ancora accaduto, la direttiva sulla protezione temporanea continua a rimanere lettera morta⁵¹.

7. L’analisi condotta nei paragrafi precedenti mostra come la CGUE nelle sentenze *Jafari* e *A.S.* abbia mantenuto un atteggiamento ondivago. Quando si è trovata a misurarsi con il concetto di “ingresso irregolare”, essa ha accettato di condurre la propria indagine muovendosi su terreni almeno in parte inesplorati ed è giunta ad arricchire la propria giurisprudenza su un’espressione che necessitava di essere

Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell’Italia e della Grecia.

⁴⁶ Per ulteriori considerazioni sulle vicende che hanno visto coinvolte Italia e Grecia e sull’evidente assenza di solidarietà reciproca tra Stati membri, cfr., ad esempio, S. PEERS, *Relocation of Asylum-Seekers in the EU: Law and Policy*, in *EU Law Analysis*, 24 settembre 2015; A. DI PASCALE, *Il ricollocamento: appena nato è già finito?*, in *Eurojus.it*, 16 febbraio 2016; P. MORI, *Le politiche relative all’asilo e all’immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2016, p. 107 ss.; B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the “Dublin System”. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, p. 106 ss.; M. DI FILIPPO, *The Strange Procedural Fate of the Actions for Annulment of the EU Relocation Scheme*, in *Eurojus.it*, 4 marzo 2017.

⁴⁷ D’altra parte, il rischio di freni all’attuazione di tali misure si poteva intravedere già nelle prime formulazioni della proposta della Commissione, come anticipato a suo tempo in dottrina: si veda, al riguardo, M. BORRACCETTI, *“To Quota” or “not to Quota”? The EU Facing Effective Solidarity in Its Asylum Policy*, in *Eurojus.it*, 31 luglio 2015.

⁴⁸ La CGUE si è pronunciata il 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/10, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*: al vaglio della Corte vi era la legittimità della decisione 2015/1601.

⁴⁹ Sentenza *Jafari*, punti 98 e 99.

⁵⁰ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi.

⁵¹ A. SKORDAS, *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof*, in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives*, Munchen, 2010, p. 819; C. FAVILLI, *La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un’autentica politica dell’Unione Europea di immigrazione e di asilo*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2015, p. 199; M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive: Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, pp. 1-33.

approfondita separatamente: il concetto di “ingresso irregolare” è stato dotato di contenuti più chiari e di un significato proprio. Tra l’altro, l’utilizzo diffuso del termine “irregolare” accanto a “illegale” potrebbe forse consentire un primo passo verso un auspicabile distacco da una logica di “*crimmigration*”⁵² del linguaggio applicato a vari aspetti delle politiche migratorie UE.

Un approccio analogo non si rinviene nei passaggi delle sentenze *Jafari* e *A.S.* sulla derogabilità del regolamento “Dublino III” in presenza di circostanze straordinarie, come l’eccessivo afflusso di migranti in uno Stato frontaliero. Appare evidente l’intenzione dei giudici di difendere l’applicazione pressoché incondizionata del criterio che individua nello Stato membro di primo ingresso quello responsabile per condurre l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata dal richiedente.

La questione suscita ulteriori commenti, dal momento che la realtà fattuale mostra come il rigore del “sistema di Dublino” stia pregiudicando gli Stati più esposti e alimentando profondi disequilibri tra Stati UE di diverse aree geografiche, nonché rischi di compressione dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale. È pacifico che le soluzioni a disposizione del diritto UE per controbilanciare le distorsioni prodotte dal criterio dello Stato di primo ingresso non possono trovarsi a dipendere dal puro volontarismo di alcuni Stati membri disposti a intervenire soltanto a loro piacimento⁵³. La resa del sistema europeo comune di asilo sarebbe altamente compromessa se la competenza all’esame delle domande di protezione internazionale continuasse a essere intaccata in misura così intensa da palesi retaggi dell’iniziale assoggettamento dello spazio di libertà sicurezza e giustizia al metodo intergovernativo.

In specie, si lamenta la persistente relegazione in secondo piano della solidarietà nella ripartizione delle responsabilità tra Stati membri. Giunti a questo stadio dell’esistenza del “sistema di Dublino”, urge acclarare la sostanza precettiva del principio *ex art. 80 TFUE*. Non solo: è di primaria importanza che, laddove la solidarietà venga in rilievo in situazioni di emergenza o di crisi, l’obbligatorietà giuridica del principio sia affermata in via autonoma, anziché in dipendenza dalla leale cooperazione⁵⁴.

La CGUE avrebbe potuto segnare un punto di svolta se in *Jafari* e in *A.S.* non avesse dichiarato incompatibile con l’art. 13, par. 1, regolamento 604/2013 l’ingresso dei ricorrenti in territorio croato, benché agevolato dalle autorità di uno Stato UE manifestamente sottoposto a pressione migratoria. In questo modo, vi sarebbe stato spazio per valutare i criteri di competenza del “Dublino III” nella prospettiva del contesto emergenziale attuale e di una solidarietà foriera di obblighi giuridici. In altre parole, un approccio più saldamente ancorato alla realtà pratica (come avvenuto in *M.S.S.*, per intenderci)⁵⁵ sarebbe stato utile a favorire l’enunciazione di

⁵² Cfr. anche A. PAHLADSINGH, J. WAASDORP, *Crimmigration Law in the European Union*, Bologna, 2017, p. 48 ss.

⁵³ Circa i limiti che affliggono la solidarietà a causa dell’assenza di volontarismo di molti Stati Membri cfr., ad esempio, H. GRAY, *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, in *Liverpool Law Review*, 2013, p. 175 ss.

⁵⁴ Sul punto, si vedano anche le considerazioni esposte in F. CASOLARI, *EU Loyalty After Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU After Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Cham, 2014, p. 124 ss.

⁵⁵ Come rilevato da V. MORENO-LAX, *op. cit.*, p. 29, relativamente alla sentenza *M.S.S.* della CEDU: “Dublin II fails to reflect present realities and this is implicit in the Court’s understanding. The regime has proven to be unfair and inefficient in practice. Tending to exacerbate pressures on Member States situated at the external borders of the EU that already experience serious challenges in hosting asylum seekers, it is inimical to the principles of solidarity and fair sharing of responsibility. Unfairness touches

obblighi di solidarietà o, quanto meno, di orientamenti più precisi sull'attuazione del principio; ciò avrebbe poi permesso di "aggiornare" i rapporti orizzontali tra Stati membri⁵⁶ e di tradurre in prassi lo spirito della Convenzione di Ginevra.

Se così fosse stato, la CGUE sarebbe riuscita a completare le conquiste della giurisprudenza *N.S.* nell'ambito della solidarietà. Invece, essa ha fatto un passo indietro, rinunciando a interpretare il regolamento 604/2013 in maniera da favorirne un'attuazione che aderisse maggiormente al quadro giuridico nel quale esso si situa. Oltretutto, ridurre la solidarietà a fattispecie che non riprendono l'obbligatorietà dell'art. 80 TFUE ha come punto di approdo l'inasprimento delle regole che vincolano i pochi Stati di primo ingresso e comporta la definitiva messa a repentaglio del sistema di accoglienza UE.

In conclusione, in *Jafari* e in *A.S.* la CGUE ha perso l'occasione per attenuare problemi che il legislatore dell'Unione non è ancora riuscito a risolvere (e, con tutta probabilità, non risolverà nemmeno prossimamente)⁵⁷. Lungi dall'affrancarsi dagli interessi particolari di singoli Stati membri, il principio di solidarietà, almeno nel breve periodo, potrà essere usato per perpetrare il comunemente noto "*burden shifting*", rilanciando vecchie e nuove sfide al già barcollante processo di integrazione europea.

Abstract

The "Dublin III" Regulation between Migratory Crisis and Solidarity Deficit: Critical Remarks on the *Jafari* and *A.S.* Judgments

The ongoing migratory and humanitarian crisis has been putting excessive pressure on the EU Member States mainly affected by the "Dublin III" regulation, to the point that, according to many opinions, the core criterion of the regulation should be reconsidered. In the cases *Jafari* and *A.S.*, the Court of Justice of the European Union was recently consulted on this issue. Therefore, the Court could have had the chance to make a major breakthrough or, on the opposite, could have decided to maintain the applicable regime even in times of migratory and humanitarian crisis. Given the importance of those cases, the aim of the article is to examine the CJEU's 26 July 2017 judgments by analyzing the key findings from the perspective of the solidarity principle enshrined in Article 80 TFEU.

also upon the refugees themselves. Dublin has had a profound effect on the way in which countries in the EU have interpreted their protection obligations, not always in conformity with human rights standards. The judgment exposes the limits of the system, confirming 'an urgent need' for a comprehensive reform".

⁵⁶ Si conviene con F. MUNARI, *op. cit.*, p. 531, il quale, occupandosi della solidarietà nel regolamento 604/2013, afferma: "(n)o automatic or binding measure is envisaged when a Member State's asylum system is under pressure with a view to sharing the burdens of migratory flows".

⁵⁷ E. KARAGEORGIOU, *op. cit.*, p. 10, e P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus.it*, 7 settembre 2016.

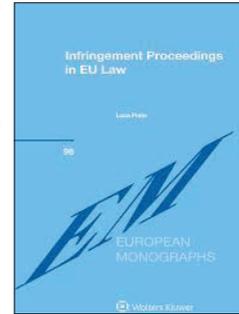


Recensioni

Luca Prete

Infringement Proceedings in EU Law

Aalphen aan den Rijn, Kluwer, 2017, pp. XV-467



La procedura di infrazione è lo strumento più efficace che i redattori dei Trattati comunitari hanno elaborato per fornire al sistema di integrazione europea – ed alle regole che ne derivano – un grado elevato di effettività. Invenzione del tutto originale nel contesto tradizionale dei trattati che istituiscono organizzazioni internazionali, la procedura in questione mette gli Stati membri di fronte alle conseguenze – giuridiche, reputazionali, ed oggi anche finanziarie – dei loro *wrongdoings*. Con gli affinamenti prodotti da successive revisioni dei trattati istitutivi, che ne hanno decisamente rinforzato l'efficacia deterrente, la procedura consente uno scrutinio accentrato affidato a due istituzioni indipendenti (Commissione e Corte di giustizia), alle quali gli Stati hanno volontariamente affidato il compito di verificare, ed in ultima analisi giudicare, la loro “fedeltà comunitaria”.

Trattandosi di uno strumento che, come detto, è vecchio quanto i trattati, sorprende che abbiamo dovuto attendere sino al 2017 per vedere pubblicato un lavoro monografico che analizza tutti gli aspetti giuridici delle procedure di infrazione. Questa lacuna è infatti oggi colmata dal bel libro in inglese di Luca Prete, referendario della Corte di giustizia e già funzionario del Servizio giuridico della Commissione, dedicato agli *Infringements Proceedings*.

La monografia, pubblicata nella prestigiosa serie delle “European Monographs” diretta da Andrea Biondi del King’s College, si divide in sette Capitoli. Il primo, di taglio introduttivo, ripercorre la storia della procedura di infrazione, dalle prime manifestazioni nel Trattato CECA (nel quale la Commissione svolgeva sia la fase dell'accertamento, sia quella della decisione finale) sino alle più recenti modifiche del Trattato di Lisbona. I successivi capitoli 2 e 3 sono dedicati ad un'analisi della procedura *as it stands*, con approfondimenti relativi rispettivamente agli aspetti sostanziali (l'autore dell'infrazione nel contesto istituzionale nazionale, le regole violate, le difese degli Stati membri e così via) e procedurali (le due fasi amministrativa e giurisdizionale). In quest'ultimo contesto, particolare attenzione viene dedicata alle procedure “speciali”, che condividono con quella generale degli artt. 258-260 TFUE l'obiettivo di reagire ad inadempimenti statali ma che si caratterizzano per regole differenziate, a volte più incisive (è il caso dell'art. 108 in materia di aiuti di Stato), a volte meno (è il caso della procedura sanzionatoria di cui all'art. 7 TUE e del recentissimo “Rule of law framework” costruito dalla Commissione per arginare i casi di mancato rispetto degli obblighi imposti dallo “Stato di diritto” di cui all'art. 2 TUE). Il capitolo 4 valuta, alla luce della prassi anche recentissima,

le conseguenze dell'accertamento della violazione da parte della Corte di giustizia (art. 260 TFUE), con particolare enfasi sull'interpretazione dei paragrafi 2, dedicato alle sanzioni pecuniarie, e 3, relativo alla procedura "accelerata" in caso di mancata comunicazione delle misure adottate per la trasposizione di direttive adottate con procedura legislativa.

Il capitolo 5 è la parte del lavoro nel quale emerge con tutta evidenza l'esperienza accumulata dall'A. negli anni trascorsi in Commissione. L'A. indaga infatti sulla "policy" della procedura di infrazione, valutando i contributi offerti sia dalla Commissione con le sue comunicazioni e note dedicate allo svolgimento in concreto della procedura, sia da attori "esterni" quali il Parlamento europeo ed il Mediatore. Quest'ultimo si è notoriamente – e meritoriamente – speso più volte per richiedere alla Commissione di incrementare il livello di trasparenza di una procedura che, se pure (quanto meno nella lettura che ne dà la Corte) non direttamente intesa dal Trattato come finalizzata a fornire uno strumento di tutela dei diritti dei singoli, di certo contribuisce (e non poco) a questo scopo. Il Mediatore ha in particolare preteso – e in definitiva ottenuto con le sue *inquiries* – una maggiore attenzione alla posizione del *complainant*, rispetto ad una prassi precedente nella quale difettava ogni giustificazione – e a volte addirittura la stessa conoscibilità – delle decisioni assunte dalla Commissione.

Infine, il cap. 6 è di certo quello più interessante ed originale, preoccupandosi l'A. di valutare la disciplina delle procedure di infrazione alla luce delle critiche poste sia da ambienti istituzionali, sia dalla dottrina. Non mancano proposte di modifica che, da un lato, partono dalla premessa della necessità di mantenere il ruolo attuale della procedura di agire come garanzia "strutturale" ed istituzionale del rispetto delle regole europee da parte degli Stati membri e, dall'altro, sono ispirate dagli obiettivi di rendere la procedura più semplice, più attenta ai profili di trasparenza e "accountability" e maggiormente ispirata alla tutela delle posizioni dei singoli. Tra di esse segnalo, in primo luogo, la proposta di modificare l'art. 228 TFUE in maniera da prevedere, sul modello dell'art. 99 Reg. Proc. CG per la procedura pregiudiziale, casi "semplici" in cui la decisione finale sull'*infringement* è assunta direttamente dalla Commissione, con l'ovvia possibilità per lo Stato accusato di contestarne il contenuto con un ricorso dinanzi alla CGUE. In secondo luogo, la proposta di aumentare considerevolmente il tasso di trasparenza dell'intera procedura, consentendo agli interessati di avere accesso ai documenti allo scopo, soprattutto, di rafforzare la loro tutela dinanzi ai giudici nazionali.

Il lavoro è completato da un capitolo che riassume il percorso dei capitoli precedenti e ribadisce le principali conclusioni, nonché da una robusta bibliografia e da un *Table of Cases*. In definitiva, si tratta di un lavoro che ci sembra non possa mancare in una moderna biblioteca di diritto dell'Unione.

Roberto Mastroianni

Libri ricevuti



Antonio Armellini, Gerardo Mombelli, *Né Centauro né Chimera. Modesta proposta per un'Europa plurale*, Venezia, Marsilio, 2016, pp. 91.

Sergio Maria Carbone (ed.), *Brussels Ia and Conventions on Particular Matters. The Case of Transports*, Roma, Aracne, 2017, pp. 282.

Simone Carrea, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso del GECT. Diritto internazionale diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XVII-313.

Giovanni Cellamare, Ivan Ingravallo (eds.), *Peace Maintenance in Africa: Open Legal Issues*, Cham, Springer-Giappichelli, 2018, pp. VII-190.

Giacomo Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. VIII-229.

Anna Iermano, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, Bari, Cacucci, 2018, pp. XIII-190.

Carlos Jimenez Piernas, Leonardo Pasquali, Francisco Pascual Vives (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XVII-319.

Luca Paladini, *Il Servizio europeo per l'azione esterna. Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, Bari, Cacucci, 2017, p. XVIII-184.

Vito Rubino, *I limiti alla tutela del "made in" fra integrazione europea e ordinamenti nazionali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XII-240.

The Italian Yearbook of International Law, vol. XXVI, 2016, Leiden, Boston, Brill-Nijhoff, 2017, pp. XVII-729.

Indice degli autori



Annamaria NICO

ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giovanni LUCHENA

associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Patrizia DE PASQUALE

ordinario di Diritto dell'Unione europea nella LUM Jean Monnet di Casamassima (Bari)

Alessandra MIGNOLLI

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Elisabetta BERGAMINI

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Udine

Amedeo ARENA

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Loredana MURA

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Brescia

Pierluigi SIMONE

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Giovanni ZARRA

ricercatore a t.d. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Giuseppe PASCALE

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Concetta Maria PONTECORVO

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Ilaria ANRÒ

ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Milano

Caterina FRATEA

ricercatore a t.d. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Verona

Annita Larissa SCIACOVELLI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Federico FERRI

assegnista di ricerca in Diritto europeo dell'Università di Bologna



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione

L'accesso alle fonti documentarie presenti in Biblioteca costituisce un'opportunità per la stesura di tesi di laurea, per l'attività professionale e per gli adempimenti giuridici e fiscali dei cittadini.

La Biblioteca è specializzata nei profili tematici della pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche e politologia; oltre le riviste e le monografie, sono consultabili diverse banche dati, sia autonomamente, presso la sala riviste della Biblioteca, sia in modalità assistita presso le postazioni di reference, sempre in sede.

DE JURE - un vasto repertorio di massime e sentenze per esteso di legittimità e di merito, normativa nazionale dal 1861, sia in testo vigente che in testo originale, la normativa europea, quella regionale e la prassi in testo vigente, il panorama completo del pensiero giuridico italiano dal 1995 ad oggi.

LEGGI D'ITALIA - oltre 120.000 provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1751 e i sette Codici d'Italia nel testo vigente e coordinato, oltre 140.000 provvedimenti normativi delle 20 regioni italiane e 2 province autonome, tutti i provvedimenti legislativi che hanno subito modifiche e/o abrogazioni a partire dal 1989, prassi e circolari, normativa europea classificata in 25 aree tematiche, raccolte di sentenze delle Corti di ogni ordine e grado.

IL SOLE 24 ORE - abbonamento all'edizione digitale del Sole 24 ore con gli speciali di "Norme e tributi" e la possibilità di accedere a: Archivio storico del Sole 24 ore, Quotidiano Enti locali, Banca dati 24.

GIUSTAMM e IPSOA – banche dati di dottrina giuridica.

WEB tATOO – sistema per la consultazione di banche dati e di riviste in formato elettronico.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano l'identità territoriale pugliese: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Archivio storico documentale (in collaborazione con l'Ipsaic), Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale.

Servizi gratuiti per il pubblico: assistenza alla ricerca bibliografica, bollettini tematici, consultazione e prestito, corsi sull'uso delle risorse bibliografiche, iniziative didattiche, internet e wifi, prestito interbibliotecario e fornitura di documenti, tirocini formativi, emeroteca e riviste, catalogo on line, banche dati, webzine.

Presso la Biblioteca ha sede inoltre l'Infopoint del Consiglio Regionale per la consultazione di leggi, deliberazioni, regolamenti regionali, Bollettino Ufficiale della Regione e per le ricerche tematiche sulla legislazione regionale.

Contatti: tel. 080.540.2770/2 e-mail: infopoint@consiglio.puglia.it – biblioteca@consiglio.puglia.it
via Giulio Petroni 19/A – 70124 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo



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)



DOVE SIAMO

Europe Direct Puglia

Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Dipartimento di Scienze Politiche

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70121 Bari
Tel. +39 080 5717707

info@europedirectpuglia.eu

twitter.com/EuropeDirectPuglia

facebook.com/europedirectpuglia

www.europedirectpuglia.eu

ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00



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.

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 Cacucci 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 europeo*, 2018.
19. ANDREA CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. TERESA MARIA MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, 2018.
21. ENNIO TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. ANTONIETTA DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. GIANDONATO CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. EMANUELA PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. NICOLA RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. FRANCESCO CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. CLAUDIA MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.

ISBN 978-88-6611-678-3



9 788866 116783



€ 28,00